

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n° 92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE



En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

LELOUVIER Aude

le 19 octobre 2019

**Le principe d'égalité en droit international privé : essai d'une
approche systémique**

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **CDA (EA 780)**

Directeur de thèse : Monsieur Michel ATTAL, Maître de conférences, UT1

JURY

Rapporteurs Monsieur Patrick KINSCH
Madame Petra HAMMJE

Suffragants Monsieur Pascal de VAREILLES-SOMMIERES, Président du jury
Monsieur Lukas RASS-MASSON, Examineur
Monsieur Michel ATTAL, Directeur de thèse

L'exercice d'une thèse suscite un travail d'une grande ampleur. Même achevée, la thèse demeure toujours perfectible. C'est pourquoi l'ouvrage ci-après constitue une version modifiée de l'ouvrage d'origine.

En effet, la version originelle de cette thèse fût le produit de quatre années de recherche et de rédaction consacrées à l'étude du principe d'égalité en droit international privé sous l'angle d'une approche systémique. Bien que ce travail enrichissant ait confirmé mon vif attrait pour la recherche, il fût parfois laborieux. Ainsi, à l'occasion de ma soutenance de thèse, et grâce à la bienveillance des membres du jury, plusieurs défauts et erreurs ont été soulevés.

En vertu des remarques faites par les membres du jury de soutenance, mais aussi et surtout de l'investissement dont a fait preuve le président du jury, le Professeur de Vareilles-Sommières, postérieurement à la soutenance, j'ai pu procéder à de nombreuses modifications tant sur la forme que sur le fond. De ce fait, il s'agit d'une version modifiée de ma thèse, du moins améliorée conformément aux remarques et aux corrections qui ont pu être présentées par les membres du jury.

Ce travail ayant alors fait l'objet de plusieurs rectifications, il est nécessaire d'en préciser la plus importante, laquelle est relative à la modification du titre de la thèse. En effet, grâce aux conseils du Professeur de Vareilles-Sommières, j'ai pu constater que le titre de ma thèse s'avérait trop étendu eu égard à la démonstration que j'avais choisie. C'est pourquoi, le nouveau titre de la thèse correspond désormais à la démonstration opérée au cœur de la thèse et s'intitule « l'égalité de traitement des situations juridiques internationales en droit des conflits de lois : essai d'une approche systémique ».

**L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS
JURIDIQUES INTERNATIONALES EN DROIT DES
CONFLITS DE LOIS : ESSAI D'UNE APPROCHE
SYSTEMIQUE**

REMERCIEMENTS

Je tiens, en tout premier lieu, à remercier mon directeur de thèse, Michel Attal, qui par ses conseils avisés, ses critiques, sa disponibilité sans faille, ses encouragements, et surtout son optimisme, m'a permis d'achever ce travail de recherche.

Je remercie également les membres du jury de soutenance, Pascal de Vareilles-Sommières, Petra Hammje, Patrick Kinsch et Lukas Rass-Masson, d'avoir accepté d'évaluer mon travail, et de partager mon approche scientifique du principe d'égalité en droit international privé avec la leur.

Mes remerciements s'adressent aussi aux institutions et membres du personnel de l'Université de Toulouse, sans lesquels, la réalisation de cette thèse aurait été vaine, et plus particulièrement à Gaëlle Le Merer pour sa gentillesse et son obligeance.

Enfin, mes remerciements vont à tous mes amis et ma famille, qui m'ont soutenue tout au long de ces quatre années de doctorat. Je les adresse spécialement à mon oncle, Jean-François, pour avoir relu l'intégralité de ma thèse, à Séverin, Emna, Léa, Julie et Sarah, pour m'avoir aidée tant moralement qu'intellectuellement jusqu'à l'aboutissement de ma thèse, et à Marie et Clément pour m'avoir épaulée dans les dernières étapes de sa finalisation.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

aff. : affaire

AJDA : Actualité juridique du droit administratif

AJ fam. : Actualité juridique du droit de la famille

ANTR : Atelier national de reproduction des thèses diffusion/distribution

Ass. pl. : Assemblée plénière de la Cour de cassation

BJS : Bulletin joly sociétés

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

CA : cour d'appel

Cass. : Cour de cassation

C. civ. : Code civil

CE : Conseil d'Etat

CEDH : Cour européenne des droits de l'Homme

Cf. : confer

Ch. : chambre de la Cour de cassation / chapitre

chron. : chronique

Civ. : chambre civile de la Cour de cassation

CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

Com. : chambre commerciale de la Cour de cassation

comm. : commentaires

Cons. const. : Conseil constitutionnel

concl. : conclusions

Conv. EDH : Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales

CPC : Code de procédure civile

Crim. : chambre criminelle de la Cour de la cassation

D. actualité : Dalloz actualité

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen

dir. : sous la direction de

doctr. : doctrine

D.P. : Dalloz Périodique

éd. : édition

Fasc. : fascicule

GAJFDIP : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé

Gaz. Pal. : La Gazette du Palais

GPA : gestation pour autrui

H.-S. : hors-série

Ibid. : Ibidem

in : dans

IR : Informations rapides

infra : ci-dessous

J.-Cl. : Jurisclasseur

JCP : Jurisclasseur périodique : Semaine juridique

JCP E. : Jurisclasseur périodique : Semaine juridique édition entreprise et affaires

JCP G. : Jurisclasseur périodique : Semaine juridique édition générale

JCP N. : Jurisclasseur périodique : Semaine juridique édition notariale

JDI : Journal du droit international (Clunet)

LEDED : L'essentiel du droit des entreprises en difficulté

obs. : observations

op. cit. : Opere citato

p. : page

P. : partie

P. A. : Les petites affiches

PMA : procréation médicalement assistée

préc. : précité

PU : presses universitaires

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

RCDIP : Revue critique de droit international privé

Rec. : recueil

Rép. cont. adm. : Répertoire de contentieux administratif

Rép. intern. : Répertoire de droit international

Rép. proc. civ. : Répertoire de procédure civile

req. : chambre des requêtes de la Cour de cassation

Rev. UE : Revue de l'Union européenne

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

s. : suivant

S. : Recueil Sirey

soc. : société

somm. : sommaire

spéc. : spécialement

supra : ci-dessus

T. : titre / tome

TCFDIP : Travaux du Comité français de droit international privé

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

vol. : volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	13
PARTIE I : LA CREATION D'UN SYSTEME UNIQUE EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS FONDE SUR L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES	47
TITRE I : L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRAVEE PAR LA MULTITUDE DE FONDEMENTS EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS.....	49
CHAPITRE I : LA NEUTRALITE DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS CONTRARIEE PAR LES ORIGINES MIXTES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE.....	53
CHAPITRE II : LE FRACTIONNEMENT DES SOURCES DU DROIT DES CONFLITS DE LOI EN RUPTURE AVEC L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES.....	155
TITRE II : L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES SUBORDONNEE A LA METHODE CONFLICTUELLE BILATERALE OBJECTIVE A RATTACHEMENT UNIQUE.....	251
CHAPITRE I : LA RECHERCHE D'UNE METHODE EGALITAIRE ETROITEMENT LIEE AUX REGLES DE CONFLIT OBJECTIVES BILATERALES.....	253
CHAPITRE II : LA STRUCTURATION D'UNE METHODE BILATERALE A RATTACHEMENT AUX LIENS LES PLUS ETROITS PAR FIDELITE A L'EGALITE DE TRAITEMENT.....	353
PARTIE II : LA REFORMATION DU REGIME APPLICABLE EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES.....	449
TITRE I : LE REGIME D'APPLICABILITE DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS A REVISITER CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES	453
CHAPITRE I : LA RECONSTITUTION DE LA METHODE D'APPLICABILITE AU REGARD DE L'EGALITE DE TRAITEMENT.....	455
CHAPITRE II : DE LA SUPPRESSION A LA REVISION DES MECANISMES PERTURBATEURS EN VERTU DE L'EGALITE DE TRAITEMENT.....	547
TITRE II : LE REGIME D'APPLICATION DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS A RECONSIDERER A L'AUNE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES.....	635
CHAPITRE I : LE REGIME D'APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT ET DE LA LOI COMPETENTE A PERFECTIONNER AU REGARD DE L'EGALITE DE TRAITEMENT.....	637
CHAPITRE II : LA REMISE EN CAUSE PARTIELLE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT PAR LES MECANISMES D'EVICION DE LA LOI MATERIELLE APPLICABLE.....	729
CONCLUSION.....	847

INTRODUCTION

1. L'égalité des hommes : la fin de tout système juridique. « Si l'on recherche en quoi consiste précisément le plus grand bien de tous, qui doit être la fin de tout système de législation, on trouvera qu'il se réduit à ces deux objets principaux, la liberté et l'égalité », « la liberté, parce que toute dépendance particulière est autant de force ôtée au corps de l'Etat ; l'égalité, parce que la liberté ne peut subsister sans elle »¹. Ainsi, tel que le percevait déjà Rousseau au XVIIIème siècle, la recherche de l'égalité est consubstantielle à tout système juridique. En effet, si « dans l'état de nature, les hommes naissent bien dans l'égalité », « ils n'y sauraient rester » car « la société la leur fait perdre »². C'est pourquoi tout système juridique se fait garant de l'égalité puisque les hommes « ne redeviennent égaux que par les lois »³. Autrement dit, si l'égalité constitue le propre de l'homme, elle ne peut être maintenue en société qu'en vertu des dispositions législatives mises en place par un Etat. Ainsi, depuis l'idéologie des Lumières⁴, chaque Etat de droit et chaque nation aspirent à cette forme de gouvernement. Comme l'affirmait déjà Tocqueville, « l'égalité suggérait aux hommes la pensée d'un gouvernement unique, uniforme et fort » et « c'est donc vers un gouvernement de cette espèce que tendent les nations de nos jours »⁵. Tout Etat de droit tente d'assurer à ses sujets de droit l'égalité à laquelle ils peuvent prétendre⁶. Toutefois, si l'égalité est une fin à laquelle se soumet chaque Etat, elle constitue également un droit fondamental, reconnu à une échelle supranationale au bénéfice des sujets de droit privé⁷. Cette extension de l'égalité à la sphère internationale laisse supposer qu'il s'agit d'une valeur qui transcende la sphère nationale pour s'imposer dans l'ensemble de la société internationale. En d'autres termes, l'égalité constitue un concept auquel doit tendre toute société, c'est-à-dire même la

¹ J.-J. Rousseau, Ch. XI « Des divers systèmes de Législation », in *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 2001, spéc. p. 91.

² Montesquieu, Ch. III « de l'esprit d'égalité extrême », in *De l'esprit des lois*, Tome I, Ed. de Robert Derathé, Classiques Garnier, Bibliothèque du XVIIIème siècle, Paris, 2011, Livre VIII, spéc. p. 125.

³ *Ibid.*

⁴ Voir en ce sens : E. Kant, *Qu'est-ce que les Lumières ?*, traduit par J.-F. Poirier et F. Proust, réimpression, Flammarion, 2006, p. 43 et s., lequel définit la pensée des Lumières comme « la sortie de l'homme hors de l'état de tutelle dont il est lui-même responsable » en expliquant que s'il est inévitable qu'un public s'éclaire, ce n'est qu'à la condition « qu'on lui accorde la liberté » ; ainsi « pour (les) Lumières, il n'est rien requis d'autre que la liberté ».

⁵ A. De Tocqueville, III « Que les sentiments des peuples démocratiques sont d'accord avec leurs idées pour les porter à concentrer le pouvoir », in *Le despotisme démocratique*, L'Herne, 2009, spéc. p. 26.

⁶ Voir en ce sens : J.-J. Rousseau, *op. cit.*, spéc. p. 92 : « Cette égalité, disent-ils, est une chimère de spéculation qui ne peut exister dans la pratique : Mais si l'abus est inévitable, s'ensuit-il qu'il ne faille pas au moins le régler ? C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité, que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir ».

⁷ Cf. *infra* § 4.

société internationale. Par conséquent, l'égalité devrait pouvoir être garantie aux sujets de droit privé jusque dans leurs rapports internationaux. En outre, cette égalité ne peut être appréhendée que par la mise en place d'un système juridique⁸. De ce fait, l'égalité des sujets de droit privé, pour être préservée au sein de la société internationale, ne peut être garantie que par un système de règles juridiques spécifiques au droit international privé. Pour autant, en droit positif, existent diverses règles régissant les situations litigieuses propres au droit international privé. Elles devraient alors par principe, conformément à leur nature de loi, tendre à cette valeur fondamentale qu'est l'égalité⁹. Or, si ce postulat philosophique implique un idéal à atteindre par la société internationale c'est-à-dire la préservation de l'égalité des hommes, il convient d'appréhender les notions de droit international privé et d'égalité sous un angle plus juridique et donc positif. Ce travail suppose alors préalablement de resituer chacune de ces notions dans leur environnement juridique par le biais d'une contextualisation à la fois historique et comparative afin de percevoir le lien qui préexiste entre elles.

2. La systématisation du droit international privé. « L'expression de « droit international privé » a été forgée au XIX^{ème} siècle »¹⁰. En effet, il s'agit d'une discipline « neuve »¹¹ puisqu'elle n'a été saisie par la doctrine qu'à partir du Moyen Âge et n'a fait l'objet d'une véritable réglementation juridique qu'à compter du XIX^{ème} siècle¹². Néanmoins, si la matière n'a été conceptualisée que tardivement, les conflits de lois sont apparus dès l'époque du droit romain chaque fois que les droits de cités différentes se confrontaient et pouvaient trouver à s'appliquer¹³. Historiquement, le problème du conflit de lois est ancien, malgré sa conceptualisation tardive. Ainsi, dès le XIX^{ème} siècle, notamment « avec la codification de 1804, la science du conflit de lois entre en sommeil en France »¹⁴ et se répand parallèlement en Europe et aux Etats-Unis¹⁵. A compter de cette époque, le droit international privé a fait l'objet d'une systématisation globale essentiellement fondée sur la doctrine de Savigny consistant à résoudre le conflit de lois par l'adoption de règles de conflit

⁸ Cf. *supra* § 1 et spéc. note n° 3.

⁹ Voir en ce sens : J. Habermas, Ch. III « Reconstruction du droit », 1. « Le système des droits », in *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Gallimard, 1997, spéc. p. 98 : « Le concept de loi explicite l'idée, déjà contenue dans le concept de droit, d'égalité de traitement : dans la forme des lois universelles et abstraites, tous les sujets bénéficient des mêmes droits ».

¹⁰ B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, Economica, 7^{ème} éd., 2013, § 2.

¹¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2013, § 3.

¹² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 129.

¹³ Cf. *infra* § 42.

¹⁴ P. Graulich, *Principes de droit international privé*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1961, § 6.

¹⁵ *Ibid.*

bilatérales en leur assignant, pour chaque rapport de droit, un siège déterminé¹⁶. La conception classique du conflit de lois est donc fondée sur cette doctrine tendant à préconiser l'universalisme de la méthode c'est-à-dire un règlement uniforme des conflits de lois commun dans tous les pays¹⁷. Cependant, au regard de « la faiblesse de plus en plus évidente du rôle joué par les sources internationales »¹⁸ au début du XX^{ème} siècle, le particularisme s'est substitué à l'universalisme afin de convenir que chaque Etat possède et doit posséder son propre système de conflit de lois¹⁹. Par conséquent, la systématisation du droit international privé s'est construite à l'aune de ces deux conceptions²⁰. En outre, désormais, le droit international privé constitue une discipline en droit positif, laquelle se décline tant sous forme de source nationale que de source internationale²¹.

3. La conceptualisation du principe d'égalité. De la même façon que la discipline du droit international privé s'est conceptualisée tardivement, le principe d'égalité n'a été reconnu juridiquement qu'à la fin du XVIII^{ème} siècle. En effet, le concept d'égalité est tout aussi ancien que celui du conflit de lois, puisque « dès l'Antiquité grecque, apparaissent les premières tentatives de formalisation du concept d'égalité, notamment dans l'œuvre de Platon, mais aussi et surtout dans celle d'Aristote »²². Toutefois, ce n'est qu'à la suite de la Révolution française que le principe d'égalité fait l'objet d'une reconnaissance juridique en intégrant le corps de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 en ses articles 1^{er} et 6²³. Depuis lors, comme la discipline du droit international privé, il a intégré le droit positif, puisqu'il constitue tant une « norme constitutionnelle »²⁴ en droit français²⁵,

¹⁶ P. Graulich, *Principes de droit international privé*, Dalloz, 1^{ère} éd., 1961, § 7.

¹⁷ P. Mayer, *Droit international privé*, Domat, 6^{ème} éd., 1998, § 69.

¹⁸ *Ibid.*, § 72.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Cf. *infra* § 150 et s.

²¹ Cf. *infra* § 272 et s.

²² F. Mélin-Soucramanien, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Economica, 1^{ère} éd., 1997, § 1.

²³ Art. 1^{er} : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » ; art. 6 : la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

²⁴ F. Mélin-Soucramanien, *op. cit.*, § 4.

²⁵ Voir en ce sens : Art. 1^{er}, 3, 11, 12, 13 et 16 du préambule de la Constitution du 27 oct. 1946 ; préambule et art. 1, 2 et 3 de la Constitution du 4 oct. 1958.

qu'un droit fondamental en droit international²⁶ depuis son intégration dans les diverses « conventions relatives à la protection des droits de l'Homme, qui se sont développées après la seconde guerre mondiale »²⁷. Ainsi, la discipline du droit international privé et le principe d'égalité constituent deux concepts juridiques admis en droit positif, dont l'objectif est d'assurer leur effectivité. De plus, au-delà de cette contextualisation tant historique que législative qui les rapproche, ils se dotent d'une portée similaire au regard d'une approche comparative. Ils ont chacun une vocation universelle et s'appliquent partout au sein de la société internationale c'est-à-dire tant sur le plan spatial que temporel.

4. La vocation universelle du droit international privé et du principe d'égalité.

Le développement de ces notions juridiques en droit positif conduit à relever qu'ils aspirent tous deux à l'universalisme. Si le droit international privé n'est pas uniforme puisqu'il ne fait pas l'objet d'une réglementation identique dans chaque Etat du monde²⁸, il possède une dimension universelle dans la mesure où il a vocation à exister dans tous les pays du monde²⁹. En effet, « les rapports entre personnes de nationalités différentes ou au-delà des frontières créent, en raison de l'élément étranger qu'ils impliquent, une vie privée internationale à côté de la vie privée interne des sujets de chaque Etat »³⁰, laquelle peut donner naissance à des conflits internationaux qui doivent nécessairement être résolus par les règles du droit international privé. De plus, en tant qu'« instrument de gestion de la diversité des droits, (il) s'est ainsi vu confier une place croissante, à la mesure du développement des relations privées internationales, la disparition même de ses causes génératrices n'étant de surcroît guère envisageable »³¹. Par conséquent, le droit international privé aspire à l'universalisme dans la mesure où il demeure indispensable pour régir les rapports internationaux des particuliers au

²⁶ Voir notamment en ce sens : art. 20 de la Charte des droits fondamentaux ; art. 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et son protocole add. n°7 ; art. 1^{er} et 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen ; art. 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies ; art. 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples ; art. 24 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme.

²⁷ S. Robin-Olivier, « Introduction », in *Le principe d'égalité en droit communautaire*, Thèse, Aix-Marseille, 1999, PU Aix-Marseille, 1999, spéc. p. 21.

²⁸ G. Cornu, « uniformisation », in *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd., p. 942.

²⁹ Voir en ce sens : G. Cornu, « universel », *op. cit.*, p. 945 : « admis dans tous les pays ; mondialement reconnu ou ayant vocation à l'être ».

³⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 1.

³¹ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Le droit international privé*, PUF, 1^{ère} éd., Que sais-je ?, 2009, p. 3.

sein de la société internationale. Ceci ne peut être qu'accentué par le phénomène d'« internationalisation croissante des litiges »³².

De la même façon, le principe d'égalité tend à l'universalisme depuis qu'il a intégré le rang des droits de l'Homme³³. En effet, sa nature de droit de l'homme en fait un fondement juridique universel dans la mesure où il consiste en une prérogative considérée comme « appartenant naturellement à tout être humain dont le droit public (...) s'attache à imposer à l'Etat le respect et la protection »³⁴. Ainsi, tant la discipline du droit international privé que le principe d'égalité ont vocation à s'imposer de manière universelle au sein de la société internationale.

5. L'ubiquité du droit international privé et du principe d'égalité. De surcroît, ces deux concepts juridiques peuvent être qualifiés d'ubiquitaires dans la mesure où ils sont omniprésents tant sur le plan temporel que spatial. D'une part, les problèmes soulevés par le conflit de lois et par le principe d'égalité sont anciens puisqu'ils ont été identifiés dès l'Antiquité³⁵. Depuis lors, ces problèmes ont subsisté et tentent d'être solutionnés par le droit positif. Or, si des règles de droit s'évertuent à résoudre ces problèmes, il n'empêche que ces derniers sont demeurés et qu'ils demeureront éternellement³⁶. C'est pourquoi tant le droit international privé que le principe d'égalité sont deux concepts omniprésents sur le plan temporel. Ainsi, ce sont deux fondements juridiques atemporels qui ne cesseront que lorsque tout conflit de lois ou de juridictions cessera et lorsque toute inégalité entre particuliers sera anéantie. D'autre part, les règles applicables à ces problèmes juridiques se sont développées de telle façon qu'elles atteignent le monde entier. S'agissant du droit international privé, chaque Etat s'est doté de ses propres règles de conflit pour résoudre les conflits de lois et les conflits de juridictions. Or, des règles de conflit supranationales sont également apparues notamment à l'état de région, comme les règlements européens de l'Union européenne ou les conventions internationales émanant de la Conférence de La Haye. Ainsi, le droit

³² Voir en ce sens : J.-S. Bergé, « L'internationalisation croissante des litiges : les réponses apportées en matière de presse et de droit d'auteur par la proposition de règlement communautaire « Rome II » », *Legicom, Cairn.info*, 2004/1, n°30, p. 117 à 125.

³³ Voir en ce sens : N. Belloubet, « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, p. 152 : « ce principe qui procède de l'ordre des moyens et non des fins est devenu une référence parfois implicite mais toujours nécessaire de l'ensemble de notre droit ».

³⁴ G. Cornu, « droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 335.

³⁵ Cf. *supra* § 2.

³⁶ Voir en ce sens : P. Leroux, *De l'égalité*, Boussac : imprimerie de Pierre Leroux, 1848, 1^{ère} partie, spéc. p. 4-5 : « il est bien vrai, l'inégalité règne partout sur la terre ; nous la trouvons à quelque époque des temps historiques que nous remontions, et le jour où elle disparaîtra est peut-être encore bien loin ».

international privé a gagné toute la sphère spatiale de la société internationale. De manière similaire, le principe d'égalité s'est imposé dans chaque Etat du monde dans la mesure où il constitue à ce jour « la pierre angulaire de la jurisprudence constitutionnelle quels que soient les pays »³⁷. De plus, bien que principe fondateur de la plupart des Etats de droit³⁸, il est également garanti par diverses sources internationales³⁹ afin d'assurer son effectivité à n'importe quel endroit du monde.

6. La combinaison de fondements juridiques à dimension internationale.

Indéniablement, la discipline du droit international privé ainsi que le principe d'égalité présentent des caractères similaires au regard de cette approche comparative. Ainsi, d'après l'universalisme vers lequel ils tendent et l'ubiquité dont ils font état, ils constituent des fondements juridiques primordiaux au sein de la société internationale. C'est pourquoi il est intéressant d'opérer un lien entre ces fondements juridiques afin de déterminer si leur identité de caractères peut se concilier, et conséquemment, s'ils peuvent répondre de leurs fonctions respectives l'un au travers l'autre. Autrement dit, il s'agirait d'apprécier si le droit international privé peut assurer le respect du principe d'égalité dans la mise en œuvre de ses règles et réciproquement. De plus, ceci ne peut qu'être confirmé par le fait que « les relations entre le droit international privé et les droits de l'Homme ou les droits fondamentaux n'ont rien de surprenant » puisque « de façon plus ou moins diffuse, elles ont en effet toujours existé »⁴⁰.

7. Le respect du principe d'égalité en droit international privé.

Toutefois, le lien entre la discipline du droit international privé et le principe d'égalité n'a été abordé que sous certains aspects particuliers. En effet, le principe d'égalité suscite essentiellement l'intérêt en doctrine et en jurisprudence au regard des solutions matérielles qui sont dégagées par le droit international privé. En d'autres termes, l'égalité, en droit international privé, est globalement envisagé au regard du résultat produit par la règle de conflit. Par exemple, la jurisprudence s'est montrée soucieuse du respect du principe d'égalité en matière de désunion à propos des hypothèses de répudiation. Par conséquent, la haute cour s'est attardée à faire respecter le

³⁷ L. Favoreu, « Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux », in *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux – débats*, Economica, PU Aix-Marseille, 1982, spéc. p. 400.

³⁸ D. Alland et S. Rials, « égalité », in *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 585 et s. : « le principe d'égalité n'est pas un principe comme les autres », « il est la charnière des systèmes politico-juridiques modernes ».

³⁹ Cf. *supra* note n° 25.

⁴⁰ F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Limoges, 2005, Bruylant, 2007, § 2.

principe d'égalité entre époux, conformément au protocole n°7 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹. En revanche, ce principe n'a été que peu ou voire pas étudié sous une approche différente⁴². En effet, la coordination du principe d'égalité avec la discipline du droit international privé n'a que rarement ému la doctrine lorsqu'il est envisagé, non plus au regard de la règle matérielle produite par la règle de conflit, mais au regard du résultat indirect qui est atteint par la règle de conflit⁴³. Ainsi, le principe d'égalité est appréhendé davantage de manière individuelle au regard de chaque solution de fond appliquée à la situation internationale. *A contrario*, il n'est que rarement confronté à une approche plus globale consistant à s'interroger sur le résultat indirect produit par les règles de conflit. C'est pourquoi conformément à la vocation universelle à laquelle tant la discipline que ce principe aspirent, il serait pertinent d'investir ce nouvel axe d'étude. En effet, dans la mesure où ils usent d'un champ d'application identique, à savoir universel, leur confrontation pourrait conduire à s'interroger sur leur coordination au travers d'un angle différent que celui cantonné au résultat matériel. D'ailleurs, s'est déjà posée la question de savoir quelle pourrait être l'incidence des textes internationaux garantissant le principe d'égalité sur le droit international privé⁴⁴. En effet, si aucun de ces textes n'a été régi spécifiquement au regard du droit international privé, « aucun de ces textes n'exclut non plus sa propre application aux règles de droit international privé »⁴⁵. Par conséquent, malgré l'autonomie de chacun de ces concepts, il semblerait que le droit international privé ne puisse s'exempter du respect du principe d'égalité⁴⁶. Or, s'il ne peut s'y soustraire, il devrait pouvoir lui donner une effectivité plus globale, qui ne se

⁴¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, *RCDIP* 2004 p. 423, note P. Hammje ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; *JCP G.* 2004, II, p. 10128, note H. Fulchiron ; *Dalloz* 2004, p. 815, chron. P. Courbe, et p. 824, concl. F. Cavarroc ; *AJ fam.* 2004, p. 140, obs. S. David ; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. J. Marguénaud ; et Cass., Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2018, n°17-16.102, *AJ fam.* 2018, p. 469, note C. Roth.

⁴² Voir en ce sens : G. M. Ubertazzi, « Règles de non-discrimination et droit international privé », *RCADI*, 1977, vol. n°157, spéc. p. 348 : « Malgré le poids qu'il a acquis au cours de ces dernières décennies, le principe de non-discrimination n'a pas encore gagné une place importante dans la doctrine des conflits de lois. On est même tenté de constater que, jusqu'à ces dernières années, la plupart des spécialistes n'ont porté aucun intérêt à son égard » ; L. G. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, p. 401 : « Les rapports entre les conflits de lois et le droit communautaire n'ont pas beaucoup retenu l'attention de la doctrine ».

⁴³ Voir en ce sens : W. Wengler, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963, p. 204 et p. 503 ; P. Kinsch, « Principe d'égalité et conflits de lois », *TCFDIP* 2002-2004, p. 117 à 144 ; et G. M. Ubertazzi, *op. cit.*

⁴⁴ *Ibid.*, spéc. p. 118.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Voir en ce sens : G. M. Ubertazzi, *op. cit.*, spéc. p. 351 : « L'orientation nouvelle s'inscrit dans la tendance à reconnaître le rôle des principes fondamentaux, dans leur ensemble, en tant qu'éléments du modèle de l'Etat de droit », « il suffira de rappeler que, en aboutissant à reconnaître l'influence des droits fondamentaux dans le domaine du droit international privé, la voie a été ouverte pour que soit reconnue la même influence au principe de non-discrimination ».

cantonne pas aux solutions de fond appliquées aux différentes situations internationales. Il est alors important de s'interroger sur l'effectivité de ce principe au sein de la discipline du droit international privé. Néanmoins, il est désormais nécessaire de définir précisément tant la notion de « droit international privé » que d'« égalité ».

8. Notion de droit international privé. Le droit international privé peut se définir comme « la branche du droit privé dont l'objet est d'apporter un règlement approprié aux relations privées présentant un caractère international », ce qui implique « l'élaboration et la mise en œuvre d'un outillage normatif particulier, distinct de celui du droit commun et qui forme le contenu de la discipline »⁴⁷. Il s'agit donc d'une discipline du droit particulière en ce sens qu'elle ne joue qu'à l'égard des litiges présentant un caractère international⁴⁸. Par conséquent, il faut que « le litige présente un élément d'extranéité », lequel peut tenir à la personne des plaideurs au regard de leur nationalité ou de leur domicile, ou encore à l'objet du litige au regard de son lieu de situation⁴⁹. Toutefois, la situation litigieuse doit être objectivement internationale c'est-à-dire qu'elle « met en cause deux ou plusieurs pays, par ses éléments intrinsèques »⁵⁰. En d'autres termes, « si un organe est saisi, quel qu'il soit, son appréciation du caractère international ou non (...) de la relation ne peut varier »⁵¹. Plus que d'être une matière propre à la sphère internationale, il s'agit d'une discipline qui se cantonne aux personnes privées. Elle se distingue alors du droit international public depuis la moitié du XIX^{ème} siècle⁵². Ainsi, « alors que le droit international public s'occupe des relations directes entre les Etats et a pour but d'aplanir les difficultés qui sont susceptibles de se produire entre eux à propos de leurs intérêts vitaux, le droit international privé a simplement pour but de résoudre les conflits qui se manifestent sur le terrain de la compétence législative et juridictionnelle des Etats »⁵³. Autrement dit, le droit international privé n'est applicable qu'aux « personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales »⁵⁴. Enfin,

⁴⁷ D. Alland et S. Rials, « droit international privé », *op. cit.*, p. 491 et s.

⁴⁸ Voir en ce sens : P. Graulich, *op. cit.*, § 1 : « Le droit international privé a essentiellement pour objet la recherche (d'une) réglementation des conséquences de droit privé des faits ou rapports sociaux dont tous les éléments ne se réalisent pas dans une seule sphère juridique ».

⁴⁹ H. Gaudemet-Tallon, « Compétence civile et commerciale », *Rép. intern. Dalloz*, 1998, p. 3.

⁵⁰ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Domat - Montchrestien, 11^{ème} éd., 2014, § 5.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Voir en ce sens : G. Van Hecke, « Droit public et conflit de lois », *TCFDIP* 1982-1984, spéc. p. 226 : « il semble bien établi qu'à partir de la moitié du 19^{ème} siècle les auteurs qui traitaient du droit international privé avaient chassé de leur horizon tout ce qui rassortissait au droit public ».

⁵³ L. Rigaud, « XIII : Définitions », in *Cours de droit international privé*, Domat - Montchrestien, 2^{ème} éd., 1943, p. 41 et s.

⁵⁴ P. Mayer, *op. cit.*, § 2.

et surtout, le droit international privé constitue un droit spécial dans la mesure où il « ne prend pas nécessairement en charge le règlement intégral de la question juridique posée » et « ne traite que les problèmes spécifiques directement liés au caractère international de celle-ci »⁵⁵. Il s'agit alors principalement « d'un droit qui cherche à répartir les sphères juridiques » pour « trouver le juste équilibre entre la répartition des compétences judiciaires et législatives »⁵⁶. C'est pourquoi le principe d'égalité doit pouvoir être envisagé à l'aune d'une approche globale le confrontant au résultat indirect issu des règles de droit international privé. Toutefois, « dans l'acception française traditionnelle de la matière, (la discipline) couvre l'étude de quatre questions, à savoir le conflit de lois, le conflit de juridictions, la nationalité, et la condition des étrangers »⁵⁷. L'étendue de son champ d'application invite alors à en limiter l'étude afin de proposer une démonstration compatible et cohérente avec celle du principe d'égalité.

9. Cantonnement au conflit de lois. L'étude du principe d'égalité au travers du droit international privé se confinera à une approche restrictive tendant à ne considérer que le conflit de lois. Celui-ci « a pour objet de déterminer, à l'intention de l'organe compétent ou de l'interprète qui en anticipe la décision, le droit sur le fondement duquel il doit résoudre une question juridique issue d'une situation de fait comportant des liens avec plusieurs pays »⁵⁸. En d'autres termes, « il y a conflit de lois toutes les fois qu'une situation juridique pouvant se rattacher à plusieurs pays, il faut choisir, entre les lois de ces différents Etats, celle qui sera appelée à régir le rapport de droit considéré »⁵⁹. Il s'agit donc d'une simple « règle de conflit » qui « se borne à désigner la loi applicable sans résoudre l'affaire au fond »⁶⁰, ou plus précisément qui « a pour fonction de déterminer, du point de vue de l'organe saisi, la règle de décision applicable à une question de droit issue de faits liés à plusieurs pays »⁶¹. Or, pour parvenir à cette désignation, la règle de conflit a classiquement pour objet « la localisation des rapports de droit » en résolvant le problème du conflit de lois par application de la loi « en

⁵⁵ *Ibid.*, § 3.

⁵⁶ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, vol. n°312, § 158.

⁵⁷ L. Rass-Masson, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse, Paris, Panthéon-Assas, 2015, § 12.

⁵⁸ D. Bureau et H. Muir-Watt, *op. cit.*, spéc. p. 72.

⁵⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 5.

⁶⁰ *Ibid.*, § 18.

⁶¹ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 329.

principe la plus appropriée »⁶² c'est-à-dire celle avec laquelle la situation litigieuse présente les liens les plus significatifs⁶³. Ainsi, la règle de conflit « subordonne l'application de la loi d'un Etat à l'existence d'un lien entre la situation internationale de l'Etat »⁶⁴. Or, « c'est ce lien, la localisation qui confère à la loi son titre d'application »⁶⁵.

Toutefois, la détermination de ce lien de rattachement s'illustre au travers de nombreuses formes, puisqu'il peut varier d'un Etat à l'autre, ou d'une région à l'autre. De la même façon, il est susceptible de déclinaisons différentes au regard de la matière concernée, tout comme il peut être unique ou multiple. Néanmoins, il demeure que ce lien de rattachement reste en principe évalué au regard d'une localisation fondée sur la loi qui présente les liens les plus significatifs. C'est pourquoi eu égard à ce principe, qui régit intégralement les conflits de lois en droit international privé, il est intéressant de s'interroger sur le respect du principe d'égalité. En effet, il convient de se demander si la contraction de la loi la plus significative sous forme de règle de conflit de lois respecte le principe d'égalité. Il s'agira alors de vérifier que le corpus de règles de conflit de lois en droit positif répond de cette fonction localisatrice et corrélativement assure un traitement égalitaire des situations juridiques. En d'autres termes, l'étude du principe d'égalité se cantonnera au droit des conflits de lois. Toutefois, ce choix se justifie au regard de l'objectif poursuivi par les autres pans du droit international privé.

10. Exclusion du conflit de juridictions. En revanche, l'étude ne sera pas élargie aux conflits de juridictions en raison de la différence de nature qui existe entre la règle de conflit de lois et la règle de conflit de juridictions. En effet, le conflit de juridictions concerne « à la fois les règles relatives à la détermination de la compétence internationale directe des tribunaux ou des autorités d'un Etat, ainsi que les règles relatives aux effets dans un Etat des décisions rendues par les tribunaux ou autorités d'autres Etats »⁶⁶. Par conséquent, l'« enjeu est bien différent selon qu'il s'agit de poser une règle de compétence judiciaire ou une règle

⁶² P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : cours général de droit international privé », *RCADI*, 1999, vol. n°276, § 5.

⁶³ D. Allard et S. Rials, « Conflits de lois » in « Droit international privé », *op. cit.*, p. 492-493.

⁶⁴ P. M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse, Genève, 1985, Georg & Cie, 1985, § 471.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ L. Rass-Masson, *op. cit.*, § 13.

de conflit de lois »⁶⁷. Effectivement, « alors que la loi applicable au fond doit avoir un rapport étroit avec la substance même de la matière, tel ou tel tribunal pourra être estimé compétent pour des raisons plus matérielles et contingentes (commodités d'accès pour les plaideurs, proximité avec l'événement pour faciliter l'administration des preuves, probabilité d'*exequatur* dans le pays où l'exécution de la décision aura lieu etc.) »⁶⁸. Ainsi, contrairement à la règle de conflit de lois, qui constitue une règle indirecte, orientée par sa fonction localisatrice, la règle de conflit de juridictions est « une règle substantielle, du moins en ce sens qu'elle n'a pas à désigner la loi compétente pour régler le problème de compétence juridictionnelle, mais tranche directement ce problème, le tribunal français saisi de l'affaire se déclarant compétent ou non »⁶⁹. C'est pourquoi le conflit de juridictions, essentiellement guidé par le principe de bonne administration de la justice, peut consacrer certaines inégalités entre les sujets de droit comme c'est le cas avec les privilèges de juridiction⁷⁰. Par conséquent, dans la mesure où le conflit de juridictions se différencie du conflit de lois en ce qu'il répond davantage d'une justice matérielle, il est cohérent de l'exclure du champ d'application de notre étude puisque, par nature, il peut conduire à des inégalités entre les sujets de droit, justifiées par l'objectif précité de bonne administration de la justice, et qu'il ne convient pas de remettre en cause. Finalement, la nature spécifique du droit des conflits de lois, consistant à déterminer la localisation des lois dans l'espace sur la base d'un postulat de proximité, suscite l'idée que l'application de ce droit aux différentes situations juridiques internationales pourrait répondre du principe d'égalité. En effet, contrairement au droit des conflits de juridictions, les conflits de lois ne répondent pas, en principe, d'une politique matérielle, mais seulement d'une politique de rattachement, laquelle ne conduit pas inévitablement à des inégalités de traitement.

11. Exclusion de la nationalité et de la condition des étrangers. De surcroît, doivent également être exclues les questions relatives à la nationalité et à la condition des

⁶⁷ H. Gaudemet-Tallon, « La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXIème siècle, quelques tendances », « Clés pour siècles », *Dalloz* 2000, p. 126, laquelle ajoute que la règle de conflit de lois « doit désigner une loi unique pour régir le rapport de droit en cause, rapport qui, normalement, ne saurait relever de plusieurs lois en même temps, au contraire la (règle de conflit de juridictions) peut admettre la compétence concurrente de plusieurs tribunaux entre lesquels le demandeur choisira ».

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 18.1°.

⁷⁰ C. civ. art. 14 : « L'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français » ; C. civ. art. 15 : « Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ».

étrangers. En effet, le corpus de règles applicables à la condition des étrangers et à la nationalité, plus que de répondre à une justice matérielle, est constitué par des règles de fond dont l'objet permet d'une part de « déterminer les prérogatives dont peuvent bénéficier les étrangers sur notre territoire »⁷¹, et d'autre part, d'établir « l'allégeance d'un individu par rapport à un Etat »⁷². De la même façon que le conflit de juridictions, il existe une véritable différence de nature dans la mesure où cet ensemble de normes répond d'une justice matérielle propre. En sus, ces règles n'ont pas le même objet que les règles de conflit dans la mesure où elles ne visent pas « des questions de méthodes fondamentales du droit international privé »⁷³. Or, l'étude du principe d'égalité en droit international privé consiste à définir si l'égalité à laquelle peuvent prétendre les sujets de droit est préservée par sa méthode issue de son caractère spécial⁷⁴. En d'autres termes, il s'agit de déterminer si l'égalité, en principe garantie aux sujets de droit, est respectée par le droit des conflits de lois, envisagé au regard de la justice conflictuelle, laquelle ne tend qu'à la répartition des compétences législatives. Autrement dit, l'analyse du principe d'égalité sera restreinte à l'étude du conflit de lois eu égard au particularisme de cette science qui ne répond pas, par principe, d'une justice substantielle comme les autres branches du droit international privé.

12. Le droit international privé envisagé sous forme de système. En tout état de cause, si le droit international privé n'est envisagé qu'au regard du conflit de lois, il sera également appréhendé sous forme de système, c'est-à-dire au regard de l'ensemble de ses règles⁷⁵. En effet, comme l'affirmait Batiffol, « le développement moderne du droit international privé suggère l'idée qu'il tend vers un ordre de systèmes » puisque, de nos jours, l'étude de la discipline permet de constater « l'organisation en systèmes de droit privés internes » c'est-à-dire que « chaque droit privé interne constitue un système »⁷⁶ comportant ses propres règles de conflit. Ainsi, chaque Etat s'est doté de son propre système. Autrement dit, la théorie générale du conflit de lois fait l'objet d'une systématisation par chaque ordre juridique, lequel peut être autant national que régional, et dont l'objectif est sans doute de garantir « une recherche scientifique des solutions »⁷⁷.

⁷¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 21.

⁷² *Ibid.*, § 23.

⁷³ L. Rass-Masson, *op. cit.*, § 14.

⁷⁴ Cf. *supra* § 8.

⁷⁵ Voir en ce sens : G. Cornu, « Système de conflits », *op. cit.*, p. 906 : « Règles et principes relatifs aux conflits de lois en vigueur dans un Etat (plus généralement dans un ordre juridique) considérés dans leur totalité ».

⁷⁶ H. Batiffol, *Les aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002, § 7, 8 et 10.

⁷⁷ P. Graulich, *op. cit.*, § 7.

En réalité, au-delà du fait qu'il est de conception classique d'envisager le conflit de lois sous l'angle d'un système, il est nécessaire de recourir à ce processus d'ensemble pour analyser correctement l'effectivité du principe d'égalité en droit des conflits de lois. Effectivement, « raisonner en termes de système ou d'ordre juridique plutôt qu'en fonction de la règle de droit prise individuellement »⁷⁸ paraît plus adapté dans la mesure où elle permet d'envisager la discipline dans son entièreté. *A contrario*, une approche individuelle de chaque règle de conflit conduirait « à la négation (...) d'un droit international »⁷⁹. C'est pourquoi il est indispensable d'envisager le droit international privé par le biais d'une approche systémique. Ainsi, l'objet de l'étude consistera à établir si un système entier de droit international privé, c'est-à-dire si toutes les règles qui le composent, peut respecter et garantir l'égalité des situations juridiques internationales soumises à la discipline.

12.1. Une systématisation limitée aux situations en devenir. Si l'étude du principe d'égalité en droit des conflits de lois invite à l'envisager de manière globale c'est-à-dire dans un système d'ensemble, celle-ci doit se cantonner aux situations juridiques en devenir. En effet, l'objectif est de déterminer un système complet permettant de traiter chaque situation juridique internationale nouvelle. Par conséquent, seront nécessairement envisagées les différentes méthodes applicables en droit des conflits de lois, et de manière plus globale, la théorie générale des conflits de lois. Implicitement, au travers de cette étude, ne seront pas étudiées les méthodes traitant spécifiquement de l'efficacité des situations internationales, et notamment la méthode de la reconnaissance. Toutefois, si une méthode spécialement applicable aux situations nouvelles est recherchée, seront parfois envisagés au cœur du régime quelques points de droit en corrélation avec l'efficacité des situations internationales dans la mesure où l'étude de la théorie générale des conflits de lois invite à étudier l'application de la règle de conflit jusqu'à son stade ultime c'est-à-dire jusqu'à l'application de la loi matérielle compétente.

Or, si la méthode la reconnaissance constitue une méthode spécifique au droit des conflits de lois, elle sera exclue de cette démonstration. Cette méthode « est celle qui va permettre la reconnaissance d'une situation sans vérification par l'Etat où elle est invoquée de la loi appliquée lors de sa création »⁸⁰. Elle « propose d'accepter de reconnaître les situations

⁷⁸ G. Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987, vol. n°207, spéc. p. 106.

⁷⁹ *Ibid.*, spéc. p. 107.

⁸⁰ P. Lagarde, « Introduction », in « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, 2014, vol. n°371, spéc. p. 20-21.

constituées conformément à un système étranger de droit international privé, et de le faire sous la condition, ayant trait au conflit de lois, qu'elles aient été valablement constituées selon le système étranger (...); elle propose par conséquent de renoncer à leur appréciation au regard de la règle de conflit de lois de l'Etat de la reconnaissance »⁸¹. Toutefois, cette méthode invite à opérer une distinction, voire une division au sein de la discipline du droit international privé pour reprendre les propos du Professeur Lagarde. En effet, d'après celui-ci, « la véritable division de cette discipline est entre la création des droits et leur efficacité hors de l'ordre juridique qui leur a donné naissance »⁸². Par conséquent « les règles applicables à l'efficacité des situations ne sont pas nécessairement les mêmes que celles qui régissent leur création », et « c'est ce qu'illustre la méthode de reconnaissance des situations »⁸³. *A contrario*, « quand il s'agit de création, la situation par hypothèse n'existe pas encore, et l'on ne saurait parler de reconnaissance »⁸⁴. C'est pourquoi dans la mesure où la méthode de la reconnaissance n'a pas vocation à traiter de la création de situations juridiques internationales, elle sera exclue de cette démonstration qui a pour objet de rechercher un système applicable aux situations en devenir.

12.2. Une systématisation essentiellement conceptuelle. De surcroît, organiser cette étude au regard d'une approche systémique invite à s'interroger sur une potentialité. En effet, il va s'agir de discuter de l'éventuelle mise en place d'un système de droit des conflits de lois qui, tant par sa méthode, que par son régime traite chaque situation similaire de manière égalitaire. Or, pour parvenir à atteindre ce résultat, l'angle d'attaque doit nécessairement, ou du moins de prime abord, être théorique afin de déterminer si une méthode applicable en droit des conflits de lois, puis son régime peuvent prétendre à une telle aspiration. Par conséquent, l'enjeu ne consiste pas tant à établir si, en pratique, l'égalité est garantie par les règles de droit international privé positives, mais plutôt à se questionner sur la possibilité de bâtir un système unique propre au droit des conflits de lois garantissant ce résultat. C'est pourquoi il sera nécessaire de repenser en amont l'intégralité du système par le biais d'une approche plus conceptuelle que réelle. En effet, il s'agit d'une étape préalable incontournable pour savoir si

⁸¹ P. Kinsch, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janv. 2013 sous la dir. de P. Lagarde, Ed. A. Pedone, 2013, p. 43 et s.

⁸² P. Lagarde, *op. cit.*, spéc. p. 20-21.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ P. Mayer, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janv. 2013 sous la dir. de P. Lagarde, Ed. A. Pedone, 2013, p. 19 et s.

la réalisation de l'égalité au travers d'un système unique est plausible ou du moins envisageable. Par conséquent, l'approche choisie sera inévitablement plus abstraite que concrète. En tout état de cause, pour parvenir à théoriser ce système conformément à un objectif d'égalité, encore faut-il établir ce qu'il faut entendre par « égalité » des situations juridiques internationales soumises au droit des conflits de lois.

13. Notion d'égalité. Définir l'égalité s'avère une tâche difficile dans la mesure où il s'agit d'une donnée « insaisissable »⁸⁵. En effet, « l'égalité est un principe flou, une notion hybride susceptible de tout justifier, qui inspire et légitime les politiques les plus contradictoires »⁸⁶. Ainsi s'il s'agit d'un principe qui irrigue depuis le siècle des Lumières l'Etat de droit⁸⁷, il « constitue (aussi) le creuset d'une pluralité de conceptions de l'organisation des rapports sociaux »⁸⁸, lequel soulève parfois des difficultés⁸⁹ pour répondre de ses entières acceptions. De surcroît, inscrit « dans un certain contexte historique et géographique, (il) finit par s'éclater également dans des particularismes indéfinis »⁹⁰. En tout état de cause, « le critère de l'égalité est (...) un curseur mouvant, juridiquement insaisissable comme l'est (...) l'envers du principe, à savoir la discrimination »⁹¹.

Généralement, il peut être défini largement notamment comme « principe d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni, aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit »⁹², ou encore comme « principe juridique fondamental, garanti tant par des actes internationaux que par la Constitution, en vertu duquel tous les citoyens dans la même situation bénéficient des mêmes droits et sont soumis aux mêmes obligations, sans considération de leur origine ou de leurs croyances »⁹³. Il en ressort

⁸⁵ S. Robin-Olivier, « Introduction », *op. cit.*, spéc. p. 22.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ CE, « Principes et réalités », in *Extrait du rapport public 1996 - Sur le principe d'égalité*, La Documentation française, Paris, 1998, spéc. p. 35.

⁸⁸ S. Robin-Olivier, « Introduction », *op. cit.*, spéc. p. 22.

⁸⁹ Voir en ce sens : CE, *op. cit.*, spéc. p. 35 : « le succès même de cette construction juridique soulève des difficultés ; car comment appliquer le même principe à l'homme non seulement en sa qualité d'être universel, sujet de droit naturel, mais aussi en sa qualité de citoyen, sujet de droit politique, et enfin, en celle d'*homo economicus*, sujet de droit économique et social ? Comment user du même concept dans des configurations si différentes ? ».

⁹⁰ H. Muir-Watt, P. II, Ch. II, S. 2 « Le dilemme de l'égalité », in « Discours sur les méthodes du droit international privé », *RCADI*, 2018, vol. n°389, § 211.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² G. Cornu, « égalité », *op. cit.*, p. 347-348.

⁹³ S. Guinchard et T. Debard, « égalité », *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 26^{ème} éd., p 432.

que le principe d'égalité s'entend nécessairement d'une égalité devant la loi⁹⁴, laquelle fait l'objet de plusieurs principes d'interprétation⁹⁵ et d'application jurisprudentielles⁹⁶. C'est pourquoi le principe d'égalité s'illustre au travers de diverses hypothèses en droit administratif français, notamment « égalité des citoyens devant la loi et les règlements ; égale admissibilité de tous aux emplois publics ; égalité des utilisateurs du domaine public ; égalité devant les charges publiques ; égalité devant l'impôt ; égalité des sexes », etc⁹⁷. De surcroît, le principe d'égalité se traduit également sous forme de principe de non-discrimination lequel implique « de traiter uniformément les situations semblables et de façon différenciée des situations elles-mêmes différentes »⁹⁸. Il s'agit notamment de la conception retenue par le droit communautaire⁹⁹. Autrement dit, le principe d'égalité est susceptible de déclinaisons multiples lesquelles attestent sans doute de sa « richesse » et « variété »¹⁰⁰. La véritable interrogation demeure alors celle de savoir ce qui est entendu par égalité en droit des conflits de lois.

14. L'égalité au sens du droit des conflits de lois. Hauriou affirmait que « la loi a constamment élargi son cercle d'action, l'égalité devant la loi a constamment grandi » dans la mesure où « le nombre des hommes auxquels la loi s'est appliquée s'est augmenté, ou si l'on veut, au lieu de deux ou trois législations différentes s'appliquant à des classes différentes dans un même pays, il s'est établi peu à peu une législation unique, égale pour tous »¹⁰¹. Or, si une loi unique, applicable aux problèmes juridiques internes, s'est développée puis est devenue égale pour tous, peut-il en être de même pour les problèmes juridiques internationaux relevant de la sphère privée ?

De prime abord, il convient de constater que « cantonné aux relations juridiques de droit privé », « le principe d'égalité demeure de nature mystérieuse » puisque « doctrine et

⁹⁴ Voir en ce sens : M. Hauriou, Ch. I, S. III « La théorie du progrès », in *La science sociale traditionnelle*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1896, spéc. p. 131 : « la loi est par sa forme même une règle commune, la loi implique l'égalité devant la loi ».

⁹⁵ Voir en ce sens : *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, sous la dir. de R. Cabrillac, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2018, « égalité », p. 220 : « 1. Principe selon lequel les hommes doivent être égaux devant la loi, c'est-à-dire doivent se voir appliquer les mêmes règles quels que soient leur race, leur naissance, leur religion, leur fortune ou leur sexe. 2. Principe de répartition identique des prérogatives et des charges entre deux ou plusieurs personnes ».

⁹⁶ D. Alland et S. Rials, « égalité », *op. cit.*, p. 585 et s.

⁹⁷ B. Genevois et M. Guyomar, « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *Rép. cont. adm. Dalloz*, oct. 2018, § 11.

⁹⁸ *Ibid.*, § 19.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 11.

¹⁰¹ M. Hauriou, *op. cit.*, spéc. p. 131.

jurisprudence relèvent dans ce domaine l'absence de base textuelle susceptible de fonder ledit principe »¹⁰². Par extension, le principe d'égalité ne fait alors l'objet d'aucun fondement juridique spécifique en droit international privé et plus particulièrement en droit des conflits de lois. C'est pourquoi ce principe sera entendu au travers de ses « multiples manifestations entre particuliers »¹⁰³ impliqués dans un litige international. Or, ces manifestations apparaissent au travers du problème des conflits de lois lesquels sont résolus à l'aune de la justice conflictuelle¹⁰⁴. En d'autres termes, cela signifie qu'il doit être vérifié que l'égalité des particuliers est préservée par la justice conflictuelle spécifique au droit international privé, et particulièrement au droit des conflits de lois. Pour cela, il convient de rappeler ce que la justice du droit international privé assure aux sujets de droit.

14.1. L'égalité au travers de la justice conflictuelle du droit international privé.

En raison de la spécificité de la justice conflictuelle, « le droit international privé (n'est) pas un droit de décision, mais un droit de renvoi » c'est-à-dire que « la loi applicable (n'est) choisie qu'en raison de la force du rattachement »¹⁰⁵. Ainsi, « le but du droit international privé (est) neutre »¹⁰⁶ puisqu'il consiste à répartir les compétences législatives au regard de points de rattachement dans l'espace. L'objectif de la justice conflictuelle est alors d'assurer aux sujets de droit un traitement de leur situation internationale conforme à sa localisation dans l'espace. En d'autres termes, la justice conflictuelle « vise, grâce à l'utilisation de la définition de proximité, une juste répartition entre les Etats des situations ayant un élément d'extranéité »¹⁰⁷. Par conséquent, « la désignation du droit applicable (...) est axée sur des signes extérieurs au rapport juridique, tenant aux liens géographiques ou à la localisation de la situation dans un ordre juridique étatique »¹⁰⁸. C'est « ce traitement particulier que l'on envisage lorsque l'on pose le problème (de l'égalité) mis en place par la règle de conflit »¹⁰⁹. De surcroît, hormis la justice conflictuelle à laquelle aspire le droit des conflits de lois, de manière plus générale, « l'harmonie des décisions constitue l'objectif central du droit international privé », lequel se traduit « par la recherche de la garantie qu'une situation de

¹⁰² P. Mazière, *Le principe d'égalité en droit privé*, Thèse, Paris 2, 1997, PU Aix-Marseille, 2003, § 12.

¹⁰³ *Ibid.*, § 9.

¹⁰⁴ Cf. *supra* § 9.

¹⁰⁵ G. M. Ubertazzi, *op. cit.*, spéc. p. 349.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ E. Jayme, Ch. III, 4. « Les systèmes de rattachement : la justice conflictuelle », in « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, vol. n°251, spéc. p. 94.

¹⁰⁸ A. Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, Adi-poche, Coll. Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, 2011, § 23.

¹⁰⁹ G. M. Ubertazzi, *op. cit.*, spéc. p. 367.

droit privé sera jugée de la même façon quel que soit le lieu où siège la juridiction chargée du litige »¹¹⁰. Ainsi, il s'agit de déterminer si « les situations concernées sont traitées de manière égale » eu égard au système conflictuel de droit international privé¹¹¹. Ceci tend alors à envisager l'étude du principe d'égalité sous l'angle du principe de non-discrimination, et plus précisément de l'égalité de traitement.

15. Notion d'égalité de traitement. L'égalité de traitement répond d'une « formule de justice concrète »¹¹², originellement issue, dans son acception philosophique, de l'idée de justice commutative conceptualisée par Aristote¹¹³, qui renvoie à l'idée d'une égalité arithmétique. En outre, elle « prescrit de traiter tous les êtres d'une catégorie de la même façon et qui s'exprime de la manière suivante : « à chacun la même chose » »¹¹⁴. Autrement dit, « le traitement, quel qu'il soit, devra être le même pour chacun et non proportionnel à quelque caractéristique déterminée »¹¹⁵. Au sens juridique du terme, il convient de se référer spécialement à la jurisprudence européenne¹¹⁶ dans la mesure où celle-ci s'évertue à garantir, au sens du principe d'égalité, le principe de non-discrimination et spécifiquement l'égalité de traitement. Au sens de la Cour de justice, l'égalité de traitement implique que « les situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée »¹¹⁷. Par conséquent, appliquer au droit international privé, et

¹¹⁰ E. Jayme, Ch. III, 1. a) « Egalité formelle et justice générale », *op. cit.*, spéc. p. 89.

¹¹¹ *Ibid.*, lequel ajoute que : « tout autre est le problème concernant, le cas échéant, le contenu discriminatoire de la règle matérielle applicable au cas d'espèce » ; « la distinction suit la ligne à tracer entre domaine de la règle de conflit et domaine de la loi matérielle étrangère ».

¹¹² E. Griffin-Collart, « Introduction », in *L'égalité*, vol. n° II : « égalité et justice dans l'utilitarisme », Bruylant, 1974, spéc. p. 10.

¹¹³ Voir J.-M. Carbasse, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 7^{ème} éd., 2017, § 43 à propos de la distinction entre la justice distributive et la justice commutative : « Celui qui dit le droit, ou qui rend la justice, a ainsi pour première mission d'attribuer (*tribuere*) ce qui revient à chacun, ce à quoi il peut prétendre légitimement (*cuique suum*). Cette conception à première vue très réductrice est empruntée à Aristote : c'est celle de la justice distributive » ; « Aristote mettait en exergue l'idée de proportion : chacun doit recevoir selon son mérite, celui-ci étant évalué en fonction de la part qu'il prend à la réalisation du bien commun » ; « à côté de la justice distributive, Aristote faisait une place à la justice commutative. Cette dernière, qui règle non plus les distributions mais les échanges (...), obéit à un autre principe plus simple à mettre en œuvre : le principe d'équivalence (c'est-à-dire l'égalité des valeurs) ». Proportionnalité dans la distribution des choses (...); équivalence dans les échanges : tels sont les principes d'une bonne justice ».

¹¹⁴ E. Griffin-Collart, « Introduction », *op. cit.*, Bruylant, 1974, spéc. p. 10.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ Voir en ce sens : J. Gerkrath, « Egalité de traitement », *Rép. eur. Dalloz*, déc. 2002, dans lequel il est notamment précisé que (§ 1) : « les traités fondateurs de l'Union européenne ne contiennent pas de disposition consacrant de façon générale le principe d'égalité de traitement dans leur champ d'application » ; (§ 2) : « le droit communautaire recèle cependant une multitude de dispositions ponctuelles qui énoncent des manifestations spécifiques du principe d'égalité » ; (§ 7) : « la Cour de justice a jugé bon d'aller au-delà des textes en consacrant dans le droit communautaire un principe général d'égalité ».

¹¹⁷ CJCE, 19 oct. 1977, *Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson c/ Office interprofessionnels des céréales*, aff. 124/76 et 20/77, *Rec.* 1795, point 17.

spécifiquement au problème du conflit de lois, il convient de déterminer si le système de droit des conflits de lois traite de manière égalitaire les sujets de droit placés dans une situation juridique similaire. Cela signifie que le système doit tendre à traiter de manière équivalente chaque sujet de droit dans une situation internationale identique¹¹⁸. Finalement, pour reprendre les propos du Professeur Muir-Watt, « l'approche multilatéraliste consiste à infuser dans un régime destiné à régir les relations privées transfrontières, les valeurs attribuées à une société bien ordonnée », et « pour ce faire, il se constitue en une méthode de distribution (des lois ou des cas) qui se veut à la fois politiquement innocente et fermement inféodée au principe de l'égalité de traitement en droit (version internationaliste de l'égalité des citoyens devant la loi) »¹¹⁹. Ainsi, l'égalité de traitement ne constitue que le propre de la justice conflictuelle. Toutefois, il convient de rappeler que, pour que le système de droit international privé réponde de cette justice conflictuelle (et non matérielle) tendant simplement à déterminer quelle loi sera applicable au regard de la localisation dans l'espace de la situation litigieuse, il suppose plusieurs préalables que sont, d'une part la neutralité du système, et d'autre part, le respect des principes de prévisibilité juridique et de sécurité juridique.

16. La neutralité du système : corollaire indispensable au principe d'égalité. En premier lieu, pour garantir à l'international le principe d'égalité, il convient sans doute de respecter une certaine neutralité. Toutefois, comme l'égalité, la notion de neutralité fait l'objet de multiples définitions. Dans son acception commune, la neutralité se définit comme « l'état de quelqu'un, d'un groupe qui ne se prononce pour aucun parti »¹²⁰. Affecté aux disciplines juridiques, ce terme varie essentiellement au regard de la matière à laquelle il est appliqué. Par exemple, en droit interne, les illustrations du principe de neutralité s'attachent essentiellement au droit administratif dans la mesure où il existe un principe de neutralité des services publics¹²¹, lequel consiste notamment à « ne faire aucune discrimination entre les usagers des services publics en fonction de leurs opinions politiques, religieuses, philosophiques »¹²². En

¹¹⁸ Peut être opéré un parallèle avec le droit international privé anglais qui fait de la notion d'égalité un des facteurs de sa philosophie générale ; voir en ce sens R. H. Graveson, « Aspects philosophiques du droit international privé anglais », *RCDIP* 1962, p. 397, exposant que : « l'égalité de traitement des personnes, quelle que soit leur nationalité, va sans dire » ; « l'égalité des personnes trouve son fondement dans l'existence même du droit international privé, qui a pour but d'ordonner l'application de tel ou tel système de droit ou de juridiction national ou étranger, en se fondant sur le seul critère de son existence comme système juridique ».

¹¹⁹ H. Muir-Watt, P. II, Ch. II « Enoncer l'universel », *op. cit.*, § 191.

¹²⁰ www.larousse.fr/dictionnaires/francais/neutralite.

¹²¹ Voir en ce sens : *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, *op. cit.*, « neutralité », p. 353 : « Droit administratif. Principe applicable à l'administration qui doit respecter les croyances et les idées politiques et philosophiques des individus ».

¹²² J. Fialaire, « Compétences des collectivités territoriales : cultes », *Rép. immob. Dalloz*, 2017-2, § 246.

revanche, en droit international public, la neutralité s'entend plutôt d'une neutralité par laquelle les Etats s'engagent à une attitude neutre¹²³, et *a contrario* à ne pas devenir belligérant¹²⁴. Quelle que soit la matière par le biais de laquelle la neutralité est abordée, elle relève d'une attitude consistant à ne pas prendre part. C'est semble-t-il ce qu'il ressort de ces différentes illustrations. Néanmoins, la neutralité aspire à un sens particulier lorsqu'elle est appliquée au droit international privé et plus particulièrement au droit des conflits de lois.

Il est considéré que l'égal traitement des situations juridiques internationales n'est envisageable qu'à la condition que le système de droit international privé soit neutre¹²⁵. Ainsi, les règles du droit international privé doivent répondre d'une neutralité, laquelle s'entend du « respect d'une obligation de réserve », « l'attitude consistant à se tenir à l'écart du problème de fond dont la règle de conflit n'a à connaître que de façon indirecte aux fins de la désignation de la loi applicable »¹²⁶. En d'autres termes, pour que le système applicable au droit des conflits de lois fonctionne, il doit ne contenir que des règles de conflit neutres. Or, par principe, « la règle de conflit de lois se caractérise par sa neutralité » dans la mesure où « la désignation du droit applicable à une situation transnationale se fait en fonction des liens qu'elle entretient avec ce droit et non en fonction des dispositions substantielles de celui-ci », et « pour cela, la règle de conflit sélectionne la loi applicable au seul moyen d'un critère de localisation »¹²⁷. « Est écartée en conséquence toute démarche dont le but consisterait à dégager directement du droit matériel le domaine d'application dans l'espace nécessaire à la réalisation de ses objectifs »¹²⁸. En d'autres termes, « la finalité du rattachement (est) dépouillée de toute substance matérielle »¹²⁹. La neutralité de la règle de conflit constitue

¹²³ Voir en ce sens : *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019, op. cit.*, « neutralité », p. 353 : « Droit international public. Acte unilatéral par lequel un Etat renonce, ponctuellement ou de manière permanente, à intervenir dans un conflit armé international ».

¹²⁴ M. Voelckel, « Guerre », *Rép. intern. Dalloz*, janv. 2007, actualisé déc. 2017, § 34.

¹²⁵ D'ailleurs, la réalisation du principe d'égalité, dans toute discipline, passe par la mise en œuvre d'une législation neutre ; voir en ce sens P. Kinsch, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, vol. n°318, § 13 : « Le principe d'égalité est un principe formulé par tous les textes en matière de droit de l'homme et de droit fondamentaux, qu'ils lui accordent un champ d'application général ou limité. Sa particularité tient au fait qu'il est un mécanisme de contrôle des différenciations opérées par le législateur dans la détermination du champ d'application des normes - alors même que le contenu de ces normes est en lui-même parfaitement neutre par rapport aux droits de l'Homme ».

¹²⁶ Y. Loussouarn, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP 1980-1981*, spéc. p. 47.

¹²⁷ A. Mars, « Obligations alimentaires : la CJUE privilégie la justice conflictuelle au détriment de la justice matérielle », *RTD Eur.* 2018, p. 783.

¹²⁸ A. Bucher, *op. cit.*, § 23.

¹²⁹ *Ibid.*

donc le propre de la justice conflictuelle¹³⁰. Il s'agit de « l'expression de la méthode conflictuelle dans sa pureté originelle », telle qu'envisagée par Savigny, laquelle « présente un caractère objectif, et dans cette mesure neutre en ce sens qu'elle est dépourvue de tout apriorisme, de tout dogmatisme »¹³¹. Finalement, puisque la neutralité constitue le propre de la méthode du droit des conflits de lois, il semblerait que ce préalable soit inhérent à la matière¹³². Cependant, il s'avère que le développement des règles de conflit en droit contemporain a conduit à remettre en cause cette neutralité de la règle.

En effet, telle qu'elle est envisagée, « la méthode des conflits de lois est altérée par de nouveaux procédés qui se développent en son sein, telles les règles de conflit à coloration matérielle ou les règles de conflit unilatérales, voire refoulée dans certains domaines par des procédés concurrents, telles les lois de police ou les règles matérielles de droit international »¹³³. Ce phénomène, qualifiée d'« érosion »¹³⁴ par le Professeur Lequette s'est réalisé pour plusieurs raisons. Avant tout, l'effacement de la méthode conflictuelle, et corrélativement de la justice conflictuelle, est dû à certains défauts qui lui sont propres. Ainsi, si cette justice préconise une localisation des situations internationales fondée sur un principe de proximité, « chaque ordre juridique donne, à travers son système de conflit de lois » des interprétations différentes « de la notion de loi qui a les liens les plus étroits »¹³⁵. Par conséquent, plutôt que de conduire à une égalité de traitement des situations internationales, la méthode a conduit à des inégalités de traitement résultant d'une divergence d'interprétation. De surcroît, la méthode conflictuelle a subi un certain déclin en droit contemporain dans la mesure où les circonstances politiques, sociales et économiques de la société internationale se sont modifiées. Il a notamment fallu répondre, en Europe, « tant aux conséquences de l'émergence de l'Etat interventionniste en matière économique et sociale qu'à l'importance

¹³⁰ Voir en ce sens : T. Vignal, *Droit international privé*, Sirey, 4^{ème} éd., 2017, § 86: « Ce caractère de neutralité est de l'essence du règlement du conflit de lois : si la règle de conflit s'appuie sur des considérations substantielles pour désigner la loi applicable, elle s'éloigne du modèle classique de localisation ».

¹³¹ Y. Loussouarn, *op. cit.*, spéc. p. 44.

¹³² Pour aller plus loin, voir en ce sens : *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019, op. cit.*, « neutralité », p. 353, lequel marque la corrélation entre les principes de neutralité et d'égalité en droit interne en précisant que le principe de neutralité en droit administratif « complète le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics ».

¹³³ Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2018, vol. n°387, § 2.

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ *Ibid.*, § 103.

accrue de la dimension juridictionnelle des conflits »¹³⁶. Et, c'est essentiellement à raison du phénomène de globalisation économique¹³⁷ dont est affecté l'époque contemporaine que les règles de conflit de lois se sont orientées vers une approche davantage substantielle. En tout état de cause, la méthode du droit des conflits de lois comprise sous l'empire de la justice conflictuelle a été remise en cause par le droit positif.

De surcroît, cette vision classique du droit des conflits de lois aspirant à une justice conflictuelle, s'inscrit dans une perspective universaliste. En effet, cette conception du conflit de lois a été développée conformément à une doctrine universaliste au XIX^{ème}. En vertu de cette théorie « le règlement des conflits de lois doit être universel, c'est-à-dire répondre en tous lieux aux mêmes principes de solution »¹³⁸. Autrement dit, « tous les Etats devraient appliquer les mêmes règles de conflit »¹³⁹. Ainsi, le droit international privé a pu prétendre à cet universalisme de droit à partir de cette époque. Pourtant, le droit positif atteste de l'échec de cet universalisme de droit puisque « le réalisme oblige à constater que chaque Etat a développé de façon autonome son propre système de droit international privé et que, d'un Etat à l'autre, les règles de conflit diffèrent singulièrement dans leur forme et surtout dans leur contenu »¹⁴⁰. Le droit des conflits de lois n'est donc jamais parvenu à devenir totalement universel. C'est aussi pour cette raison que l'idéologie liée à la justice conflictuelle, et plus

¹³⁶ H. Muir-Watt, « Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économiques sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *RCADI*, 2004, vol. n°307, § 2.

¹³⁷ Voir en ce sens et pour aller plus loin : H. Muir-Watt, « Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économiques sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *op. cit.*, § 4 ; laquelle explique que ce phénomène a engendré un triple paradigme : « D'une part, le territoire tend à perdre sa signification en tant qu'assise de l'autorité du législateur national, du fait aussi bien de l'accélération des flux transnationaux de personnes, de biens, de valeurs, que de l'avènement d'espaces virtuels ou purement informationnels qui semblent résister par nature à l'emprise d'une loi étatique, voire même, lorsqu'ils sont investis de l'idéologie purement libertaire qui a vu naître l'Internet, de toute forme de restriction juridique. D'autre part, cette transformation accompagne un vaste mouvement de déréglementation, remettant en cause le rôle même des Etats dans la régulation des marchés qui leur échappent en partie : on assiste à l'avènement de l'Etat « post-interventionniste », qui contribue très largement à brouiller les frontières entre droit public et droit privé, ce dernier assumant désormais une fonction proprement régulatrice de la vie économique. Enfin, du fait précisément de la porosité croissante des frontières née de la libéralisation des échanges, la globalisation des économies induit une conception renouvelée, d'ordre concurrentiel, des rapports entre législateurs nationaux, soumis désormais à l'arbitrage tant des décisions des consommateurs sur les marchés des produits que de celles des capitaux mobiles à la recherche de profits ».

¹³⁸ S. Clavel, *Droit international privé*, Dalloz, Coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2018, § 42.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, § 43.

spécifiquement à la neutralité a en partie été délaissée¹⁴¹. Cependant, il demeure indispensable de revenir à une neutralité de la méthode et spécifiquement de la règle de conflit afin de garantir une égalité de traitement des situations juridiques internationales. En effet, il convient de garder à l'esprit que la neutralité constitue le préalable à toute égalité de traitement des situations internationales. Néanmoins, il convient de préciser en quoi la neutralité constitue le corollaire d'une égalité de traitement des situations internationales en droit des conflits de lois.

Le système spécifique au droit des conflits de lois doit être composé de règles neutres dans la mesure où seul un système exempt de considérations substantielles peut conduire à un droit uniforme pour les Etats qui composent la société internationale. En effet, dès lors que ne sont pas mises en cause des données substantielles, il peut être supposé que n'importe quel Etat adhère à un système commun. Ainsi, seul un système de règles universel peut garantir une égalité de traitement des situations internationales. Il s'agit donc de revenir à l'universalisme qui a déjà été prôné par la doctrine au XIX^{ème} siècle. En effet, « les intérêts particuliers s'accommodent mal de règles de conflit nationales » puisque lorsque « ces règles sont divergentes, il en résulte (...) des contradictions dans les solutions, parce qu'il n'est pas rare qu'une même question soit soumise aux juridictions des différents Etats avec lesquels la situation a des rapports »¹⁴². En d'autres termes, la loi applicable varie selon la juridiction saisie. Or, un tel résultat semble rompre avec l'idée d'égalité de traitement des situations juridiques internationales, et plus précisément des sujets de droit, puisque chaque justiciable peut être traité de manière différente selon la juridiction saisie. C'est pour cette raison qu'il convient de mettre en place un système uniforme et d'aspirer à une idéologie universaliste. D'ailleurs, comme l'a affirmé le Professeur Malaurie, « l'objet du droit uniforme est, en effet, d'effacer la diversité des lois »¹⁴³. C'est en supprimant la diversité des systèmes que le droit des conflits de lois peut garantir le principe d'égalité. Partant, notre étude tend à l'universalisme, lequel était déjà défendu par Mancini et Savigny au XIX^{ème} siècle qui

¹⁴¹ Pour aller plus loin, voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 332, lesquels exposent notamment que : « Abandonnant l'universalisme qui l'a vu éclore, le dernier siècle est marqué essentiellement par la rupture entre traditions européenne et nord-américaine, relative à la lice des intérêts de l'Etat dans le règlement du conflit de lois. Pareille opposition s'est alimentée de l'influence de la pensée juridique réaliste aux Etats-Unis, qui y a accéléré le déclin du dogme de la neutralité politique des conflits de lois aussi bien que le décloisonnement du droit public et du droit privé ».

¹⁴² H. Batiffol, « Universalisme et particularisme », in « Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI*, 1948, vol. n°72, p. 9 à 33, spéc. p. 23.

¹⁴³ Ph. Malaurie, « Loi uniforme et conflits de lois », *TCFDIP* 1964-1966, spéc. p. 83.

prônaient « un droit idéal universel »¹⁴⁴. Toutefois, l'universalisme de droit promu au XIX^{ème} siècle constitue un échec puisque le droit des conflits de lois ne connaît pas aujourd'hui d'un arsenal juridique commun aux Etats du monde entier. C'est pourquoi, l'universalisme auquel il faut tendre ne doit plus avoir pour objectif principal un universalisme de droit, mais plutôt un universalisme de fait. L'objectif poursuivi par le système doit consister à rechercher un système universel dans lequel chaque situation internationale, placée dans une situation identique, soit traitée de manière identique. C'est pourquoi, il s'agit de rechercher une structure juridique donc l'objet consiste à factuellement traiter tous les sujets de droits dans une situation internationale identique, de manière similaire. Or, c'est en recherchant cet universalisme de fait, que sera vraisemblablement atteint un universalisme de droit. En tout état de cause, au-delà de mettre en œuvre un système de droit des conflits de lois égalitaire pour chaque situation juridique internationale, il faudra également en amont édifier un système neutre, du moins préservant la neutralité de la règle de conflit. L'étude sera donc double puisqu'elle devra tendre au respect de la neutralité de la règle de conflit, et à l'égalité de traitement qui doit en découler. Néanmoins, si le système de droit des conflits de lois doit s'atteler au respect de la justice conflictuelle, cela ne signifie pas que tout matérialisme doit être évincé de la discipline. En effet, comme l'affirmait Kegel¹⁴⁵, la justice du droit international privé répond à la fois de la justice conflictuelle et de la justice matérielle. Toutefois, ce matérialisme ne doit intervenir qu'à titre exceptionnel c'est-à-dire de manière complémentaire lorsque la justice conflictuelle s'avère impuissante à la préservation des intérêts des particuliers¹⁴⁶. De cette façon, la justice du droit international privé sera respectée en considérant que, dans certains cas exceptionnels, la justice matérielle intervient afin de pallier les défauts de la justice conflictuelle. Elle en constitue donc le contre-poids. En tout état de cause, au-delà de la neutralité, atteindre l'égalité de traitement suppose également que le droit des conflits se soumette, comme toute discipline juridique, aux principes de prévisibilité juridique et de sécurité juridique.

17. La soumission du droit des conflits de lois aux principes de prévisibilité juridique et de sécurité juridique. En second lieu, pour garantir l'égalité des situations

¹⁴⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 135.

¹⁴⁵ Voir en ce sens : G. Kegel, « Internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit », in *Internationales Privatrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964, p. 33 et s.

¹⁴⁶ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2017, § 250 : « Ce sont des relations d'indépendance, mais nullement d'opposition » ; c'est pourquoi « il peut y avoir une justice purement localisatrice faisant totalement abstraction au stade du rattachement du contenu des lois en cause ».

juridiques internationales, il faut que le système de conflit de lois aspire au respect des principes de prévisibilité juridique et de sécurité juridique. Traditionnellement, le principe de sécurité juridique, englobant le principe de prévisibilité juridique, est défini comme un « principe du droit de l'Union européenne selon lequel les particuliers et les entreprises doivent pouvoir compter sur une stabilité minimale des règles de droit et des situations juridiques »¹⁴⁷. En effet, il s'agit originellement d'un principe européen dans la mesure où il a été érigé par la Cour de justice en principe général de droit¹⁴⁸, et a intégré le rang des droits fondamentaux *via* le droit à un procès équitable¹⁴⁹. Toutefois, ce principe de sécurité juridique constitue désormais un principe constitutionnel en droit français¹⁵⁰. Par conséquent, sa reconnaissance en droit positif ne peut être remise en cause. Néanmoins, il s'agit d'un principe intrinsèquement européen spécialement défini par la Cour de justice, laquelle considère que celui-ci « exige que les règles de droit soient claires et précises, et vise à garantir la prévisibilité des situations et des relations juridiques relevant du droit communautaire »¹⁵¹. Ainsi, en application de cette jurisprudence, le principe de sécurité juridique suppose deux considérations. D'une part, il invite à « l'accessibilité du droit pour permettre à l'individu de bâtir des prévisions » et d'autre part, il tend à « assurer à l'individu le respect de ses droits régulièrement acquis »¹⁵². Toutefois, si le principe de sécurité est défini en droit européen, il reste un concept relativement flou dont les traductions peuvent varier d'une situation juridique à une autre, notamment au regard de la discipline en cause. Néanmoins, il demeure que « la sécurité juridique requiert d'abord que la règle de conduite soit clairement établie » et « exige ensuite que l'individu qui s'est conformé aux prescriptions de la règle en vigueur soit assuré que son comportement ne sera pas sanctionné, pénalisé par l'autorité publique »¹⁵³.

En outre, tant la prévisibilité juridique que la sécurité juridique doivent être respectées en droit international privé, et plus précisément en droit des conflits de lois, afin d'assurer une

¹⁴⁷ S. Guichard et T. Debard, « sécurité juridique », *op. cit.*, p 987.

¹⁴⁸ CJCE, 6 avr. 1962, *De Geus en Uitenbodergh c/ Bosch*, aff. 13/61, *Rec.* p. 97.

¹⁴⁹ CEDH, 28 oct. 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, n°28342/95, *Dalloz* 2000, somm. 187, obs. N. Fricero ; *JCP* 2000, I, p. 203, n°10, obs. F. Sudre ; *JDI* 2000, p. 127, obs. Restencourt.

¹⁵⁰ Cons. const., 16 déc. 1999, n°99-241, *JO* 22 déc. 1999, p. 19041.

¹⁵¹ CJCE, 15 fév. 1996, *Duff E. A.*, aff. C-63/93, *Rec. I.* p. 569.

¹⁵² S. Triki, « Le principe de sécurité juridique en droit international privé de la famille », *JDI* n°4, oct. 2017, *doctr.* 12, § 2.

¹⁵³ Y. Lequette, *op. cit.*, § 31, lequel poursuit : « A le dire autrement, il faut que la règle de conduite, c'est-à-dire la règle à laquelle les individus ont conformé leur comportement, et la règle de décision, c'est-à-dire la règle au moyen de laquelle l'autorité publique appréciera ce comportement a posteriori, coïncident ».

égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale identique. C'est pourquoi il convient d'opérer une distinction entre ces principes et de leur donner une signification attachée à l'égalité de traitement des situations juridiques internationales en droit des conflits de lois. Par conséquent, au cours de cette étude, il sera considéré que la prévisibilité juridique en droit des conflits de lois s'entend de la faculté pour les sujets de droit de pouvoir anticiper le droit applicable à leur situation juridique. Autrement dit, le droit des conflits doit bannir l'aléa dans le traitement des situations internationales. Également, il sera admis que la sécurité juridique en droit des conflits de lois se traduit comme la garantie pour les sujets de droit de pouvoir se prévaloir des effets juridiques issus de l'application du droit des conflits de lois. Ainsi, chaque situation internationale, et conséquemment chaque sujet de droit, doit pouvoir être traité de manière indifférenciée selon l'ordre juridique en cause et bénéficier devant chacun d'eux des mêmes droits.

En tout état de cause, le principe de sécurité juridique constitue un principe « inhérent à tout système fondé sur une communauté de droit »¹⁵⁴. De surcroît, tant la prévisibilité du droit que la sécurité juridique sont propres à tout système juridique auquel se soumettent les individus afin qu'« il n'y ait pas d'incertitude sur l'existence, le sens, la validité ou encore la durée des dispositions juridiques applicables »¹⁵⁵. D'ailleurs, Savigny l'avait déjà perçu lorsqu'il proposait un système universel fondé sur l'idée de communauté de droit considérant que la localisation abstraite des rapports de droit relève de « l'attente légitime des parties à l'application d'une loi déterminée »¹⁵⁶. C'est pourquoi, les principes de prévisibilité juridique et de sécurité juridique, au sens du droit des conflits de lois, conduisent à la réalisation de l'égalité des sujets de droit placés dans une situation internationale similaire, puisque notamment ils invitent à chasser l'aléa du système de droit des conflits de lois. *A contrario*, si ce système n'aspire pas au respect de ces deux principes, il laisse la voie ouverte aux solutions imprévisibles, voire boiteuses, mais surtout variables. Or, l'aléa se situe aux antipodes de l'égalité de traitement des situations juridiques internationales. C'est pourquoi il doit nécessairement être évincé. Pour y parvenir, le système de droit des conflits de lois, comme le système de droit européen, doit s'attacher à en faire un droit prévisible et sécurisé.

18. La modification des termes du sujet. Finalement, une fois les termes de l'étude définis, et les postulats auxquels répond le principe d'égalité établis, l'orientation de la

¹⁵⁴ Y. Petit, « Agriculture », *Rép. eur. Dalloz*, déc. 2002, § 154.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ S. Triki, *op. cit.*, § 15.

démonstration s'avère nettement plus restreinte que celle à laquelle elle pouvait prétendre au regard de la densité à laquelle répond le sujet relatif à l'étude du principe d'égalité en droit international privé. En effet, dans la mesure où la délimitation du sujet conduit à le cantonner d'une part, à l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation juridique internationale similaire, et d'autre part, au droit des conflits sous l'hospice de la justice conflictuelle à laquelle il aspire, il est nécessaire de procéder à une modification des termes du sujet. Au regard de l'ampleur du sujet d'origine, et dont l'étude actuelle ne recouvre pas l'intégralité du champ d'application, il convient de considérer que la démonstration se limitera désormais à l'égalité de traitement des situations juridiques internationales en droit des conflits de lois au travers d'une approche systémique. Ainsi, la restriction du sujet permettra d'axer la démonstration uniquement sur la théorie générale du conflit de lois afin de déterminer si l'égalité de traitement des situations internationales peut se réaliser au travers d'un système universel. En sus, malgré une approche plus restrictive du principe d'égalité cantonné au droit des conflits de lois, son étude au travers du droit international privé présente un véritable intérêt puisqu'il lui est consubstantiel.

19. L'égalité : un objectif juridique inhérent à toute discipline juridique. Hormis les préalables auxquels répond l'égalité de traitement son étude s'avère intéressante, mais surtout innovante en ce que ni la doctrine, ni la jurisprudence, ni le législateur ne se préoccupent de son effectivité en matière de droit des conflits de lois. En effet, « la plupart des spécialistes n'ont porté aucun intérêt à son égard »¹⁵⁷, et ceux qui s'y sont employés, ont davantage étudié le principe d'égalité sous l'angle de règles déterminées plutôt que sous forme de ligne directrice dominant la discipline¹⁵⁸. Pourtant, cette attitude paraît surprenante eu égard « à l'attention que la doctrine du droit privé matériel a consacrée depuis longtemps aux problèmes concernant l'application des droits fondamentaux de l'individu et notamment du droit de l'individu à n'être pas discriminé »¹⁵⁹. En effet, d'une part, l'individu devrait pouvoir prétendre au respect du principe d'égalité au-delà de la sphère nationale à laquelle il se confronte chaque jour. L'effectivité de l'égalité de traitement doit légitimement être assurée à chaque sujet de droit, c'est-à-dire à l'ensemble de ceux qui composent la société

¹⁵⁷ G. M. Ubertazzi, *op. cit.*, Ch. II, § 1.

¹⁵⁸ Voir en ce sens : P. Kinsch, « Principes d'égalité et conflits de lois », *op. cit.*, p. 177, lequel a affirmé notamment que : « le principe d'égalité, en tant que directive générale dans l'élaboration des règles de conflit, est sans doute une illusion » ; « il en va différemment de la confrontation de certaines règles de conflit déterminées au principe d'égalité, en tant qu'il interdit des types déterminés de discrimination ».

¹⁵⁹ *Ibid.*

internationale. D'autre part, elle ne doit pas prétendre qu'à une égalité dans l'application de dispositions de fond ou de quelques règles déterminées, elle doit pouvoir s'entendre aussi d'une égalité de traitement globale. En d'autres termes, l'égalité doit être garantie dans la mise en œuvre de toutes les règles indirectes c'est-à-dire de toutes les règles de conflit de lois. De surcroît, il serait incohérent d'écarter la vocation égalitariste du droit de la discipline du droit des conflits de lois, surtout lorsque l'égalité constitue une « directive générale » dans « l'élaboration des règles de conflit »¹⁶⁰. Autrement dit, le respect du principe d'égalité par la discipline ne peut être que renforcé puisqu'il relève de la nature même des règles de conflit de lois de garantir « l'égalité de traitement des parties et l'égalité de traitement des situations juridiques internes et internationales ».

20. L'égalité : un concept à raviver dans un monde ouvert et diversifié. Au-delà de son caractère consubstantiel à la discipline du droit des conflits de lois, l'égalité constitue également une nécessité dans un monde aussi diversifié que le nôtre et dans lequel les échanges se multiplient. En effet, « les progrès de la civilisation sont allés de pair avec le développement des échanges entre les différentes sociétés organisées »¹⁶¹. Par conséquent, « de nos jours, aucune population constituée en Etat ne peut vivre confinée sur son territoire et en complète autarcie » ; « il existe donc une vie privée internationale analogue à celle qui se déroule à l'intérieur des différents ordres internes »¹⁶². En d'autres termes, si le monde demeure depuis tout temps varié, cette diversité ne se confine plus dans chaque Etat du monde mais se propage d'un territoire à l'autre, notamment dans le domaine juridique, et conséquemment en droit des conflits de lois. Or, comme l'affirmait le Professeur Malaurie « la diversité des lois est une richesse, ou une malédiction, qui frappe notre planète depuis la Tour de Babel et qui ne cessera que le jour où tous les hommes auront partout la même loi, la même langue et les mêmes biens, jour où nous serons tous corps glorieux, sans Etats et sans droit, sans plaideurs, sans avocats et sans professeurs de droit »¹⁶³. Ainsi, face à l'utopie d'un droit mondial uniforme et à la persistance indéniable de différentes législations, il est d'autant plus propice de vérifier que les règles du droit des conflits de lois préservent l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale similaire. En effet, c'est

¹⁶⁰ P. Kinsch, « Principes d'égalité et conflits de lois », *op. cit.*, spéc. p. 119.

¹⁶¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 7.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Ph. Malaurie, *op. cit.*, spéc. p. 83.

en raison de la variété des systèmes¹⁶⁴ qu'il est susceptible de s'interroger sur la mise en échec de l'égalité de traitement notamment en ce qu'il existe « un risque de réglementation cumulative et contradictoire, la même situation (pouvant être appréhendée) par les lois de différents pays avec lesquels elle présente de rapprochements »¹⁶⁵. C'est pourquoi il est indispensable de déterminer par le biais de quel système l'égalité de traitement des situations internationales peut être garantie.

21. L'égalité renforcée par l'omniprésence des droits fondamentaux en droit contemporain. En outre, la problématique relative à l'égalité de traitement en droit des conflits de lois ne peut être que renforcée dans une société internationale fervente des droits fondamentaux. Tant le principe d'égalité que les droits fondamentaux pris dans leur ensemble s'imposent dans tout Etat de droit et toute société moderne démocratique¹⁶⁶. De nos jours, il n'est notamment plus possible de « ne pas tenir compte de l'immense percée du droit européen et de l'importance capitale de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme »¹⁶⁷. De la même façon, il ne peut être fait abstraction des législations et jurisprudences de l'Union européenne qui tendent à la protection des droits fondamentaux, et plus particulièrement celles qui mettent en œuvre une politique en faveur de l'égalité de traitement¹⁶⁸. Par conséquent, ces droits fondamentaux exercent une influence considérable en droit interne, mais également en droit des conflits de lois. Précisément, depuis l'apparition de la Cour européenne des droits de l'Homme, les droits fondamentaux font l'objet d'une véritable protection au sein des ordres juridiques internes¹⁶⁹, et influencent nécessairement la discipline du droit des conflits de lois¹⁷⁰. Ainsi, les droits fondamentaux sont aujourd'hui

¹⁶⁴ Voir en ce sens Y. Loussouarn, *op. cit.*, spéc. p. 84, à propos de la diversité des systèmes en droit contemporain : « L'internationalisation des sources contribue à affranchir la règle de conflit de la dépendance exclusive du droit interne et aussi à en accroître la complexité, car il suffit de confronter les dispositions du droit conventionnel aux règles du droit commun pour se rendre compte que les premières sont généralement beaucoup plus compliquées que les secondes ».

¹⁶⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 9.

¹⁶⁶ Cf. *supra* § 5.

¹⁶⁷ J. Robert et J. Duffar, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Domat – Montchrestien, 8^{ème} éd., 2009, § 5.

¹⁶⁸ Voir en ce sens : I. Chopin, « Le traité d'Amsterdam : enjeux et défis en matière d'égalité de traitement », *Cultures et Conflits*, n° 45, printemps 2002.

¹⁶⁹ Cf. *infra* § 359.

¹⁷⁰ Voir en ce sens : F. Marchadier, *op. cit.*, § 3 et s. : « Cette influence se laisse (...) mesurer à l'aune de l'autorité attachée aux arrêts de la Cour (lesquels) sont revêtus de l'autorité relative de chose jugée et ne concernent que les Etats parties au litige. Néanmoins la doctrine s'accorde à leur reconnaître, en outre, une autorité interprétative, en ce sens que l'interprétation des dispositions à laquelle se livrent les juges de Strasbourg fait corps avec le texte lui-même et s'impose dès lors à l'ensemble des Etats parties » ; « l'influence de la CEDH sur l'ordre juridique interne, tout du moins français, est accrue par la reconnaissance de sa primauté et de son effet direct ».

omniprésents « tant dans l'ordre international que l'ordre interne » et impliquent nécessairement des « relations entre le droit international privé et les droits de l'Homme »¹⁷¹. Autrement dit, il découle simplement de cette logique relationnelle que l'égalité de traitement soit garantie dans la mise en œuvre des règles du droit des conflits de lois.

22. L'égalité promue par l'actualité juridique grandissante des droits fondamentaux. En sus du développement accru des droits fondamentaux au sein de la société internationale, le droit international privé ainsi que le droit des conflits de lois se retrouvent confrontés à diverses problématiques liées au respect de ces droits. En effet, l'actualité juridique en droit international privé et en droit des conflits de lois s'associe essentiellement, depuis quelques années, à la question des droits fondamentaux et principalement en matière de statut personnel *via* les exceptions d'ordre public international et de fraude à la loi. De nombreux exemples en jurisprudence illustrent ces hypothèses, notamment à propos de la réserve héréditaire¹⁷², de la répudiation¹⁷³, de la procréation médicalement assistée¹⁷⁴ ou encore du mariage homosexuel¹⁷⁵. Toutefois, le débat qui semble le plus émouvoir la doctrine et la jurisprudence s'éternise autour de la gestation pour autrui, laquelle questionne d'une part la fraude à la loi française et d'autre part le contenu de l'ordre public international français. En tout état de cause, la gestation pour autrui a fait, et fait encore l'objet de nombreuses interventions jurisprudentielles mettant en œuvre la confrontation qui s'opère entre droit au respect de la vie privée de l'enfant et principe d'indisponibilité du corps humain, et qui conditionne l'utilisation de mécanismes d'exception spécifiques au droit des conflits de lois. Dernièrement, la Cour européenne des droits de l'Homme, à la suite d'une demande d'avis consultatif émanant de la Cour de cassation¹⁷⁶, s'est interrogée sur le fait de savoir s'il était contraire au droit au respect de la vie privée de l'enfant de refuser la transcription de sa

¹⁷¹ F. Marchadier, *op. cit.*, § 3 et s.

¹⁷² Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n°16-17.198 et 16-13.151, *D. actualité*, 9 oct. 2017, note F. Mélin ; *RTD com.* 2018, p. 110, note F. Pollaud-Dulian ; *Dalloz* 2018, p. 966, note S. Clavel, et p. 2384, note S. Godechot-Patris ; *AJ fam.* 2017, p. 510, note A. Boiché, et p.598, note P. Lagarde ; *Dalloz* 2017, p. 2185, note J. Guillaumé ; *RTD civ.* 2017, p. 833, note L. Usunier ; *RTD civ.* 2018, p. 189, note M. Grimaldi, et p. 87, note B. Ancel.

¹⁷³ Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 17 avr. 2004, n°02-07.479, 01-11.549, 02-11.618, 02-15.766 et 02-17.479, *Bull. civ. I*, n°46, 47, 48, 49 et 50 ; *Dalloz* 2004, p. 815, concl. Cavarroc, *RCDIP* 2004, p. 423, note P. Hammje.

¹⁷⁴ Voir en ce sens : Cass., avis, 22 sept. 2014, n°14-70.006 et 14-70.007, *JCP* 2014, p. 1004, obs. J. Hauser ; *Dalloz* 2014, p. 2031, note A.-M. Leroyer.

¹⁷⁵ Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n°13-50.059, *Dalloz* 2016, p. 674, note M. Douchy-Oudot ; *Dalloz* 2015, p. 1408, note J.-J. Lemouland, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD civ.* 2015, p. 359, note J. Hauser.

¹⁷⁶ Cass., Ass. pl., 5 oct. 2018, n°10-19.053, *AJ fam.* 2018, p. 613 ; *Dalloz* 2019, p. 663, note F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2018, p. 847, note J.-P. Marguénaud.

filiation maternelle à l'état civil dès lors que cette filiation ne fait pas mention de la mère porteuse, c'est-à-dire celle qui accouche, mais de la mère d'intention. En effet, il convient de rappeler qu'en droit français, en vertu de l'article 47 du Code civil, « la mère, pour l'état civil, est la femme qui accouche »¹⁷⁷. C'est pourquoi au regard de cette disposition, il ne peut être procédé à la transcription de la filiation maternelle lorsqu'elle émane d'un procédé de gestation pour autrui. Néanmoins, la Cour de cassation, depuis 2017¹⁷⁸, permet à la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint. Toutefois, malgré la voie de l'adoption ouverte, la question s'est réitérée devant la Cour de cassation, laquelle a préféré consulter la Cour européenne des droits de l'Homme. Cependant, celle-ci s'est prononcée dans un sens similaire en considérant que « le droit au respect de la vie privée de l'enfant (...) requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et sa mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale » »¹⁷⁹. Toutefois, ce droit « ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres d'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger ; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁸⁰. En d'autres termes, il peut être refusé la transcription à l'état civil de la mention de la mère d'intention tant que celle-ci peut effectivement établir cette filiation en droit français par un mécanisme effectif. Plus précisément, il ne s'agit plus que du dernier rempart de l'ordre public international français répondant du principe d'indisponibilité du corps humain face au phénomène de la gestation pour autrui. Autrement dit, les questions d'actualités en matière de filiation probléatisent sérieusement la conciliation des droits fondamentaux avec une juste application des règles du droit des conflits de lois. L'exemple de la GPA en est la parfaite illustration puisque le droit au respect de la vie privée a réussi à faire

¹⁷⁷ G. Kessler, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'Homme, premiers dilemmes pour les autorités françaises (à propos de la gestation pour autrui) – Cour européenne des droits de l'Homme 10 avr. 2019 », *AJ fam.* 2019, p. 289.

¹⁷⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 juill. 2017, n°16-16.901 et 16-50.025, *AJ fam.* 2017, p. 482 ; *Dalloz* 2017, p. 1737, note H. Fulchiron, p. 1727, note Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dalloz* 2018, p. 528, note F. Granet-Lambrechts.

¹⁷⁹ CEDH, Avis consultatif, 10 avr. 2019, n°P16-2018-001, *AJ fam.* 2019, p. 289.

¹⁸⁰ *Ibid.*

sauter les verrous de l'ordre public international français¹⁸¹, puis de l'exception de fraude à la loi¹⁸² pour s'imposer face à une juste application des règles relevant du droit des conflits de lois. C'est pourquoi dans la mesure où les droits fondamentaux s'immiscent au cœur des questions relatives au droit des conflits de lois, il paraît d'autant plus pertinent de s'intéresser à l'impact qu'a ou pourrait avoir l'égalité de traitement sur cette discipline puisqu'ils sont implicitement liés.

23. L'égalité encouragée par le développement du contrôle de proportionnalité dans les systèmes nationaux. En outre, la problématique relative à l'égalité de traitement en droit des conflits de lois n'en est que plus pertinente eu égard au développement croissant du contrôle de proportionnalité qui s'exerce au sein des juridictions nationales. En effet, en vertu du principe de subsidiarité en droit européen¹⁸³, « il appartient au juge national de se faire le premier gardien des droits et libertés garantis par la Convention européenne »¹⁸⁴. C'est pourquoi les juridictions nationales procèdent à un contrôle de proportionnalité lequel « vise à apprécier si une loi ne porte pas atteinte de façon disproportionnée à un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'Homme »¹⁸⁵. Plus spécifiquement, ce contrôle consiste à « faire la balance entre les droits et intérêts en présence, intérêts publics et intérêts privés, lors de l'application de la règle à un cas particulier », et « peut conduire à écarter cette application *in casu* lorsque celle-ci porterait une atteinte excessive aux droits et libertés reconnus à l'individu »¹⁸⁶. Par conséquent, il s'agit plus que d'un contrôle de conventionnalité puisque le contrôle s'effectue « au regard des droits et libertés tels que garantis par les normes internes comme par les normes européennes et internationales »¹⁸⁷. Essentiellement, il s'agit d'un contrôle relatif aux droits fondamentaux mais dont l'appréciation se traduit de manière assez casuistique ou du moins concrète. C'est ainsi que le contrôle de proportionnalité s'inscrit dans une perspective identique à la nôtre. En effet, tout comme le contrôle de

¹⁸¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, 10-19.053 ; *Daloz* 2011, p. 1585, note F. Granet-Lambrechts, p. 1995, note Ph. Bonfils, p. 1064, note X. Labbé, p. 1522, note D. Berthiau, et p. 1001, note F. Rome ; *Daloz* 2012, p. 1228, note H. Gaudemet-Tallon, et p. 308, note J.-C. Galloux ; *AJ fam.* 2011, p. 265, note B. Haftel, et p. 266, note M. Domingo ; *RTD civ.* 2011, p. 304, note J. Hauser ; *RCDIP* 2011, p. 722, note P. Hammje

¹⁸² Cass., Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n°12-30.138, *Daloz* 2013, p. 2382, note M. Fabre-Magnan, p. 2349, chron. H. Fulchiron ; *Daloz* 2014, p. 689, obs. M. Douchy-Oudot, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon.

¹⁸³ Voir en ce sens : G. Cornu, « principe de subsidiarité », *op. cit.*, p. 891 : « Règle directive en vertu de laquelle la Communauté n'agit – en dehors des domaines de sa compétence exclusive – que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc être mieux réalisés au niveau communautaire ».

¹⁸⁴ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Daloz* 2018, p. 649.

¹⁸⁵ P. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 524.

¹⁸⁶ H. Fulchiron, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *Daloz* 2017, p. 656.

¹⁸⁷ *Ibid.*

proportionnalité, il est question de se mouvoir dans une recherche de justice concrète au travers du prisme de l'égalité de traitement en droit des conflits de lois. Or, il semble que cette conception de justice concrète soit celle retenue et prônée par les juridictions nationales en matière de droits fondamentaux. En effet, depuis que le principe de proportionnalité est reconnu en Europe, tant par le Cour européenne des droits de l'Homme¹⁸⁸ que par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸⁹, « les pratiques nationales (...) ont, d'une part, étendu et généralisé le contrôle de proportionnalité et, d'autre part, approfondi l'examen du juge dans ce cadre »¹⁹⁰. Par conséquent, le phénomène s'est généralisé, et désormais, la Cour de cassation en fait également usage. Ainsi, à l'heure où les juridictions suprêmes s'amourachent d'une justice plus concrète, l'étude de l'égalité de traitement au travers du système de droit des conflits de lois s'y confond parfaitement.

24. Axes d'étude. Finalement, au cœur d'une société internationale divisée en différents systèmes juridiques mais qui tend à assurer la protection des droits fondamentaux et promeut l'idée de justice concrète, il est question de déterminer quel système et plus précisément quelle méthode se défend de l'égalité de traitement des sujets de droit impliqués dans une situation internationale identique. C'est pourquoi comme l'a affirmé Ago, « il s'agit de tâcher, par un retour au point de départ des différentes conceptions, et par un examen soigneux des tendances les plus nouvelles, de déterminer dogmatiquement les conceptions qui puissent le mieux servir à individualiser la nature réelle des règles du droit international privé, de sorte qu'il soit possible de donner aux problèmes les plus controversés une solution nouvelle et plus satisfaisante »¹⁹¹. En effet, c'est en procédant à une étude d'ensemble des règles et dogmes qui régissent le droit des conflits de lois qu'il sera permis de déterminer un système un et entier garantissant *a maxima* l'égalité de traitement à laquelle peut prétendre chaque sujet de droit. Toutefois, l'élaboration d'un tel système se décline évidemment en différentes étapes dont deux essentielles. D'une part, la construction de cet édifice doit nécessairement débiter par la détermination du statut que doit posséder la règle de droit international privé. En d'autres termes, il est indispensable d'identifier quelle structure de la règle est la plus à même de garantir l'égalité de traitement des situations internationales. C'est

¹⁸⁸ CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge*, n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64.

¹⁸⁹ CJCE, 17 déc. 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rev. UE* 2015, p. 562, étude S. Van Raepenbusch.

¹⁹⁰ B. Lasserre, « L'eupéanisation de l'office du juge : vers un jus commune procédural ? », *Rev. UE* 2019, p. 204.

¹⁹¹ R. Ago, « Introduction », in « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, 1936, vol. n°58, spéc. p. 249.

pourquoi il faut procéder à la création d'un statut unique de la règle de droit international privé à la suite d'une étude approfondie des différentes règles qui régissent ou ont régi le droit des conflits de lois. Toutefois la détermination de ce statut sera forcément conditionnée par le principe d'égalité entendu comme une égalité de traitement des situations juridiques internationales (partie I). D'autre part, une fois la structure de la règle édictée à l'aune de ce principe, il conviendra également d'établir le régime qui s'y applique en se confrontant au régime retenu actuellement en théorie générale des conflits de lois. Ainsi, dans le prolongement du statut unique reconnu à la règle de droit international privé, son régime ne pourra être envisagé qu'en conformité avec le principe d'égalité de façon à retirer ou réformer les différentes règles, voire mécanismes qui lui font défaut (partie II). En procédant de la sorte, il est susceptible d'aspirer à l'existence d'un système entier de droit des conflits de lois respectueux de l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation juridique internationale identique.

PARTIE I : LA CREATION D'UN SYSTEME UNIQUE EN DROIT

DES CONFLITS DE LOIS FONDE SUR L'EGALITE DE

TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES

25. La confrontation de la discipline à l'égalité de traitement. Atteindre l'égalité de traitement des situations internationales en application des règles du droit des conflits de lois suppose, de prime abord, que le statut de ces règles soit conforme à cet objectif. Pour répondre à ce résultat, la structure de la règle de droit, telle qu'elle a été conçue, doit garantir un traitement identique à chaque sujet de droit dans une situation équivalente. Or, pour y parvenir, il est nécessaire d'envisager ladite situation de façon neutre. Cependant, pour déterminer de quelle manière cette structure peut atteindre le résultat recherché, il convient de s'interroger sur la façon dont elle le protège depuis la conceptualisation même de la discipline.

26. Les fondements du droit des conflits de lois confrontés à l'égalité de traitement. Batiffol affirmait que « le droit international privé permet (...) de constater l'organisation en systèmes de droits privés internes et de percevoir d'un point de vue propre les raisons et les modalités de ce phénomène »¹⁹². Véritablement, la discipline est aujourd'hui composée de différents systèmes, principalement de droits internes. Néanmoins, ce sont ces systèmes qui conditionnent actuellement l'effectivité de l'égalité de traitement en droit des conflits de lois. C'est ainsi que pour établir une construction juridique répondant à cet objectif, il est nécessaire d'étudier dans un premier temps les différents fondements qui ont encadré la matière depuis l'apparition des conflits de lois. En effet, qu'il s'agisse des origines historiques, ou même des sources positives du droit international privé, ce sont bien ces fondements qui ont conditionné le statut même de la règle. Il est pertinent d'établir précisément si le système de droit des conflits de lois, tel qu'il a été envisagé à l'origine, défendait les intérêts des particuliers, et par conséquent un traitement similaire de leur situation juridique. C'est pourquoi il est indispensable de revenir sur les différentes assises de la discipline, qui en raison de leur multitude, constituent *a priori* un obstacle à la neutralité de la règle de droit et, par conséquent, à l'égalité de traitement des sujets de droit (titre I). Outre, les fondements sur lesquels s'est construite la discipline, dans un second temps, l'étude de la

¹⁹² H. Batiffol, *op. cit.*, § 11.

structure de la matière sera essentielle dans la détermination d'une méthode conforme à l'égalité de traitement.

27. Les méthodes du droit des conflits de lois envisagées à l'aune de l'égalité de traitement. Pillet avançait, au début du XX^{ème} siècle que : « aussi longtemps que durera l'état actuel de diversité et de séparation que nous connaissons, le droit international privé en vigueur dans chaque Etat sera celui que cet Etat reconnaît, c'est ce droit particulier qui jouira sur le territoire de l'Etat de l'autorité dont il est question »¹⁹³. En effet, en raison des multiples sources auxquelles a pu être soumis le droit des conflits de lois, ce dernier a pu être l'objet de nombreuses approches, et plus précisément de nombreuses méthodes propres à la discipline. Cependant, celles-ci ne sont pas toutes orientées vers un objectif d'égalité de traitement, et n'en font vraisemblablement que rarement une finalité ultime. Néanmoins, la recherche d'une telle méthode est parfaitement envisageable. Si aucune méthode ne peut absolument répondre à cette attente légitime de traitement égalitaire des sujets de droit, l'une d'entre elles peut être réformée en ce sens. C'est pourquoi parmi les différents systèmes existants, il conviendra de déterminer la construction la plus performante eu égard à l'objectif d'égalité de traitement, laquelle est assurée par le recours à une méthode conflictuelle bilatérale objective à rattachement unique (titre II).

¹⁹³ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Pedone – Alliers Frères, 1903, § 29.

TITRE I : L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT ENTRAVÉE PAR LA MULTITUDE DE FONDEMENTS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

28. Les origines idéologiques du droit des conflits de lois. Weiss affirmait que « le droit international privé est (...) l'ensemble des règles applicables à la solution des conflits qui peuvent surgir entre deux souverainetés à l'occasion de leurs lois privées respectives ou des intérêts privés de leurs nationaux »¹⁹⁴. Une telle définition atteste de la difficulté à établir les fondements, et plus précisément les origines, sur lesquelles se fonde la discipline. Effectivement, le droit international privé et particulièrement le droit des conflits de lois s'organise au regard de diverses origines relevant tant du droit public que du droit privé.

29. Le publicisme. L'aspiration publiciste doit être entendue comme celle qui se réfère à l'Etat c'est-à-dire qu'il s'agit d'une politique « au service de l'Etat »¹⁹⁵ laquelle se rattache à une idéologie souverainiste. Or, « La société internationale (...) est faite d'abord de souverainetés juxtaposées dont les rivalités demeurent fortes »¹⁹⁶. Par conséquent, « dans la société internationale, les Etats sont (...) souverainement égaux » et « à travers l'égalité souveraine, c'est l'indépendance de l'Etat qui est affirmée »¹⁹⁷. C'est pourquoi « chaque Etat » détient le droit « de déterminer sa propre politique comme il l'entend dans le respect des droits, identiques, de tous les autres Etats »¹⁹⁸. L'idéologie publiciste, plus précisément souverainiste, s'entend donc de celle qui tend à faire de sa politique étatique une priorité. L'intérêt public est donc placé au premier rang. Ainsi, « dans une perspective politique ou publiciste », le conflit de lois est considéré « comme voué à la répartition dans l'espace de souverainetés ou de volontés législatives »¹⁹⁹.

30. Le privatisme. Au contraire, l'idéologie privatiste s'entend de celle « qui ne concerne que les intérêts personnels des particuliers »²⁰⁰. Par conséquent, « c'est aux personnes qu'appartient de droit la première place »²⁰¹. Dès lors, « si les intérêts privés sont privilégiés (le conflit de lois est) envisagé comme tendant à éviter que les particuliers ne

¹⁹⁴ A. Weiss, *Manuel de droit international privé*, Recueil Sirey, 1920, § 6.

¹⁹⁵ G. Cornu, « public », *op. cit.*, p. 742.

¹⁹⁶ A. Pellet, Ch. II, S.2, § 1. « La spécificité du droit international », in *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Pedone, 2014, p. 31 et s.

¹⁹⁷ A. Pellet, Ch. III, S.1, § 1., II. *La souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance*, *op. cit.*, p. 41 et s.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 338.

²⁰⁰ G. Cornu, « privé », *op. cit.*, p. 723.

²⁰¹ A. Weiss, Livre III, Ch. I, T. I, S.VI, « Critique de la théorie des statuts », *op. cit.*, p. 358 et s.

soient écartelés entre plusieurs prescriptions contradictoires dans leurs activités transfrontières »²⁰². Toutefois, si le droit international privé s'adresse directement aux sujets de droit, il suppose le rapport entre Etats souverains au travers de situations juridiques concernant des particuliers. C'est pourquoi il est imprégné aussi bien d'aspirations publicistes que privatistes.

31. Les sources du droit des conflits de lois. Pour autant, si la matière est influencée par divers fondements idéologiques, elle s'est également construite au regard de nombreuses sources, tant internationales que nationales. Cependant, l'originalité de la discipline s'illustre au regard de la diversité des sources positives qui la régissent. Outre le caractère multiple des sources, il apparaît que d'une part, ces sources sont directes c'est-à-dire qu'elles régissent immédiatement la matière « sans condition préalable »²⁰³. Alors que, d'autre part, les sources peuvent également être indirectes en ce qu'elles constituent des guides, des influences, des directions, que le droit international privé s'engage à poursuivre par l'intermédiaire de son propre système.

32. La diversité des fondements du droit des conflits de lois. L'accumulation des origines et sources du droit international privé et spécialement du droit des conflits de lois conduit indéniablement à considérer qu'il s'agit d'une discipline composée d'une multitude d'assises, et ceci qu'elles soient de simples idéologies ou de réelles bases juridiques. Leur étude constitue un préalable indispensable à la recherche d'un système respectueux de l'égalité de traitement²⁰⁴. En effet, « contre le danger de rester à la surface des choses, le meilleur remède est d'avoir d'abord approfondi quelque peu son propre droit pour acquérir le sens de l'intelligibilité d'un système »²⁰⁵. Surtout, elle permet considérer qu'une telle diversité engendre un effet néfaste aussi bien eu égard à la neutralité de la règle de droit qu'à l'égalité de traitement du sujet de droit impliqué dans une situation internationale privée. C'est pourquoi il convient de considérer d'une part que la neutralité à laquelle aspire le droit des

²⁰² D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 338.

²⁰³ G. Cornu, « effet », *op. cit.*, p. 346.

²⁰⁴ Voir en ce sens : H. Batiffol, P. Ourliac et P.-C. Timbal, « Histoire du droit et droit comparé dans l'enseignement des Facultés de droit », *Dalloz*, chron. XXXVI, p. 205, à propos de l'étude historique préalable à une approche comparative : « (...) l'espoir de rendre compte des divergences des systèmes contemporains par l'observation instantanée des différences d'états sociaux et économiques est une illusion ; comparer entre eux les systèmes sans les comprendre préalablement par l'histoire aboutit à un échantillonnage pauvre de signification, à des rapprochements ou des oppositions superficiels ou faux. L'histoire est première par rapport à la comparaison, parce qu'elle fait corps avec le droit qu'elle a engendré ; l'histoire explique parce qu'elle représente une continuité, un développement dans lequel chaque phase s'appuie sur la précédente ».

²⁰⁵ *Ibid.*

conflits de lois est contrariée tant par les racines publicistes archaïques que les fondements privatistes subjectifs du droit international privé (chapitre I). De la même façon et d'autre part, il doit être admis que le fractionnement des sources applicables au droit des conflits de lois provoque une rupture d'égalité de traitement entre sujets de droit (chapitre II).

CHAPITRE I : LA NEUTRALITE DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS CONTRARIEE

PAR LES ORIGINES MIXTES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

33. La systématisation de la discipline au regard du publicisme et du privatisme.

Le droit international privé est apparu sous l'Antiquité, puis a été reconnu comme matière à part entière durant le Moyen Âge. Ainsi, depuis le droit romain jusqu'à l'époque contemporaine, le droit international privé a été envisagé, ou du moins conceptualisé sous l'angle de différentes idéologies dont l'impact demeure encore aujourd'hui. Jusqu'à l'Ancien Régime, le droit international privé et conséquemment le droit des conflits de lois ont été l'objet de deux orientations traditionnelles davantage publicistes, à savoir le territorialisme et le personnalisme (section 1). Puis, à la fin de l'Ancien Régime, en réaction à ces doctrines publicistes, sont apparus de nouveaux courants de pensée. Ces doctrines contemporaines ont tenté de penser le droit international privé et spécifiquement le droit des conflits de lois en adoptant une nouvelle approche laquelle s'est traduite d'une part, par une appréciation *in abstracto*, et d'autre part, par une appréciation *in concreto* (section 2).

SECTION 1 : LA SYSTEMATISATION ORIGINELLEMENT PUBLICISTE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

34. Du territorialisme au personnalisme. Le droit international privé est, comme toute autre matière, le fruit de l'histoire. Or, le passé historique du système de droit international privé positif a toujours influencé dans une certaine mesure sa construction notamment au regard de deux considérations principales : le territorialisme et le personnalisme. Malheureusement, l'influence de ces idéologies, contraire au principe de neutralité, se perçoit encore dans le système de droit des conflits de lois actuel. En effet, si ces courants de pensée sont nés sous l'Ancien Régime (sous-section 1), ils ont par la suite été les vecteurs du droit international privé contemporain (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA RECONNAISSANCE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE COMME DISCIPLINE AU TRAVERS DES DOCTRINES PUBLICISTES DE L'ANCIEN REGIME

35. Le droit international privé, récemment qualifié comme matière en tant que telle, du fait de sa conceptualisation plutôt tardive au Moyen Âge, a été engendré par d'anciennes conceptions publicistes. Par conséquent, l'édification de la discipline est *a priori* exempte de considérations privatistes. En effet, la première systématisation du droit international privé s'est forgée sur la base d'une doctrine territorialiste laquelle était incontestablement issue de

considérations souverainistes de l'époque (§ 1). Puis, la seconde systématisation du droit international privé s'est développée grâce à une doctrine opposée c'est-à-dire le personnalisme, laquelle était issue de positions nationalistes de l'époque (§2).

1 § – LA PREMIERE SYSTEMATISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE A L'AUNE DU TERRITORIALISME DE L'ANCIEN REGIME

36. La discipline du droit international privé s'est développée au regard d'une unique doctrine, à savoir le territorialisme. En effet, cette idéologie a traversé les continents et les siècles, jusqu'à aujourd'hui. Par conséquent, la matière accorde une place relativement conséquente aux fondements publicistes, et principalement territorialistes, qui se sont tout d'abord développés en Europe de l'Ouest, particulièrement au XVIème siècle (A), puis se sont propagés dans toute l'Europe et l'Amérique du Nord durant les siècles suivants (B).

A. L'ORIGINE SYSTEMIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE : LE TERRITORIALISME DE L'EUROPE DE L'OUEST AU XVIEME SIECLE

37. Le territorialisme est apparu avant tout en Europe de l'Ouest grâce ou à cause du contexte politique de l'époque et des aspirations qui y régnaient, comme le souverainisme (1). Cependant, ce sont ces facteurs politiques et idéologiques qui ont encadré la conceptualisation du droit international privé en tant que dispositif propre. C'est pourquoi ce dernier, durant tout l'Ancien Régime, s'est construit au regard de la doctrine du territorialisme (2).

1) L'amorce d'un système politisé autour du territorialisme

38. Le droit international privé s'est conceptualisé, à ses débuts, autour du territorialisme. En effet, il est *a priori* la conséquence des systèmes économiques et politiques des Etats féodaux de l'Europe de l'Ouest, et plus particulièrement de la France (a). Pour autant, il s'est également développé dans un contexte différent en Italie grâce à la théorisation des statuts (b).

a) Le territorialisme généré par les systèmes féodaux de l'Europe de l'Ouest

39. Le principe de territorialité des lois. A partir du IXème siècle de notre ère, s'est installé en Europe de l'Ouest, et notamment en France, un système féodal, et ce jusqu'au

XIIème siècle²⁰⁶. En effet, « vers le IXème siècle se développa une forme nouvelle de vie sociale, fondée, sur une économie sédentaire et concentrée sur un petit territoire autour d'un château (...) », laquelle donna naissance à un « morcellement extrême du pouvoir politique »²⁰⁷. Ce système politique a alors donné naissance au principe de la territorialité des lois²⁰⁸. Ce principe a mis en place le fonctionnement suivant : « sur chaque territoire une loi et une seule est appliquée, quels que soient les personnes en cause, les biens en jeu, les actes en litige »²⁰⁹. Ainsi chaque autorité locale édictait sa propre loi et celle-ci était seule et unique à être appliquée sur son territoire. « Il n'y (était) fait donc pas de conflit de lois car les lois étrangères n'avaient aucune aptitude à s'appliquer à l'intérieur des limites de la seigneurie »²¹⁰.

Par conséquent, dès l'apparition de la féodalité, ainsi que de la territorialité des lois, avait été évincée toute idée de conflit de lois avec un étranger, et donc était née l'idée selon laquelle le droit, ou du moins la loi, est d'origine purement territoriale. Cette origine laisse encore des traces dans le système de droit des conflits de lois actuel²¹¹. Ainsi la politique gouvernementale a engendré une philosophie juridique, à savoir le territorialisme, qui s'est étendue jusqu'aux matières privées et plus précisément au droit des conflits de lois.

40. La territorialité des coutumes. Ce propos se confirme lorsqu'apparaissent les coutumes. « Dès les XIIème-XIIIème siècles, l'Europe de l'Ouest présente une mosaïque de coutumes locales ou régionales. La zone géographique dans laquelle s'applique une coutume donnée s'appelle son ressort ; (...) les limites des ressorts coutumiers se fixent à partir du XIIème siècle, et elles correspondent généralement aux limites politiques : celles des principautés territoriales ou des seigneuries secondaires »²¹². Ainsi, au regard du système politique mis en place, il est nécessaire de constater que tout conflit de lois était exclu, et que

²⁰⁶ Pour aller plus loin, voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 356-1 : « Au IXème siècle, les barbares se sont fixés géographiquement : la population se stabilise sur un territoire déterminé. Les particularismes de groupe s'estompent ; les lois elles-mêmes tendent à fusionner. Alors apparaissent avec la féodalité des coutumes dont le champ d'application dépend non plus des personnes qui y sont soumises, mais du territoire sur lequel elles s'appliquent ».

²⁰⁷ B. Audit et L. D'Avout, *op. cit.*, § 132.

²⁰⁸ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 357-1 : « La loi de la seigneurie s'applique ainsi à tous les biens situés sur le territoire, à toutes les personnes qui y habitent, à tous les actes qui y sont conclus ».

²⁰⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, Tome I, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, § 13.

²¹⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 115.

²¹¹ Cf. *infra* § 140 et s.

²¹² J.-M. Carbasse, *op. cit.*, § 77.

chaque coutume s'appliquait sur son propre territoire²¹³. En effet, « la coutume (était) d'abord un droit territorial, inscrit dans un ressort précis »²¹⁴.

41. La naissance du territorialisme comme idéologie. En outre, les sources de l'Ancien Droit ont été marquées par l'idéologie du territorialisme. Si le conflit de lois est évincé durant l'époque féodale, il convient d'insister sur la teneur du principe de territorialité. En effet, si aujourd'hui, les conflits de lois sont reconnus par notre droit positif et traités par un système juridique propre, il n'en demeure pas moins que tout système juridique s'est construit en fonction de ses origines. Or, il apparaît que le droit international privé, objet d'une volonté certaine de régler les litiges internationaux entre particuliers, soit initialement considéré comme une branche du droit international public. C'est ainsi que la discipline a été envisagée au regard de conceptions internationales publicistes, ou du moins créée en fonction de ces conceptions. Cependant, celles-ci ne font guère abstraction de la souveraineté et de l'indépendance des Etats qui sont indissociables de la philosophie propre à la territorialité des lois. Ce principe a alors laissé ses marques dans le système de droit international privé et principalement dans l'élaboration du droit des conflits de lois. Concomitamment au système politique féodal développé en France, l'Italie, moins encline à adopter ce système, a développé la théorie dite des statuts, laquelle repose également sur cette idée de territorialité.

b) La conceptualisation du conflit de lois par l'avènement de la théorie italienne des statuts

42. Le rejet du système féodal en Italie. Si la féodalité s'est installée en Europe, elle ne s'est jamais réellement implantée en Italie. « Le nombre et la proximité des villes, élément hétérogène à la hiérarchie des fiefs et des personnes, sont sans doute un facteur important de ce phénomène »²¹⁵. En effet, « ce fut au Moyen Âge que les conflits de lois firent leur apparition. (...) Les villes marchandes de l'Italie du Nord furent le berceau du Droit international privé comme elles avaient été celui du droit commercial » à raison de facteurs

²¹³ Voir en ce sens : M. Foelix, *Traité de droit international privé ou du conflit de lois de différentes nations*, Marescq Aîné, 4^{ème} éd., 1866, § 5 : « Le régime féodal, qui avait pris naissance dans l'intervalle, ainsi que l'établissement des villes, subdivisèrent la partie de l'Europe occupée par les peuples d'origine germanique en un grand nombre de territoires plus ou moins indépendants l'un de l'autre. A cette époque du Moyen âge, chaque province, chaque ville était régie par une coutume particulière (*statutum*) ».

²¹⁴ J.-M. Carbasse, *op. cit.*, § 77.

²¹⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 15.

économiques, politiques et juridiques. C'est ainsi qu'a émergé la théorie des conflits de lois²¹⁶ « dont la première expression scientifique fut la doctrine italienne des statuts »²¹⁷.

43. La création de statuts propres à chaque cité. Comme l'ont expliqué Batiffol et le Professeur Lagarde, « si la féodalité ne triompha pas, l'anarchie et l'insécurité qui l'avaient créée isolèrent aussi les villes italiennes au point de vue politique, à un degré suffisant pour qu'elles se donnent partiellement une législation, des « statuts » propres »²¹⁸. C'est ainsi que chaque cité a créé ses propres statuts et mis en place les premières bases de la théorie du conflit de lois²¹⁹. En effet, « chaque cité considérait ses statuts comme les mieux adaptés à régir »²²⁰. Le territorialisme s'est donc implanté de cette manière et implicitement au sein du droit international privé, puisque chaque fois que deux ordres juridiques étaient en cause, chaque ordre considérait que ses statuts devaient légitimement s'appliquer.

44. La naissance de la théorie générale du conflit de lois. De plus, de la théorie italienne des statuts a découlé la théorie de l'ordre public international, laquelle opérait une distinction entre les statuts favorables et les statuts odieux²²¹. Est née l'idée selon laquelle « si l'on doit appliquer, aussi bien que son droit propre, les droits d'autres provinces ou d'autres pays, c'est sous la réserve qu'ils ne soient pas intolérables dans leurs prétentions »²²². Cette théorie avait pour objet de protéger l'ordre public local, mais est révélatrice des marques du territorialisme dans la théorie générale du conflit de lois. D'ailleurs, le régime général positif

²¹⁶ Pour aller plus loin, voir en ce sens : E. Vitta, Ch. I « La méthode conflictuelle », I. « Origine historique », in « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1979, vol. n°162, spéc. p. 27 : « Il faut prendre comme point de départ les écoles des postglossateurs et des statutistes qui, à partir du XII^e siècle, ont commencé à se demander quelle est la sphère d'application des statuts » ; « Or les statutistes se posaient la question, qui est remise maintes fois dans leurs écrits : quelle est la sphère d'application des statuts ? » ; « Cette question a été posée pour la première fois dans la célèbre glose d'Accursius à la Constitution impériale qui impose aux citoyens romains la foi chrétienne » ; « Or Accursius, dans sa glose (1228), voyait dans cela une allusion aux limites d'application de la loi et posait la question de la loi applicable à un citoyen de Bologne, convenu en justice à Modène. Il exprimait l'opinion qu'il ne devait pas être jugé d'après les lois de Modène, où il se trouvait, mais d'après sa propre loi, soit la loi de Bologne » ; « C'est le début de la théorie des statuts, qui se déroule du XII^e au XIX^e siècle ».

²¹⁷ P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *Droit international privé*, Dalloz, 9^e éd., 1970, § 275.

²¹⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 15.

²¹⁹ Voir en ce sens : B. Ancel et H. Muir-Watt, « Du statut prohibitif (droit savant et tendances régressives), in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 7 et s. ; lesquels exposent en effet que « la norme est en Italie à cette époque fournie par le droit commun, *jus commune*, cet alliage du droit romain et du droit canonique censé valoir pour l'ensemble de l'Empire romano-germanique (...) et auquel les pouvoirs locaux, généralement municipaux, peuvent faire exception en promulguant des règles particulières, les *jura propria* ou statuts ». C'est ainsi que le développement de ces statuts a conduit Bartole, dans sa glose « *Quod si Bononiensis* », à établir que « le statut n'oblige que ses sujets », imposant alors « pour chaque statut municipal (que) soit délimité le cercle de ses assujettis ».

²²⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 15.

²²¹ P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *op. cit.*, § 277.

²²² P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *J.-Cl. Droit international*, 1959, Fasc. 530 A, § 14.

a maintenu ce concept d'ordre public local au travers du mécanisme de l'ordre public international. Par conséquent, le droit international privé et spécialement le droit des conflits de lois est aujourd'hui encore empreint du territorialisme italien.

45. Une première conceptualisation exempte de neutralité. Ainsi, le droit des conflits de lois, dans sa construction juridique, a été l'objet de différents facteurs, notamment politiques et économiques, mais surtout d'aspirations publicistes. Partant de ce constat, il semble difficile de considérer que le système de droit des conflits de lois ait pu être conçu sous l'égide de la neutralité puisque son histoire démontre qu'il a, originellement, été conçu au regard d'une approche territorialiste. En sus, si le droit international privé, ou plus exactement la théorie générale du conflit de lois, sont nés de la théorie des statuts, cette dernière a conduit les auteurs sous l'Ancien Régime, et notamment la doctrine française, à construire un système intégral de droit des conflits de lois sur la base du territorialisme.

2) Le territorialisme au cœur de la théorisation française du droit des conflits de lois

46. A la suite de l'essor de la théorie des statuts italienne, la doctrine française, au XVI^{ème} siècle, s'est saisie de la théorie générale du conflit de lois. Pour ce faire, l'école statutaire française et notamment ses deux principaux représentants ont usé de la territorialité du droit. L'« influence exercée par (cette) conception réaliste et libérale, qui règle des difficultés, jusqu'alors méconnues ou défigurées, a été considérable et elle se perpétue encore »²²³. Ainsi, le territorialisme a été poursuivi par Dumoulin (a), puis fondé sous forme de système par d'Argentré (b).

a) Dumoulin : la poursuite de l'école italienne des statuts

47. Le premier théoricien de l'Ecole française des statuts. Charles Dumoulin, auteur français du XVI^{ème} siècle, est le poursuiveur de l'Ecole italienne et le premier théoricien de l'Ecole française des statuts²²⁴. Très connu à raison de la célèbre consultation des époux de Ganey de 1525, il a été l'un des premiers tenants de l'école de la territorialité du droit.

48. La théorie des statuts face aux conflits de coutumes. Toutefois, à l'époque, le système politique féodal est toujours implanté et la source principale du droit reste la coutume. Par conséquent, « les questions abordées par les auteurs italiens se posaient en France sous forme de conflits de coutumes » et « on ne prétendait pas comme en Italie à

²²³ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, § 14.

²²⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 122.

l'existence d'un *jus commune* coiffant les différentes coutumes »²²⁵. Or, si Dumoulin était « favorable à cette réalité des coutumes, si conforme, suivant les idées régnantes, à l'importance de la terre, dans laquelle on voit l'élément essentiel de la richesse et de la souveraineté »²²⁶, il était convaincu de la supériorité d'un droit commun coutumier en formation²²⁷.

49. Le précurseur de la doctrine territorialiste en droit des conflits de lois français. Outre son apport novateur en matière de rattachement des contrats, Dumoulin a conservé l'essentiel des solutions des post-glossateurs, notamment l'application à la forme de la règle *locus regit actum* ainsi que « la distinction des statuts favorables et des statuts odieux »²²⁸. C'est principalement au regard de cette conservation des conclusions des post-glossateurs d'origine italienne, qu'est apparu le territorialisme dans la doctrine française. En effet, si Dumoulin a été le continuateur de la doctrine statutaire italienne, il a été le précurseur de la doctrine de la territorialité du droit en droit des conflits de lois français. En reprenant les solutions italiennes et notamment celle des statuts favorables et odieux, ressort l'idée que le territoire occupe une valeur primordiale au sein du système politique et dans les litiges avec les étrangers conformément à l'idéologie féodale de l'époque²²⁹.

Même si Dumoulin a prôné un certain « universalisme »²³⁰ à l'époque, il n'en demeure pas moins qu'il est resté épris de la souveraineté de chaque territoire, et par conséquent de la territorialité du droit. Une nouvelle fois, le contexte politique de l'époque, ainsi que les conceptions publicistes qui l'accompagnent ont nécessairement eu un impact sur le droit international privé dans la mesure où cette matière est imprégnée de l'idéologie du territorialisme. Pour autant, celle-ci sera également fondatrice de la doctrine française de d'Argentré.

²²⁵ B. Audit et L. D'Avout, *op. cit.*, § 137.

²²⁶ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, § 16.

²²⁷ B. Audit et L. D'Avout, *op. cit.*, § 137.

²²⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 123.

²²⁹ Voir en ce sens : A. Bonnichon, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP* 1949, p. 615, « En passant, en France, la doctrine ébauchée en Italie, se trouvait en contact avec l'idée féodale déjà spontanément appliquée que « toutes coutumes sont réelles ». On a dit bien souvent les origines de cette conception, le morcellement des seigneuries, la prépondérance de l'élément terrien qui fait le noble et le vilain, assise de la Société comme du droit ».

²³⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 123.

b) *D'Argentré : fondateur du système de droit des conflits de lois français territorialiste*

50. Le premier théoricien d'un système territorialiste. Aujourd'hui, « d'Argentré apparaît comme le fondateur de l'école française »²³¹ et plus précisément comme le premier théoricien territorialiste du système de droit des conflits de lois français. Sa doctrine est née du contexte politique de l'époque. Au XVI^{ème} siècle, d'Argentré était magistrat au Parlement de Bretagne, région encore imprégnée du régime féodal. Poursuivant l'indépendance de la Bretagne, « D'Argentré a (alors) élaboré une doctrine de lutte, de défense de la coutume bretonne, et tous les caractères de son système en découlent »²³². Finalement, ce sont donc les aspirations de l'auteur, à savoir un certain souverainisme, qui ont guidé ses propositions doctrinales²³³.

51. Le conflit de lois assimilé au conflit de souverainetés. D'Argentré est considéré comme le fondateur de la doctrine territorialiste en droit international privé car il a été le premier à établir un système sur la base de la distinction entre statut réel et statut personnel en faisant du statut réel le principe et du statut personnel l'exception²³⁴. Cependant, ce dispositif de droit des conflits de lois est issu de sa vision souverainiste. En effet, d'Argentré a considéré le conflit intercoutumier (...) comme « un conflit international » lequel se traduisait, à son sens, par un conflit de souverainetés. Par conséquent, « d'Argentré s'est rallié au territorialisme parce qu'il correspond à la conception politique que le juriste breton se (faisait) du pouvoir et de l'application de la loi »²³⁵.

52. Une conceptualisation politique aux antipodes de la neutralité du droit des conflits de lois. Au regard de la conceptualisation effectuée par d'Argentré du droit des conflits de lois, ce sont bien les circonstances politiques d'une période donnée qui ont induit l'auteur à opter pour le territorialisme et à l'intégrer dans sa vision du droit international privé. De là apparaît la frontière flottante entre le droit international privé et le droit international public. Ainsi, considérer la discipline du droit des conflits de lois comme neutre

²³¹ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, § 16.

²³² Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 125.

²³³ Voir en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 212 : « Ce principe de territorialité des lois était déduit des frontières du ressort dans lequel le souverain exerce ses pouvoirs. C'était une doctrine qui se voulait spécialement adaptée aux intérêts de la coutume de Bretagne, une doctrine particulariste, qui n'avait pas vocation à être généralisée aux autres coutumes. On parlerait aujourd'hui de doctrine souverainiste parce que profondément attachée à préserver la population d'un pays donné des ordres édictés par les souverains étrangers ».

²³⁴ Pour aller plus loin, voir en ce sens : A. Bonnichon, *op. cit.*, p. 615 : « ce que d'Argentré et ses successeurs entendent affirmer, c'est seulement ceci : la loi des choses ne peut être que la loi du lieu des choses. En d'autres termes, les coutumes sont faites pour les choses dont l'ensemble constitue le territoire, et seulement pour elles ».

²³⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 125.

serait erroné. Elle est le produit de l'histoire européenne, et principalement du contexte politique, dans lequel les conflits de lois étaient envisagés comme des conflits de souverainetés. Pourtant, envisager le conflit de lois sous l'angle de la souveraineté revient à rompre avec toute idée de neutralité puisque ce sont des considérations publicistes qui vont motiver la solution applicable à un litige d'ordre privé.

53. L'influence avérée de d'Argentré dans la société internationale. Or, si le système de droit des conflits de lois n'est plus celui de d'Argentré, il est indéniable que sa conceptualisation a eu une influence certaine sur la constitution du droit des conflits de lois d'aujourd'hui. De plus, si à l'époque, la doctrine de d'Argentré n'a rencontré aucun succès en France, elle a en revanche été réceptionnée en Hollande pour être la base d'une nouvelle doctrine de droit international privé²³⁶. En outre, l'étude de la théorie de d'Argentré dans chaque manuel de droit international privé atteste de l'influence considérable qu'a eu sa doctrine dans l'élaboration de notre droit international privé. Ainsi, le droit international privé s'est construit au regard d'une conception territorialiste des conflits de lois, laquelle a perduré, tant en Europe qu'aux Etats-Unis.

B. LA PROLIFERATION DU TERRITORIALISME SUR LES TERRITOIRES EUROPEENS ET AMERICAINS

54. Le territorialisme né en Europe de l'Ouest a su atteindre toute l'Europe et notamment la Hollande, conduisant celle-ci à la création d'une nouvelle doctrine dite *comitas gentium* (1). Puis, sur la base de cette doctrine, la philosophie s'est propagée jusque dans les pays anglo-saxons, pour finalement s'établir largement sur les continents européen et américain (2).

1) La doctrine territorialiste française confirmée par la théorie hollandaise de la *comitas gentium*

55. Si la systématisation d'un droit des conflits de lois territorialiste est imputable à la doctrine française, elle s'est pourtant propagée en Europe et notamment en Hollande à raison du contexte politique de l'époque au XVII^{ème} siècle (a). Ainsi, le territorialisme, à l'appui du souverainisme ambiant, a su perdurer et imprégner les premières doctrines du droit international privé pour finalement donner naissance à une nouvelle doctrine, la *comitas gentium*, laquelle confirme les origines publicistes de la discipline (b).

²³⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 127.

a) *La réception du système territorialiste français par la Hollande du XVIIIème siècle*

56. Une réception née de l'esprit d'indépendance de la Hollande. Si la doctrine de d'Argentré n'a pas connu de fort succès à son époque, elle a en revanche produit un réel effet positif aux Pays-Bas principalement au XVIIIème siècle. Afin de comprendre cette réception de la doctrine territorialiste française, il convient de reprendre le contexte politique de l'époque. En effet, « la situation politique de la Hollande était, au XVIIIème siècle, sensiblement identique à celle de la Flandre. Le territoire des Pays-Bas avait été occupé successivement par les ducs de Bourgogne, les Espagnols, et les Autrichiens »²³⁷. Ainsi, à cette époque, comme l'ont expliqué justement Batiffol et le Professeur Lagarde, « des villes nombreuses dont la prospérité économique croissante et la communauté de civilisation développaient les relations mutuelles, dans un esprit d'indépendance prononcé, manifesté par la révolte contre l'Espagne »²³⁸. De cet esprit d'indépendance est née la vocation hollandaise pour la doctrine française de d'Argentré. « Ils trouvèrent dans d'Argentré une inspiration hostile au pouvoir central conforme à leur état d'esprit »²³⁹. Par conséquent, le contexte politique des Pays-Bas, c'est-à-dire l'esprit indépendantiste, a donné naissance à la réception de la doctrine territorialiste française. Une nouvelle fois, la discipline a été appréhendée au regard d'une approche davantage publiciste que privatiste.

57. Une doctrine hollandaise fondée sur le territorialisme de d'Argentré. Aux fins de fonder leur propre doctrine, les théoriciens hollandais ont repris la distinction des statuts réels et des statuts personnels et ont élaboré, comme d'Argentré, l'essentiel de leur théorie sur le territorialisme²⁴⁰. Néanmoins, certains auteurs, notamment Paul et Jean Voët, considéraient la distinction des statuts sans grand intérêt puisque, au point de vue de leur domaine d'application, il faut les dire réels, c'est-à-dire territoriaux²⁴¹. Ainsi, comme l'a affirmé Louis-Lucas, « la solution (était) commandée par la notion même de souveraineté et par la nécessité d'assurer la sauvegarde constante de celle-ci »²⁴². En vérité, l'affiliation de la doctrine française des statuts s'est produite au regard de l'idéologie souverainiste régnant sous l'Ancien Régime dans tous les pays européens. C'est pourquoi le droit international privé et conséquemment le droit des conflits de lois n'ont pu être conçus qu'au regard de ces

²³⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 128.

²³⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, §17.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 128.

²⁴¹ A. Bonnichon, *op. cit.*, p. 615, expliquant le point de vue de Voët : « Le statut est envisagé dès lors d'un point de vue purement formel ; c'est un ordre du législateur, et par conséquent il perd sa force aux frontières ».

²⁴² P. Louis-Lucas, *op. cit.*, § 21.

considérations avant tout étatiques, c'est-à-dire inspirées de souverainisme et territorialisme. De plus, si la doctrine hollandaise a réceptionné la doctrine de d'Argentré, elle a également créé la doctrine de la courtoisie internationale.

b) *Le système territorialiste prolongé par la consécration de la théorie de la courtoisie internationale*

58. La consécration de la *comitas gentium* en réponse au contexte international.

Une nouvelle fois, il convient de préciser le contexte de l'époque, qui justifie que les Hollandais soient allés au-delà de la doctrine française. En sus du contexte politique évoqué précédemment, il convient d'ajouter que « le commerce extérieur florissant des Pays-Bas (donnait) enfin le premier rang aux conflits internationaux ». En effet, à raison de ce cadre non plus politique mais économique, « les Hollandais, pour la première fois, se (sont placés) directement sur le plan international » les conduisant ainsi à se pencher sur « le fondement même de l'application des lois étrangères »²⁴³. Afin de justifier l'application de la loi étrangère, les Hollandais ont donc élaboré la doctrine de la courtoisie internationale, considérant alors que « le législateur local n'a aucune obligation juridique d'admettre la loi étrangère ; s'il le fait, c'est au nom du principe de courtoisie internationale »²⁴⁴. Par conséquent, comme l'ont affirmé les Professeurs Bernard Audit et d'Avout, « l'idée de souveraineté (permettait) de justifier la prise en considération de droits acquis selon une loi étrangère, pourvu qu'il n'en résulte aucun détriment pour la souveraineté locale, dans les cas où la nécessité ou l'opportunité commandent de leur conférer une application extraterritoriale : la loi étrangère était appliquée *ex comitate*, par courtoisie »²⁴⁵.

59. La courtoisie internationale motivée par le souverainisme. Les premières doctrines du droit des conflits de lois et notamment celle relative à l'application de la loi étrangère sont donc issues de cette idée de courtoisie internationale, indéniablement marquée par le souverainisme²⁴⁶. L'application de la loi étrangère n'est possible que parce que le souverain le veut bien. Et c'est bien cette critique qui a été adressée à cette doctrine. « On pourrait se demander en effet dans quelle mesure cette notion de courtoisie ne conduit pas à la négation du droit international privé, car admettre que le législateur et le juge appliquent la loi

²⁴³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 17.

²⁴⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 129.

²⁴⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 141.

²⁴⁶ Voir en ce sens : M. Foelix, *op. cit.*, § 12, à propos de la *comitas gentium* : « Nous le répétons, toutes les nations sont trop jalouses de leur indépendance pour reconnaître un juge supérieur ayant par lui-même le pouvoir de décider qu'une loi étrangère recevra son exécution dans un autre État » ; ainsi « l'application des lois étrangères n'est qu'une concession, et ne saurait être exigée comme un droit ».

étrangère sans aucune obligation juridique, uniquement pour des raisons de courtoisie, n'est-ce pas admettre leur bon plaisir ? »²⁴⁷. De plus, cette doctrine conduit le droit des conflits de lois à un caractère purement national comme l'a affirmé le Professeur Bertrand Ancel : « fondée par priorité sur des éléments publicistes, tirés du *jus gentium* (...), la première de ces implications est le caractère national des règles par lesquelles chaque Etat fixe à son gré les critères autorisant le recours à la loi étrangère »²⁴⁸.

60. La courtoisie internationale opposée à l'internationalisme. Ainsi, la doctrine de la courtoisie internationale, l'une des premières doctrines du droit international privé et du droit des conflits de lois, est donc bien fondée conformément à l'idéologie du souverainisme, laquelle trouve son origine dans le territorialisme de d'Argentré. Or, comme le disait Louis-Lucas, « le souverain n'a pas à commander en dehors de son territoire, mais, sur son territoire, il doit pouvoir tout commander à tous »²⁴⁹. Par conséquent, l'inconvénient de ces premières conceptualisations est de créer un obstacle à toute internationalisation du système. Pour autant, celles-ci, accompagnées par leurs aspirations publicistes, se sont propagées en Europe et au-delà.

2) L'accueil de la *comitas gentium* dans les pays anglo-saxons sous l'Ancien Régime

61. Si la prolifération du territorialisme a donné naissance à la doctrine hollandaise de la *comitas gentium*, elle s'est prolongée au-delà des pays de droit civil d'origine romano-germanique pour s'étendre aux pays anglo-saxons de tradition de *common law*. Par conséquent, territorialisme et courtoisie internationale ont été réceptionnés par ces derniers pour contribuer à l'institutionnalisation de leur propre système de droit des conflits de lois, et ceci qu'il s'agisse de l'Angleterre (a) ou des Etats-Unis (b).

a) L'admission de la *comitas gentium* par l'ordre juridique anglais

62. Le système anglais originellement fervent de territorialisme. Avant d'évoquer la réception en Angleterre de la doctrine hollandaise, il convient de rappeler que, durant la théorisation du droit international privé en France et en Italie, l'Angleterre, pays de *common law*, « n'avait pas contribué aux courants doctrinaux continentaux »²⁵⁰. Comme l'a expliqué le Professeur Bertrand Ancel, « longtemps, les Cours royales de Westminster, (...), ont ignoré le

²⁴⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 130.

²⁴⁸ B. Ancel, P. I, T. II, Sous-titres II, Ch. II, S.1, § 1, B. 1. a) « le caractère national du droit des conflits », in *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 329.

²⁴⁹ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, § 21.

²⁵⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 142.

droit international privé » et ainsi, « les lois étrangères n'avaient pas accès aux tribunaux anglais ». « Le *common law* était Law of the Land. Ainsi, ni les juges ni la loi ne permettaient l'introduction des lois étrangères. Le régime juridique était autarcique. »²⁵¹. Il n'en demeure pas moins que si l'Angleterre ne s'intéressait pas au conflit de lois, son système est « marqué à l'origine par le territorialisme »²⁵². L'origine territorialiste de l'Angleterre a donc créé un terrain favorable à la réception de la *comitas gentium*. En réalité, c'est à compter de l'union de l'Ecosse à l'Angleterre en 1707, qu'ont été pris en compte les premiers conflits de lois, l'Angleterre ne pouvant ignorer la loi écossaise²⁵³. De là, le système anglais, dont l'origine était territorialiste, a accueilli la doctrine hollandaise notamment en recourant à la notion de *comitas gentium*²⁵⁴.

63. Le relais de la *comitas gentium* en Angleterre. Comme l'a affirmé le Professeur Ancel, « la doctrine hollandaise, pivotant autour de l'axe souveraineté-territorialité, conforme ainsi la tradition exclusiviste des cours anglaises tout en leur laissant la maîtrise du recours aux lois étrangères »²⁵⁵. En outre, même en l'absence de propagation, l'Angleterre, pays de *common law*, était de tradition territorialiste, tout comme ses proches européens, ce qui a favorisé la réception de la doctrine hollandaise par l'Angleterre, mais une nouvelle fois, pour des raisons purement étatiques. Comme l'a affirmé le Professeur Bertrand Ancel, ce sont des considérations publicistes, ou plus exactement souverainistes, qui ont motivé le relais de la doctrine du *comitas gentium* afin d'appuyer la forte position des juridictions anglaises.

64. Le fondement européen commun du territorialisme. En résumé, quelles que soient les traditions propres à chaque pays européen, pays de droit civil, d'origine romano-germanique ou bien pays anglo-saxons, de *common law*, le fondement de leur système de droit des conflits de lois est le même c'est-à-dire le territorialisme. La réception par les Etats-Unis de la doctrine hollandaise n'a fait que le confirmer.

b) *La comitas gentium reçue par les Etats-Unis*

65. L'influence de la *comitas gentium* jusqu'en Amérique. « Les auteurs hollandais ont exercé une influence directe sur les Anglais, puis les Américains »²⁵⁶. Contrairement à l'Angleterre, « les conflits de lois s'élevaient à tout moment de la vie juridique aux Etats-Unis

²⁵¹ B. Ancel, P. I, T. II, Sous-titres II, Ch. II, S.2, § 1, B. « La réception par le Common Law », *op. cit.*, p. 377.

²⁵² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 142.

²⁵³ B. Ancel, P. I, T. II, Sous-titres II, Ch. II, S.2, § 1, B. « La réception par le Common Law », *op. cit.*, p. 378.

²⁵⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 142.

²⁵⁵ B. Ancel, P. I, T. II, Sous-titres II, Ch. II, S.2, § 1, B. « La réception par le Common Law », *op. cit.*, p. 380.

²⁵⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, §17.

du fait de la diversité du droit entre les Etats »²⁵⁷. En effet, « les treize colonies libérées de la domination anglaise avaient conservé leur indépendance respective quant à la législation : d'où des conflits de lois entre les Etats de l'Union »²⁵⁸. Par conséquent, dès le début du XIX^{ème} siècle, divers auteurs, épris de la cause du droit international privé, ont écrit à ce propos, et notamment Joseph Story, lequel a eu une influence considérable sur les juridictions américaines de l'époque.

66. Le développement du territorialisme sous la plume de Joseph Story. « Du point de vue théorique, Story (s'est rallié) au postulat territorialiste, et (...) en (a formulé) les principes sous forme de maximes ». Ainsi, « chaque nation possède une compétence exclusive pour légiférer sur son territoire » et « réciproquement, aucune nation ne peut directement affecter des biens situés hors de son territoire ou des personnes qui n'y sont pas domiciliées ». Par conséquent, « l'effet d'une loi étrangère sur un territoire donné ne peut résulter que du consentement de la souveraineté locale »²⁵⁹. La doctrine américaine a donc repris la doctrine hollandaise, prônant le territorialisme, « qui convenait au tempérament indépendant des Anglo-saxons, et notamment des Américains au lendemain de l'indépendance »²⁶⁰.

67. Des origines territorialistes demeurées contraires à la nature de la discipline. Sans qu'il soit nécessaire d'étudier davantage la doctrine américaine, il convient d'en tirer les mêmes conclusions. Le droit international privé systématisé en Europe ou en Amérique sous forme de droit des conflits de lois, a bien des origines identiques à savoir le territorialisme. En effet, grâce aux contextes politiques et économiques de l'époque, principalement orientés par une idéologie essentiellement souverainiste, les différents systèmes de droit international privé ont été envisagés au regard d'une approche publiciste. Ainsi, l'élaboration de la discipline s'est faite contrairement à la nature même du droit international privé, puisqu'il s'agit d'une matière privée. De plus, en érigeant un système sur de telles orientations, celui-ci sera difficilement neutre, et par conséquent, difficilement universalisable. Pour autant, si les fondements du droit international privé ont été de prime abord territorialistes, ils ont également été imprégnés par une autre idéologie, à savoir la doctrine personnaliste.

²⁵⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 143.

²⁵⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, §17.

²⁵⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 143.

²⁶⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, §17.

§ 2 – LA SECONDE SYSTEMATISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE AU REGARD PERSONNALISME

68. Le personalisme doit être considéré comme le second fondement juridique sur lequel s'est construit le droit international privé et conséquemment le droit des conflits de lois. Il est qualifié de second, car si le personalisme est apparu en Europe occidentale dès l'Antiquité (A), il n'a été reconnu comme fondement juridique du système de droit international privé qu'à la fin de l'Ancien Régime (B).

A. LE PERSONNALISME DE L'EUROPE OCCIDENTALE COMME FONDEMENT DE LA FUTURE SYSTEMATISATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

69. Le personalisme de l'Europe occidentale a pris naissance durant deux époques successives en fonction du contexte politique et culturel. Les débuts du personalisme remontent à l'Antiquité, période durant laquelle le droit romain a érigé, à raison de son caractère dominant de l'époque, un droit civil basé sur l'idée de citoyenneté (1). Postérieurement, à la suite des invasions barbares, le personalisme s'est davantage affirmé durant le Haut Moyen Âge par la mise en place du système de personnalité des lois basé sur un sentiment d'identité nationale (2).

1) Le droit romain de l'Antiquité : les prémices du personalisme

70. Sous l'Antiquité, dès l'époque de la République, lorsque Rome est devenue dominante, est apparu le droit civil romain que l'on peut qualifier de droit des cités, lequel ne s'appliquait qu'à ses propres citoyens. De là a émergé le personalisme (a). Cependant, ces différents citoyens issus de chaque cité ont entamé des relations juridiques et ont alors été soumis à un droit commun, le *jus gentium*, lequel n'a reçu qu'une application partielle dans les matières commerciales, faisant ainsi subsister le personalisme dans les autres types de relations juridiques (b).

a) L'émergence du personalisme dans les relations juridiques au regard du droit civil romain

71. L'apparition d'un droit des cités. Le personalisme, parallèlement au territorialisme, est né durant l'Antiquité et principalement en droit romain. En effet, dès l'époque de la République, « quand Rome (a soumis) à sa domination les peuples voisins », « elle ne les assimila pas aux citoyens de la Ville »²⁶¹. S'est alors installée à Rome l'idée de

²⁶¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, §11.

citoyenneté, entérinée notamment avec l'édit de Caracalla de 212. De cette citoyenneté est apparu le droit civil c'est-à-dire « le droit propre à chaque cité », « le droit civil par excellence étant bien entendu celui de la cité romaine »²⁶². Par conséquent, chaque citoyen appliquait le droit propre à sa cité²⁶³. De plus, à l'origine, le droit romain coexistait « avec celui des autres cités, et dès l'époque ancienne il (avait) fallu organiser les rapports entre Romains et pérégrins »²⁶⁴. De là ont débuté les conflits de lois et notamment « lorsqu'on (a admis) à Rome que les pérégrins devaient être soumis à leurs institutions nationales, notamment pour leurs relations de famille et pour les questions de successions »²⁶⁵.

72. Du droit des cités à la personnalité des lois. En outre, de ce droit des cités s'est formé un régime de la personnalité dans la mesure où le droit civil romain « (régissait) les citoyens Romains de Rome et les citoyens Romains de province » et où « les lois pérégrines (s'adressaient) aux ressortissants de ces cités et peuples »²⁶⁶. Ainsi les Romains se sont vus appliquer un droit qui leur est propre²⁶⁷, tout comme les pérégrins. C'est pourquoi on a parlé de « loi de l'*origo* » laquelle « s'appliqu(ait) à la personne et son extension » et « détermin(ait) ainsi la jouissance des droits de l'intéressé, qui n'a accès qu'aux institutions que cette loi connaît et non aux institutions organisées par les autres lois »²⁶⁸. Ainsi, les origines du droit sont celles du droit des cités de l'Antiquité, lequel est marqué par une approche personnaliste puisque chaque loi est l'attribut d'une personne ou d'un citoyen. Le concept de personnalisme constitue un héritage de l'Antiquité. Finalement de cette nouvelle aspiration a débuté le conflit de lois dans la mesure où droit romain et droit pérégrin se sont trouvés nécessairement confrontés l'un à l'autre du fait des échanges et déplacements. Cette confrontation donna alors naissance à une nouvelle sorte de droit, le *jus gentium*, qui a été le précurseur du droit international privé.

²⁶² J.-M. Carbasse, *op. cit.*, § 36.

²⁶³ Voir notamment en ce sens : Y. Thomas, « Le droit d'origine à Rome : Contribution à l'étude de la citoyenneté », *RCDIP* 1995, p. 253.

²⁶⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 130.

²⁶⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 113.

²⁶⁶ B. Ancel, P. I, T. I, Ch. III, S.1, § 2, A. « Relations d'ordre personnel », *op. cit.*, p. 55 et s.

²⁶⁷ Voir en ce sens : M. Foelix, *op. cit.*, § 3 : « Le citoyen romain était régi par le droit civil romain, par rapport à sa personne et à ses biens, même lorsqu'il se trouvait hors de l'Empire ; les actes passés entre citoyens romains en pays étranger devaient être appréciés selon le droit romain ».

²⁶⁸ *Ibid.*

b) *Le maintien du personnalisme dans les relations juridiques malgré l'apparition du jus gentium*

73. L'élaboration d'un jus gentium dans les relations commerciales. Du droit des cités a débuté le conflit de lois. Effectivement, « comme les relations privées sont naturelles et nécessaires à l'intérieur d'une même dénomination politique, il fallut un droit des relations entre citoyens et pérégrins : ce fut le *jus gentium* »²⁶⁹. Pour reprendre la définition d'Ulpien, « le droit des gens est celui dont usent tous les peuples », il est « commun à tous les hommes : les animaux n'y ont pas accès »²⁷⁰. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un droit international privé, mais d'« un ensemble de règles substantielles applicables à une catégorie spéciale d'individus »²⁷¹. Par conséquent, est en quelque sorte créée une législation propre à la résolution des conflits de lois²⁷². Cependant, le *jus gentium* « ne réglait apparemment que les relations commerciales »²⁷³ en sélectionnant « parmi les institutions, pratiques et usages ceux qui convenaient le mieux au commerce international »²⁷⁴. En conséquence, toutes les autres relations, non commerciales, devaient être réglées d'une manière différente. Ainsi, « les lois pérégrines durent être « reconnues » par les juristes Romains : le préteur pérégrin, créé en 242 av. J.-C. fut chargé de les appliquer essentiellement en matière de relations de famille »²⁷⁵.

74. Le maintien de la personnalité des lois dans les autres relations. D'une part, le *jus gentium* n'a pas réussi à englober toutes les relations juridiques entre Romains et Pérégrins, laissant ainsi subsister un conflit de lois lequel conduisait à « l'application par un même juge de lois différentes suivant l'origine des parties »²⁷⁶. Ainsi, « le juge détermin(ait) l'empire de chaque loi »²⁷⁷ sur la base d'un élément de rattachement qui était donc l'origine. Cet élément de rattachement atteste de la marque du personnalisme dès les premiers conflits de lois sous l'Antiquité puisque tout conflit était résolu au regard de l'origine de chacune des parties. D'autre part, la mise en place d'un système de droit matériel dans l'hypothèse d'un conflit de lois s'avère toujours d'une extrême difficulté et demeure plus facile pour des relations commerciales que pour celles qui sont personnelles ou familiales. Cette difficulté est

²⁶⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 11.

²⁷⁰ J.-M. Carbasse, *op. cit.*, § 36.

²⁷¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 113.

²⁷² M. Foelix, *op. cit.*, § 3 : « Les rapports entre les citoyens romains et les étrangers, ou entre étrangers, furent appréciés par les juges romains selon le *jus gentium* ».

²⁷³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 130.

²⁷⁴ B. Ancel, P. I, T. I, Ch. III, S.1, § 2, A. « Relations d'ordre personnel », *op. cit.*, p. 55 et s.

²⁷⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 11.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.*

issue de la diversité culturelle propre à chaque peuple ou à chaque citoyenneté dans leurs conceptions du statut personnel et du statut familial. Il s'agit une fois encore de la marque du personnalisme puisque ce ne sont que les matières détachées de la personne qui ont pu faire l'objet d'une réglementation de fond. D'ailleurs, le statut personnel et le statut familial sont aujourd'hui combinés au domicile et à la nationalité en tant que facteurs de rattachement dans la mesure où ce sont des attributs de la personnalité.

75. L'extinction du conflit de lois durant l'Empire. Puis, « l'Empire supprima le problème du conflit de lois, notamment en généralisant l'application du droit romain et en modérant le *jus gentium*, progressivement intégré aux constitutions impériales et soumis à l'interprétation jurisprudentielle »²⁷⁸. Ainsi « à l'époque de Justinien ne subsistait qu'un droit unique (...) applicable dans tout l'Empire »²⁷⁹. « Mais le problème, éliminé des relations intérieures à l'Empire, devait renaître quand des rapports s'établirent entre les habitants de l'Empire et ceux du dehors, les Barbares »²⁸⁰. La naissance de ces nouveaux rapports a conduit aux invasions barbares et au système de la personnalité des lois.

2) Le développement du personnalisme par les Barbares du Haut Moyen Âge

76. Si le personnalisme est né sous l'Antiquité, il a été réemployé durant le Haut Moyen Âge à la suite des invasions barbares afin de devenir la base de leur système juridique (a). C'est ainsi, qu'a été mis en place le dispositif de la personnalité des lois conduisant à établir un système juridique de droit privé sur la base d'un sentiment d'identité nationale, laquelle sera réemployée en droit international privé à la fin de l'Ancien Régime (b).

a) *Le personnalisme favorisé par l'absence d'unité législative issue des invasions barbares*

77. Les invasions barbares. « En Occident, l'empire romain s'effondre au cours du Vème siècle »²⁸¹, et débute alors « l'invasion de l'Europe occidentale par différents peuples barbares », « chacun de ces peuples (Wisigoths, Lombards, Burgondes, Alamans, Francs...) ayant (leurs) propres coutumes »²⁸². Par conséquent, en envahissant le monde romain, ils ont apporté leurs propres lois, et étant des peuples nomades, « ils n'étaient liés à aucun

²⁷⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 130.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 11.

²⁸¹ J.-M. Carbasse, *op. cit.*, § 57.

²⁸² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 131.

territoire », et « la base de l'Etat barbare était constituée par la population et non par un territoire »²⁸³.

78. L'instauration du droit du peuple. Les barbares se sont donc « débarrassés depuis 476, (...) de toute véritable soumission à un pouvoir central »²⁸⁴, le droit devenant ainsi le droit du peuple et non plus le droit d'un territoire²⁸⁵. « On admit pour cette raison la coexistence sur un même territoire de plusieurs systèmes juridiques »²⁸⁶. Par conséquent « chacun vit (...) suivant la loi de sa nation » et « cette loi, qu'elle soit romaine, wisigothe, burgonde, salique, ripuaire, lombarde, bavaroise, hébraïque, n'a rien de territorial mais est personnelle à ceux auxquels elle s'applique »²⁸⁷. De là, est apparu le système de la personnalité des lois fondé sur ce concept selon lequel le droit est le droit du peuple²⁸⁸.

79. La réapparition du personalisme. Comme le territorialisme, les conceptions juridiques du droit, puis du droit international privé, sont nées des contextes politiques d'une époque. Le système de la personnalité des lois, dans sa concrétisation la plus extrême au moment des invasions barbares, a été la conséquence de ces invasions par ces différents peuples. Ainsi, le personalisme, objet d'une politique de l'époque, s'est pourtant répandu pour finalement devenir un des fondements de la conceptualisation du droit international privé²⁸⁹. Or, tout comme le territorialisme, le personalisme s'associe à une politique étatique c'est-à-dire à une idéologie publiciste. Pour autant, le personalisme a été consacré en tant que système propre.

b) *L'édification d'une société fondée sur le système de la personnalité des lois au Haut Moyen Âge*

80. La mise en place d'un système de personnalité des lois. Jusqu'à l'époque féodale, les descendants de Clovis, les Mérovingiens, puis les Carolingiens ont mis en place un nouveau régime juridique, celui de la personnalité des lois. « Dans un territoire où coexistent plusieurs ethnies différentes, chacune d'entre elles conserve son droit propre, et

²⁸³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 114.

²⁸⁴ B. Ancel, P. I, T. II, Introduction, I. « Le temps de la territorialité », *op. cit.*, p. 70.

²⁸⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 114.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ P. Arminjon, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1947, § 37.

²⁸⁸ Voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 357-1 : « Au cours du Haut Moyen Âge, les barbares envahissent le monde romain et apportent leurs propres lois. Dès lors, sur le même territoire, coexistent plusieurs systèmes juridiques. Mais chacun est soumis à sa loi nationale ; c'est le système de la personnalité des lois. Il n'y a donc pas à proprement parler de conflit de lois, car on ne peut pas appliquer à un individu une loi autre que celle du groupe auquel il appartient ».

²⁸⁹ Voir en ce sens note n°173 ; le personalisme étant né notamment sous la plume d'Accurse lors de la découverte de la théorie des statuts.

chaque personne est jugée selon le droit du groupe ethnique auquel il appartient »²⁹⁰. Donc, « la loi applicable dépend(ait) de la personne intéressée »²⁹¹, ou plus exactement « chacun était soumis à sa loi nationale »²⁹². C'est ainsi que se date le personnalisme c'est-à-dire à l'époque du Haut Moyen Âge et qu'émerge l'idée d'intégrer la personne au sein du système de droit privé.

81. Un système issu d'un fort sentiment d'identité nationale. En réalité, « ce phénomène de la coexistence sur un même territoire de plusieurs lois applicables simultanément à différentes catégories de citoyens (...) se retrouve quand (vivent) sur un même territoire plusieurs populations d'origines, de mœurs, ou de développements trop différents pour que l'unité législative soit praticable »²⁹³. Le contexte politique et culturel de l'époque justifiait donc le recours à la personnalité des lois ; comme cela a été le cas à une période de l'Antiquité. En effet, les populations « sont attachées à leurs lois qui jusqu'alors définissaient leur condition sociale » et les Barbares « sont d'autant moins enclins à priver les populations subjuguées du bénéfice de leurs lois qu'ils (revendiquaient) pour eux-mêmes le droit de chacun à vivre sous sa loi, sous la loi de sa communauté d'origine, lequel participe du sentiment d'identité et est un élément de la civilisation des anciens Germains »²⁹⁴.

82. L'apparition de l'idéologie personnaliste en droit international privé. Finalement, le cadre politique de l'époque, animé d'un sentiment d'identité nationale, a préféré opter pour un système de personnalité des lois plutôt que de territorialité. Cette idéologie a contribué à la mise en place d'une conception personnaliste voire nationaliste du système de droit privé, et plus tard de droit international privé. Parallèlement au territorialisme, il semblerait donc que les moteurs des systèmes de droit des conflits de lois soient publicistes et plus précisément soient le territorialisme ou le personnalisme. Quoi qu'il en soit, si le personnalisme est issu de l'Antiquité et du Haut Moyen Âge, il a servi de fondements aux futures doctrines à la fin de l'Ancien Régime, puisqu'elles ont créé une méthode propre au droit des conflits de lois sur cette base.

²⁹⁰ J.-M. Carbasse, *op. cit.*, § 70.

²⁹¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, §12.

²⁹² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 114.

²⁹³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, §12.

²⁹⁴ B. Ancel, P. I, T. II, Introduction, I. « Le temps de la territorialité », *op. cit.*, p. 70 et 71.

B. LA RECONNAISSANCE EUROPEENNE DU PERSONNALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE A LA FIN DE L'ANCIEN REGIME

83. La théorisation personaliste du droit international privé, contrairement au territorialisme, n'est intervenue que tardivement, soit à partir du XIX^{ème} siècle, en raison du contexte politique, notamment à la suite des diverses Révolutions de l'époque (1). Pour autant cette systématisation personaliste du droit international privé et spécifiquement du droit des conflits de lois a su perdurer et être diffusée durant le XX^{ème} siècle en raison des aspirations publicistes de l'époque (2).

1) L'apparition du système personaliste de droit des conflits de lois au XIX^{ème} siècle

84. Si le personalisme existe depuis l'Antiquité, il n'a été systématisé qu'au XIX^{ème} siècle par un auteur italien, Mancini (a). Puis, en tant que nouveau fondement juridique de la discipline, il s'est diffusé dans la foulée dans toute l'Europe (b).

a) La première systématisation personaliste par Mancini

85. Le premier théoricien de la personnalité du droit en droit international privé. Mancini « s'est fait le champion » du personalisme²⁹⁵. En effet, sa doctrine est intervenue postérieurement à la Révolution italienne de 1848, à la suite de laquelle les Italiens ont souhaité « unir dans une seule nation libre les principautés d'Italie, tenues séparées par la domination d'Etat »²⁹⁶. En outre, « le sentiment nationaliste se répandait en Europe au XIX^{ème} siècle à mesure que différents peuples formant une communauté et jusque-là politiquement séparés ou sous domination étrangère cherchaient à réaliser leur unité ou à acquérir leur indépendance »²⁹⁷. Mancini s'est ainsi fait le défenseur du nationalisme.

« Mancini était en droit public le défenseur du principe des nationalités, d'après lequel les Etats doivent être des communautés d'individus unis par la race, la langue, la religion, les traditions historiques, etc., de sorte que la puissance territoriale de l'Etat n'est qu'un despotisme quand elle ne correspond pas à la nationalité des sujets »²⁹⁸. Par conséquent, selon lui, « c'est la communauté nationale, en droit international public, et, par voie de conséquence, c'est la personnalité du droit, en droit international privé, qui seuls méritent

²⁹⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 75.

²⁹⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 137.

²⁹⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 147.

²⁹⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 137.

considération »²⁹⁹. Autrement dit, « (sa) théorie repose sur le postulat que les relations des individus avec un Etat (et avec les lois de celui-ci) dépendent moins d'un territoire que de l'appartenance à une nation »³⁰⁰.

86. Du territorialisme au personalisme. Ainsi, Mancini a poursuivi l'ancienne démarche qui fut celle des statutaires et notamment de d'Argentré et des Hollandais, mais a milité pour un autre critère : la nationalité³⁰¹, car selon lui, la nationalité est le fondement du droit des gens³⁰². Contrairement à la doctrine territorialiste antérieure, le système de droit des conflits de lois est alors devenu personaliste pour faire de la loi personnelle le principe, malgré le maintien de certaines exceptions.

87. L'avènement d'un système international en dépit de son origine publiciste. La naissance de ce nouveau système en droit des conflits de lois, dont le principe est celui de la loi personnelle, ne fait que confirmer l'origine publiciste de la matière. Le droit international privé s'est, effectivement, systématisé autour de deux grandes doctrines que sont le personalisme et le territorialisme. Il est donc impossible de considérer que le système de droit des conflits de lois se soit construit au regard d'aspirations neutres ou privatistes. Néanmoins, contrairement aux autres systèmes proposés sous l'Ancien Régime, celui mis en place par Mancini a l'avantage d'être internationaliste malgré son fondement sur le sentiment national, puisque « l'application aux étrangers de leur loi nationale n'est pas considérée comme l'effet d'une notion un peu vague de courtoisie, mais celui d'une véritable obligation internationale »³⁰³. En outre, même si la doctrine de Mancini est critiquable, elle a le mérite de prendre en compte l'étranger. De plus, l'influence de celle-ci ne peut être déconsidérée dans la mesure où « elle (a eu) un puissant rayonnement, non seulement en Italie, mais à travers le monde et exerça son influence non seulement sur les théoriciens du droit, mais aussi sur les rédacteurs de bien des lois et les négociateurs de bien des traités »³⁰⁴. En effet, sa théorie a été poursuivie en Europe durant tout le XIX^{ème} siècle.

²⁹⁹ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *J.-Cl. Droit international*, 1959, Fasc. 530 B, § 6.

³⁰⁰ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 214.

³⁰¹ B. Ancel, P. I, T. III, S.-T. I, Ch. I, S.1, § 1, « La doctrine de Mancini dans une coquille de noix », *op. cit.*, p. 441.

³⁰² P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 75.

³⁰³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 147.

³⁰⁴ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 6.

b) *La propagation du personalisme en droit international privé européen au XIX^{ème} siècle*

88. La réception européenne du personalisme. En France, durant la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, les auteurs se sont montrés en grand nombre personalistes³⁰⁵. En réalité, « le personalisme fut (...) professé par toute une lignée d'auteurs en Europe continentale, notamment en Italie, en Allemagne, en Belgique (Laurent) et en France (Weiss, Despagnet, Valéry) »³⁰⁶. Pour en prendre illustration, Arminjon a évoqué Laurent, en affirmant qu'il a étendu la portée de ladite doctrine. Il a cité notamment une formule de Laurent, inspirée de l'école italienne, selon laquelle « chacun peut invoquer partout la loi de sa nation, pourvu qu'elle ne porte pas atteinte au droit public de l'Etat devant les tribunaux duquel il en demande l'application »³⁰⁷. D'après lui, « la société internationale doit assurer la coexistence des lois nationales en arrêtant l'effet de l'une quand il y a lésion pour une autre »³⁰⁸. Il a alors su « faire preuve (...) de pragmatisme dans la recherche de solutions négociées pour parvenir à l'unification du règlement des conflits de lois »³⁰⁹. De plus, « les professeurs français qui ont inauguré, en 1880, l'enseignement du droit international privé, lors de son introduction dans les facultés de droit, ont pour la plupart à cette époque, exposé la science nouvelle à leurs étudiants, puis à leurs lecteurs, en la plaçant dans le cadre de la théorie de « la nationalité ou de la personnalité du droit » »³¹⁰.

89. Le personalisme comme second fondement de la discipline. En résumé, la doctrine personaliste s'est bien diffusée en Europe au XIX^{ème} siècle dans le cadre de sa systématisation. Le personalisme constitue donc le second fondement sur lequel s'est construit le droit international privé et spécialement le droit des conflits de lois. Sa diffusion au XX^{ème} siècle en atteste davantage.

2) **La diffusion du personalisme en droit international privé durant l'Europe du XX^{ème} siècle**

90. Encore au XX^{ème} siècle, l'absence de scission nette entre les sphères publiques et privées à l'égard du droit international privé se fait ressentir. La doctrine personaliste ne

³⁰⁵ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 6.

³⁰⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 148

³⁰⁷ P. Arminjon, *op. cit.*, § 49, citant spécialement F. Laurent, *Droit civil international*, Ed. Paris Bruxelles : A. Marecq Bruylant-Christophe & ce, 1880-1881, I, p. 627.

³⁰⁸ J.-L. Halpérin, Ch. III, 1) « Les avancées du personalisme », in *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999, p. 88 et s.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ P. Arminjon, *op. cit.*, § 50.

s'est pas éteinte au lendemain du XIX^{ème} siècle pour perdurer durant le XX^{ème} siècle sous la plume de nouveaux auteurs, lesquels se sont efforcés de rajeunir cette doctrine sur la base d'arguments publicistes, comme Zitelmann (a) et Pillet (b).

a) *Le maintien d'un personalisme essentiellement étatique par Zitelmann*

91. Le personalisme conditionné par l'autorité législative de l'Etat. Zitelmann, auteur allemand du XX^{ème} siècle, a repris les bases du personalisme, pour fonder sa doctrine sur la notion de droit subjectif et d'autorité législative de l'Etat. « Le droit subjectif privé est un pouvoir conféré par l'Etat dans l'exercice de sa puissance législative au moyen de règles impératives ou permissives » et « pour que l'Etat puisse conférer ou refuser un droit subjectif à une personne, il est nécessaire qu'il ait sur elle, conformément au droit des gens, un pouvoir juridique correspondant », et « cette compétence trouve sa mesure dans la puissance effective de l'Etat sur l'objet des droits subjectifs au moment de l'acquisition ou de la perte de ces droits »³¹¹.

En réalité, comme l'a affirmé Frankenstein, un de ses partisans de l'époque, Zitelmann est parti de l'idée d'une communauté des Etats du point de vue du droit international public, considérant qu'une telle communauté ne peut exister que si chaque Etat respecte l'autre. Ainsi chaque Etat doit reconnaître aux autres le pouvoir légal de conférer des droits subjectifs. Frankenstein a ajouté que, selon Zitelmann, « l'Etat n'a ce pouvoir légal que sur ses propres nationaux », il « fait donc dériver de l'idée de la communauté des Etats l'idée que l'homme ne relève que de son droit national quant à ses obligations »³¹².

92. Un personalisme demeurant publiciste. Le personalisme reste donc un fondement du droit international privé mais dont l'utilisation est, réellement, affiliée à des considérations publicistes. Si tel a été le cas en Allemagne, il en a été de même en France.

b) *La défense d'un personalisme souverainiste par Pillet*

93. Le personalisme en réponse au conflit de souverainetés. Aujourd'hui la doctrine de Pillet est qualifiée de « personalisme constructif »³¹³. En effet, sa doctrine se situe à mi-chemin entre le personalisme et la nécessaire territorialité des lois³¹⁴. L'auteur est parti d'idées publicistes, ainsi « le droit international privé est une branche du droit

³¹¹ P. Arminjon, *op. cit.*, § 54.

³¹² E. Frankenstein, Ch. I, III. « La tendance internationale », in « Tendances nouvelles du droit international privé », *RCADI*, 1930, vol. n°33, § 4.

³¹³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 138.

³¹⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 149.

international public, car régler des conflits de lois, c'est régler des conflits de souveraineté »³¹⁵. En conséquence, il considère que « lorsqu'on opte pour une loi, on limite la compétence d'un Etat au profit de celle d'un autre Etat et, s'agissant de rapports entre Etats, toute solution rationnelle doit respecter les intérêts des deux Etats en présence »³¹⁶. Pour y parvenir, il a exposé qu'il convenait d'emprunter la solution internationale des conflits à la nature de la loi³¹⁷ et plus précisément il a prétendu « résoudre les conflits de lois en déterminant le but social de la loi »³¹⁸.

94. La solution du conflit de lois recherchée dans le but social de la loi. Il a exposé en conséquence que « l'harmonie, but dernier de notre science, ne peut être établie entre les lois des peuples différents, qu'en considérant chacune d'entre elles ou bien comme territoriale ou bien comme extraterritoriale »³¹⁹. Pour y parvenir, il a développé sa doctrine sur la généralité et la permanence des lois³²⁰.

95. Le retour incontesté du souverainisme. En revanche, si Pillet par son universalisme a tenté d'établir une harmonie entre nations, d'inspiration à la fois personnaliste et territorialiste, il a célébré le retour du souverainisme. En effet, « la théorie de Pillet est (...) marquée par la conception de l'époque assimilant le conflit de lois à un conflit de souverainetés, indépendamment de la nature privée des questions à résoudre »³²¹. En résumé, la doctrine de Pillet opère une fusion entre les deux fondements traditionnels du droit international privé. C'est pourquoi au regard de toutes les doctrines fondatrices de la discipline, qu'elles soient antérieures ou postérieures à l'Ancien Régime, elles défendent une conception de la matière publiciste.

96. L'incompatibilité du souverainisme avec la neutralité du droit des conflits de lois. L'approche souverainiste à laquelle ont été soumis les différents systèmes empêche de créer des règles de conflit de lois neutres et plus exactement exemptes des politiques

³¹⁵ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 21 ; et voir en ce sens : J.-L. Halpérin, Ch. III, 3) « Une montée en puissance du nationalisme juridique », *op. cit.*, p. 106 et s., lequel expose la doctrine de Pillet : « Parce qu'il croyait que le droit international devait être unique pour toutes les nations, il fut toujours un internationaliste rattachant les conflits de lois au droit des gens et un admirateur de Savigny » ; « Il rompait le front, jusque-là uni, entre personnalistes et internationalistes en replaçant le débat sur le terrain du droit public et des intérêts étatiques. Déclarer que le droit international privé concernait directement la souveraineté des Etats, que les conflits de lois étaient des « conflits de souveraineté » revenait à repousser l'idée d'une réalisation progressive d'une communauté de droit entre Etats européens sur la base du droit privé ».

³¹⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 138.

³¹⁷ A. Pillet, *op. cit.*, § 107.

³¹⁸ P. Arminjon, *op. cit.*, § 55.

³¹⁹ A. Pillet, *op. cit.*, § 108.

³²⁰ Cf. *infra* § 171 et s.

³²¹ B. Audit et L. d'Avout *op. cit.*, § 149.

étatiques. Chaque système proposé n'est que la conséquence d'une politique donnée. Or, l'étude du droit international privé contemporain ne fera que le confirmer. En effet, la constitution du droit des conflits de lois est jusqu'à aujourd'hui imprégnée par ces vieilles considérations.

SOUS-SECTION 2 : LE DEVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE CONTEMPORAIN SOUS L'INFLUENCE DU TERRITORIALISME ET DU PERSONNALISME

97. Les aspirations au fondement du droit international privé ont su traverser les différentes périodes de l'histoire. A la fin de l'Ancien Régime, et au début de la codification du droit, la discipline ne s'est pas développée en rupture avec les doctrines de l'Ancien Droit³²². Par conséquent, elle a continué à être développée sur la base des doctrines territorialistes et personalistes que ce soit en théorie ou en pratique (§1). Puis, ce mouvement qui a émergé dès la fin de l'Ancien Régime, s'est maintenu jusqu'à l'époque moderne (§2).

§ 1 – L'ADHESION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE AUX PHILOSOPHIES SOUVERAINISTES DES LA FIN DE L'ANCIEN REGIME

98. A la fin de l'Ancien Régime et postérieurement à la Révolution, un Etat nouveau est né. Pourtant le droit international privé n'a pas fait table rase du passé et a utilisé les fondements juridiques auxquels il a toujours eu recours. C'est pourquoi au XIXème siècle, la tradition territorialiste issue de l'ancienne théorie des statuts est reprise en tant que fondement, et plus précisément, en tant que source du droit des conflits de lois (A). Cependant, l'apanage de cette discipline n'est plus demeuré uniquement territorialiste, une place a été faite au personalisme en raison du mouvement nationaliste qui s'est propagé en Europe sous l'influence de la doctrine de Mancini (B).

A. LA POURSUITE DE LA PHILOSOPHIE STATUTAIRE AU XIXEME SIECLE

99. La fin de l'Ancien Régime n'a pas entraîné la chute de la tradition territorialiste en droit international privé. Au contraire, cette doctrine a su perdurer et traverser la Révolution pour continuer à être prônée par divers théoriciens, notamment jusqu'au XXème siècle (1). De plus, le territorialisme a su dépasser le stade purement doctrinal pour devenir

³²² Voir en ce sens : G.-R. Delaume, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Thèse, Paris, 1946, Sirey, 1947, et spéc. § 2, lequel expose notamment qu'à la fin de l'Ancien régime « l'esprit qui anime toute (la) jurisprudence, c'est un esprit essentiellement nationaliste et territorialiste ».

une réelle source en droit international privé interne et notamment un fondement textuel et jurisprudentiel (2).

1) L'effectivité de la doctrine territorialiste à la fin de l'Ancien Régime

100. A la fin de l'Ancien Régime, la doctrine territorialiste est toujours en vigueur. Elle est donc réemployée au XVIII^{ème} siècle par les auteurs français influencés par la doctrine hollandaise du XVII^{ème} siècle (a). Puis, elle l'est également au XIX^{ème} siècle grâce au développement de la doctrine du droit naturel développée depuis le XVII^{ème} siècle (b).

a) *Le maintien du territorialisme en droit international privé au XVIII^{ème} siècle*

101. La reprise du principe de territorialité par la doctrine française. Le territorialisme issu du système féodal et systématisé au Moyen Âge sous la plume de d'Argentré a su traverser les siècles et conserver son caractère de fondement du droit international privé à la fin de l'Ancien Régime, notamment au XVIII^{ème} siècle grâce à certains auteurs français, et principalement à Froland, Boullenois et Bouhier. « Ces auteurs n'ont pas à proprement parler constitué une école indépendante » et « ont subi l'influence concurrente de Dumoulin et d'Argentré », leurs doctrines étant variables de l'une à l'autre³²³.

Comme l'a affirmé Arminjon, « Froland, Boullenois et Bouhier élargirent la brèche faite par leurs prédécesseurs du siècle précédent au principe de la territorialité qui leur semblait cependant à eux aussi incontestable »³²⁴. Il en ressort qu'« ils (ont été) les continuateurs de d'Argentré » ; « ils se (sont fait) une conception assez étroite de l'idée de souveraineté de la loi », et « la loi n'est souveraine que dans les limites du territoire et est faite pour être appliquée sur le territoire ; c'est l'application stricte du principe de territorialité »³²⁵. En conséquence, la doctrine du territorialisme a traversé les siècles et a continué d'être l'appui de la doctrine française du XVIII^{ème} siècle, et donc de la doctrine du droit des conflits de lois.

102. Une doctrine française imprégnée de souverainisme. De plus, les auteurs français ont subi parallèlement l'influence directe de la doctrine hollandaise, la *comitas gentium*, notamment en ce qu'« ils ne (tempéraient) l'application de la loi locale que par le jeu de l'idée de courtoisie et qu'ils se (refusaient) à admettre qu'il y ait une obligation juridique

³²³ Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 132.

³²⁴ P. Arminjon, *op. cit.*, § 40.

³²⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 132.

pour le législateur local d'appliquer la loi étrangère »³²⁶. Les auteurs français, inspirés par les prédécesseurs français, se sont donc imprégnés de la conception souverainiste de l'Europe à la fin de l'Ancien Régime³²⁷. Une nouvelle fois, cette idéologie constitue le socle de la construction du système de droit des conflits de lois envisagé par ces auteurs. Il ne faut donc pas oublier que jusqu'au XVIIIème siècle, le conflit de lois est toujours conçu comme « des conflits de souverainetés »³²⁸, justifiant ainsi l'emprise du territorialisme dans les doctrines de droit international privé. De la même manière, elles n'ont pas été épargnées par la doctrine du droit naturel dont l'essor se situe à la fin de l'Ancien Régime.

b) *L'emploi du naturalisme à l'appui d'un droit international privé territorialiste*

103. La doctrine du droit naturel au XVIIème. Dès le XVIIème siècle, sous la principale influence de Grotius et Pufendorf, apparaît la doctrine du droit naturel assimilée au droit des gens, lequel n'est plus défini comme du temps de l'Antiquité. Pour reprendre les propos de Hobbes, « le droit naturel et le droit des gens, proprement ainsi nommé et considéré comme une loi qui émane d'un supérieur, n'est autre chose que le droit naturel lui-même, appliqué, non aux hommes envisagés simplement comme tels, mais aux peuples, aux nations, aux Etats ou à leurs chefs, dans leurs relations qu'ils ont ensemble, et dans les intérêts qu'ils ont à ménager entre eux »³²⁹. Le Professeur Coujou a notamment affirmé qu'« il y a certainement un droit des gens universel, de nécessité, obligatoire par lui-même » et « qui est par conséquent immuable, et dont les peuples ou leurs souverains ne sauraient se dispenser, même d'un commun accord, sans manquer à leur devoir »³³⁰.

104. L'assimilation de la courtoisie internationale à une obligation naturelle. Sur la base de cette théorie d'une importance considérable pour l'époque, certains internationalistes ont trouvé les fondements du droit international privé dans le sens où il semble possible de pouvoir justifier la notion de courtoisie internationale au regard du droit

³²⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 132.

³²⁷ Voir en ce sens : M. Foelix, *op. cit.*, § 10 et 11 lequel considérait « qu'aucun Etat, aucune nation, ne peut, par ses lois, affecter directement, lier ou régler des objets qui se trouvent hors de son territoire, ou affecter et obliger les personnes qui n'y résident pas, qu'elles lui soient ou non soumises par le fait de leur naissance » et affirmait que « tous les effets que les lois étrangères peuvent produire dans le territoire d'une nation dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cette nation » ; « une nation n'étant point obligée d'admettre dans son territoire l'application et les effets des lois étrangères, elle peut indubitablement leur refuser tout effet dans ce territoire : elle peut prononcer cette prohibition à l'égard de quelques-uns seulement, et permettre que d'autres produisent leurs effets en tout ou en partie ».

³²⁸ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 68.

³²⁹ J.-P. Coujou, Ch. VI, in *Principes du droit naturel*, Dalloz, 2007, § 5, p. 129 et s., citant Hobbes.

³³⁰ *Ibid.*, § 2, p. 61 et s.

naturel, en tant que coutume ou plus précisément en tant qu'obligation naturelle³³¹. Par conséquent, la théorie du droit naturel a permis à certains auteurs de poursuivre, voire même de justifier parfaitement, leur systématisation du droit international privé sur le fondement du territorialisme. En effet, comme l'a expliqué Pillet, certains jurisconsultes avaient recours au droit naturel, en ce sens qu'« ils cherchaient la solution du problème dans une obligation naturelle des Etats les uns à l'égard des autres, ou dans ce qui convient le mieux à la nature des rapports objets de notre science »³³². C'est notamment le cas de Gabriel de Vareilles-Sommières, lequel au XIX^{ème} siècle, a réaffirmé « le principe de territorialité »³³³. Selon lui, la loi est territoriale, « mais cette territorialité constituant un principe international s'impose non seulement à l'Etat de la loi duquel il s'agit, mais à tout autre »³³⁴.

105. La persistance du territorialisme en doctrine. Sans qu'il soit nécessaire d'étudier davantage la doctrine de ce dernier auteur, il convient de considérer que le territorialisme s'est maintenu jusqu'à la fin de l'Ancien Régime³³⁵, et même postérieurement, en raison des considérations de l'époque, et notamment de la forte influence des doctrines du droit naturel et du souverainisme. Or, le territorialisme n'a pas fait que perdurer au travers des doctrines du droit international privé, il a également su intégrer le droit positif au lendemain de la Révolution française.

2) L'illustration du territorialisme par les premières sources du droit des conflits de lois interne dès le XIX^{ème} siècle

106. A la fin de l'Ancien Régime, en raison de l'unification du droit en France, sont apparus les premiers textes relatifs aux conflits de lois à raison de la codification du droit français laquelle a repris à son compte l'idéologie du territorialisme issue de la théorie des statuts (a). De surcroît, à raison du vide juridique subsistant malgré les nouvelles dispositions textuelles, la jurisprudence a aussi choisi d'interpréter les textes issus de la codification autour du principe de territorialité des lois datant de l'Ancien Régime (b).

³³¹ M. Foelix, *op. cit.*, § 14 : « Le principe d'application des lois étrangères, dans le territoire d'une nation, appartient, non au droit privé, mais au droit des gens : bien qu'il s'agisse au fond d'appliquer des dispositions du droit privé, cependant cette application n'a lieu que par suite de rapports de nation à nation ».

³³² A. Pillet, *op. cit.*, § 53.

³³³ C. Gavalda, *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Thèse, Paris, 1954, Sirey, 1955, § 39.

³³⁴ A. Pillet, *op. cit.*, § 54.

³³⁵ Pour aller plus loin, voir en ce sens : C. Freyria, « Les conflits de coutume en matière de successions dans le droit coutumier urbain des Flandres sous l'Ancien régime », *RCDIP* 1947, p. 249, lequel expose notamment le maintien de l'idéologie durant l'Ancien régime : « Le refoulement de la *lex rei sitae* (...) dans les cités italiennes et les villes français (...) n'est que partiel. Le recul de la coutume territoriale n'est observé que pour les meubles. Le principe d'application de la loi du lieu de situation, si fortement incrusté dans la pensée française, résiste victorieusement pour les immeubles ».

a) *La codification du territorialisme en droit des conflits de lois français*

107. La première codification du droit des conflits de lois français. À la suite de la Révolution française, sous l'influence de Napoléon, sont apparus les Codes civil et de procédure civile, lesquels constituent encore aujourd'hui des sources internes du droit international privé. Il s'agit, dès 1804, de la première codification des règles de droit international privé, notamment en droit des conflits de lois. A l'époque, « l'atmosphère régnante interdisait de songer à une conciliation résultant d'une entente entre les Etats », par conséquent « les codificateurs estimèrent qu'à tout le moins ils devaient donner des indications signalant comment en France, et au regard de la France, les conflits seraient résolus »³³⁶. Pour cela, il convenait de se référer principalement à l'article 3 du Code civil, lequel « est très incomplet puisqu'il ne vise que les lois de police et de sûreté, les immeubles et l'état et la capacité des personnes, ce qui laisse en dehors de son champ d'application une grande partie des matières de droit civil »³³⁷.

108. La codification du territorialisme. En outre, les dispositions contenues à l'article 3 du Code civil sont unilatérales, mais ont été bilatéralisées dans un souci d'équité et opèrent « un partage entre la territorialité et la personnalité du droit »³³⁸. « En soi l'article 3 ne constitue pas une promulgation légale du système antérieur »³³⁹. Cependant, le territorialisme, tout comme le personalisme, a été introduit comme fondement du droit international privé au sein du Code civil actuel. De plus, le caractère unilatéral des dispositions de l'article 3 du Code civil fait état des traces laissées par la philosophie souverainiste de l'époque³⁴⁰. La doctrine territorialiste a donc bien su influencer les premières sources textuelles du droit des conflits de lois, mais elle a davantage su s'immiscer dans la jurisprudence postérieure à la naissance du Code civil.

b) *La jurisprudence française territorialiste du XIX^{ème} siècle*

109. Le territorialisme intégré à la jurisprudence. Eu égard au laconisme de l'article 3 du Code civil, le territorialisme a pu s'imposer dans la jurisprudence française du XIX^{ème} siècle. En effet, jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, les solutions statutaires

³³⁶ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 A, § 22.

³³⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 134.

³³⁸ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 A, § 22.

³³⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, §274.

³⁴⁰ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 50 : « Du fait de l'intrusion de l'idée de souveraineté et du territorialisme que celle-ci impose, la démarche statutiste acquiert une autorité prépondérante sur la doctrine. C'est la théorie des statuts dont l'influence se ressent dans les premières codifications : l'article 3 du Code Napoléon se contente de délimiter le domaine dans l'espace de la loi française ».

régnait³⁴¹. Par conséquent si l'interprète n'était pas lié par les solutions de l'Ancien Droit, il était cependant parfaitement libre de faire appel à la tradition historique, et « la jurisprudence française ne s'en est pas privée »³⁴².

110. La consécration d'un principe général de territorialité. Ainsi, du Code civil et pendant un demi-siècle, « notre jurisprudence a été influencée par le principe de la territorialité des lois », elle avait « le mérite de concilier le principe de la territorialité avec l'existence exceptionnelle d'un statut personnel, ce qui facilitait la compréhension de l'article 3 alinéa 3, du Code civil »³⁴³. Par conséquent si « l'alinéa 2 de l'article 3 du Code civil soumet seulement à la loi française les immeubles sis en France », « la jurisprudence n'a pas eu d'hésitation à étendre cette solution (...), en la considérant comme l'expression particulière d'un principe général »³⁴⁴. Par conséquent, en sus de la doctrine, le territorialisme s'est maintenu, mais a également intégré les règles de conflit de lois françaises positives. Pour autant, le même phénomène s'est produit à l'égard du personalisme.

B. LA PROMULGATION DU NATIONALISME AU XIXÈME SIÈCLE

111. Si le territorialisme a perduré au XIXème siècle, postérieurement à la Révolution et conformément à la tradition de l'Ancien Régime, une place a également été faite au personalisme en raison du mouvement nationaliste se développant en l'Italie sous l'influence de Mancini et de ses successeurs³⁴⁵. Par conséquent, l'idéologie a pénétré le droit des conflits de lois tant au regard de ses sources textuelles de droit interne au XIXème siècle (1) que des sources jurisprudentielles et diplomatiques de l'époque (2).

1) La réception textuelle du personalisme au XIXème siècle en droit des conflits de lois interne

112. Le personalisme a été, en quelque sorte, le cœur de la période révolutionnaire, dans la mesure où il est la conséquence du développement du concept de souveraineté nationale issu de la pensée révolutionnaire du XVIIIème siècle (a). C'est pourquoi sur la base de cette souveraineté nationale, les codificateurs principalement européens, dès le XVIIIème siècle, ont intégré au sein de leur code civil le personalisme, et plus précisément le rattachement à la loi nationale (b).

³⁴¹ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, § 22.

³⁴² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 134.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 280.

³⁴⁵ Cf. *supra* § 82 et s.

a) *L'avènement du rattachement à la nationalité par le concept révolutionnaire de la souveraineté nationale*

113. Le personnalisme au soutien du concept de souveraineté nationale. La codification du droit international privé en France a engendré un partage entre territorialisme et personnalisme. L'intégration du personnalisme a été la conséquence du mouvement révolutionnaire mis en place et à la suite duquel s'est développé le concept de souveraineté nationale. En effet, à la suite de la Révolution, apparaît un Etat nouveau fondé « sur la souveraineté nationale et les droits de l'Homme »³⁴⁶. Par conséquent, « si l'ancienne France était une patrie, la nouvelle France se veut tout d'abord une Nation »³⁴⁷. Ainsi, sous l'influence des Lumières et notamment de Siéyès est apparue l'idée selon laquelle la nation est souveraine³⁴⁸.

114. L'apparition de la doctrine nationaliste en droit des conflits de lois. Le nouveau concept révolutionnaire de la souveraineté a marqué les esprits et, en parallèle, a provoqué la mise en place d'une doctrine nationaliste grâce à la théorie italienne de Mancini. Cette nouvelle conception de la souveraineté favorise donc l'insertion du personnalisme dans le droit des conflits de lois aux côtés du territorialisme. Par conséquent, « si l'ancienne idée de territorialité pouvait se maintenir sans modification, quitte cependant à être précisée, l'idée de personnalité était appelée à changer de portée et même de sens »³⁴⁹. Ainsi, « la loi personnelle de chaque intéressé devrait s'entendre essentiellement de sa loi nationale »³⁵⁰, justifiant l'essor du rattachement à la loi nationale à partir de la Révolution. Le personnalisme, traduit par le rattachement de la loi nationale, s'est donc imposé, en concurrence du territorialisme, dans les doctrines du droit international privé, mais aussi dans les sources textuelles du droit des conflits de lois en raison de la promotion d'une nouvelle idée de la souveraineté, à savoir la souveraineté nationale, concept encore d'actualité de nos jours.

b) *Le rattachement à la loi nationale intégré dans le Code civil en Europe*

115. La codification française du personnalisme. Le personnalisme a été réceptionné par les sources textuelles de droit interne en Europe, et notamment intégré dans le Code civil. En droit français, comme nous l'avons évoqué précédemment, l'article 3 du Code civil, synthèse entre territorialisme et personnalisme, et marque de la souveraineté, a établi en

³⁴⁶ J.-M. Carbasse, *op. cit.*, § 152.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 A, § 22.

³⁵⁰ *Ibid.*

son troisième alinéa que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étranger ». La bilatéralisation de cet article a alors conduit à considérer que le droit des conflits de lois français soumettait le statut personnel à la loi nationale³⁵¹.

116. La codification internationale du personalisme. Également, le personalisme « a naturellement inspiré le Code civil italien de 1865, puis le Code civil espagnol de 1889, le Code civil allemand de 1900, la loi polonaise de 1926 », et même hors d'Europe, « la loi japonaise de 1898, le Code civil brésilien de 1916, et le Code Bustamante de 1928 »³⁵². Par conséquent, la réception textuelle du personalisme dans les Codes civils de divers Etats européens, et du monde entier, suffit à considérer que le droit des conflits de lois codifié est fondé sur des aspirations personalistes, et plus précisément nationalistes.

117. Les sources textuelles du droit des conflits de lois d'essence souverainiste. Il ressort de cette étude que personalisme et territorialisme, englobés tous deux sous le prisme du souverainisme, sont les bases classiques des sources textuelles du droit des conflits de lois dont certains textes sont encore en vigueur aujourd'hui et applicables comme l'article 3 du Code civil français. De surcroît, le personalisme, tout comme le territorialisme a su s'imposer au-delà des sources textuelles, et donc même en jurisprudence et au sein des organisations internationales.

2) La réception jurisprudentielle et diplomatique du personalisme au XIX^{ème} siècle en droit des conflits de lois

118. Au-delà de la codification du personalisme dans l'article 3 du Code civil français, celui-ci a été reconnu par la jurisprudence française du XIX^{ème} siècle pour faire de la loi nationale le rattachement de principe du statut personnel (a). Cependant, le personalisme ne s'est pas contenté d'influencer la jurisprudence, il a été vecteur d'accords diplomatiques et a donné naissance à la Conférence de La Haye en 1893 (b).

a) *L'application de la loi nationale au statut personnel en jurisprudence au XIX^{ème} siècle*

119. La consécration du principe général de personnalité. Conformément à l'article 3 alinéa 3 du Code civil, la jurisprudence du XIX^{ème} siècle, du moins « les tribunaux ont déduit de l'article 3 alinéa 3 que le statut personnel est régi par la loi nationale » alors que le

³⁵¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 275.

³⁵² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 148.

texte vise seulement l'état et la capacité des Français. Or, les tribunaux ont considéré que le texte « impliquait un principe général » en vertu duquel le statut personnel est soumis à la loi nationale³⁵³. Ainsi, la loi nationale en tant que rattachement propre au statut personnel s'appliquait d'une part à l'état des personnes qui « englobe les règles relatives à leur identification individuelle et à leurs relations de famille » et d'autre part à la capacité des personnes³⁵⁴ qui « comprend les règles sur les incapacités générales et la protection des incapables »³⁵⁵.

120. L'intégration du personalisme en jurisprudence. En outre, il est apparu que, de manière générale, « en France et en Belgique, l'influence du personalisme se fit sentir en jurisprudence à la fin du XIX^{ème} »³⁵⁶ siècle ; et notamment en matière de successions mobilières, lesquelles étaient régies par la loi nationale du défunt, et non pas, par la loi de son dernier domicile, comme aujourd'hui³⁵⁷. Effectivement, au début du XX^{ème} siècle, la Cour de cassation a été amenée à confondre pratiquement la loi du domicile de droit et la loi nationale du défunt ; époque durant laquelle la doctrine « était favorable à une réforme du droit coutumier dans le sens du rattachement de la dévolution de tous les biens héréditaires à la loi nationale »³⁵⁸. En résumé, le personalisme, traduit sous forme de rattachement à la loi nationale, a bien été consacré par la jurisprudence aux côtés du territorialisme pour devenir un fondement du droit des conflits de lois. Cependant, le personalisme ne s'est pas introduit qu'au sein de la jurisprudence relative au droit international privé, il a aussi été le précurseur de nouvelles sources de droit international privé.

b) Le personalisme : facteur de nouvelles sources de droit international privé au XX^{ème} siècle

121. L'avènement de la Conférence de La Haye et de revues internationales. La doctrine personaliste, depuis Mancini, a eu une forte influence dépassant les sources

³⁵³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 276.

³⁵⁴ Ex. : Cass., Civ. 1^{ère}, 21 sept. 2005, n°04-10.217, *RCDIP* 2006, p. 100, note H. Muir-Watt ; *Dalloz* 2006, p. 1726, note F.-X. Morisset : « justifie légalement sa décision le tribunal qui prononce l'ouverture d'une tutelle en faisant application de la loi française après avoir relevé que la capacité des personnes était soumise à la loi personnelle ».

³⁵⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 277.

³⁵⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 148.

³⁵⁷ Voir en ce sens Cass., Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n°08-17.033, *D. actualité*, 8 nov. 2010, note J. Burda ; *RCDIP* 2011, p. 53, note B. Ancel ; *Dalloz* 2011, p. 1664, note E. Agostini ; dans lequel la Cour rappelle que « dans le cadre d'une succession internationale ouverte en France, les biens mobiliers du défunt sont réputés être localisés au lieu d'ouverture de la succession, si bien que leur dévolution est régie par la loi du dernier domicile du défunt ».

³⁵⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 673.

textuelles et la jurisprudence internes³⁵⁹. Celle-ci a inspiré un mouvement diplomatique pour pousser à la création de revues de droit international privé et donner naissance à la Conférence de La Haye³⁶⁰. Ainsi, « en 1867, sur l'initiative de Mancini sont amorcés les pourparlers en vue de l'élaboration d'une convention internationale destinée à régler les conflits de lois »³⁶¹. C'est ainsi que sont nées les Conventions de La Haye de 1896, de 1902 et de 1905 lesquelles sont inspirées du personalisme³⁶², celles-ci étant « orientées vers l'extension du statut personnel rattaché à la loi nationale »³⁶³. De plus, ce mouvement d'unification, sous l'influence du personalisme, a été appuyé par « la fondation à Gand en 1869 de la Revue de droit international et de législation comparée, et en 1873 de l'Institut de droit international, puis par la parution à partir de 1874, du Journal de droit international privé de Clunet »³⁶⁴.

122. L'influence considérable du personalisme sur les sources du droit des conflits de lois. Le personalisme a donc été le précurseur d'une seconde vague de sources de droit international privé à savoir, outre nos revues jurisprudentielles, l'organisation de la Conférence de La Haye laquelle a permis l'élaboration de diverses conventions internationales. Or, il est incontestable que le personalisme a eu une nette influence sur les sources du droit des conflits de lois aujourd'hui, puisque la Conférence de La Haye est encore une organisation internationale au sein de laquelle les Etats recherchent l'unification des règles de conflit de lois.

123. La consécration juridique d'une discipline politisée. En résumé territorialisme et personalisme, à la fin de l'Ancien Régime, ont su dépasser le stade doctrinal pour devenir

³⁵⁹ Voir en ce sens : H. U. Jessurun d'Oliveira, « Universalisme ou régionalisme de la Conférence de La Haye », *RCDIP* 1966, p. 347, affirmant que : « la perspective d'une unification totale du droit international privé ne déplaisait pas aux juristes du XIX^{ème} siècle, presque tous partisans de l'école internationaliste. L'idéal de « l'harmonie des lois » a toujours été un des puissants moteurs de l'unification des règles de conflits, même si ce n'est qu'un idéal formel, relevant du domaine de la sécurité du droit ».

³⁶⁰ Pour aller plus loin, voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 116 : « (...) cette voie fut dessinée fermement par Mancini dans un manifeste au titre fort explicite, publié en 1874, dans le premier numéro du Journal du droit international, désigné également fréquemment sous le nom de son fondateur, le Clunet : « De l'utilité de rendre obligatoire pour tous les Etats, sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les diverses législations civiles et criminelles ». Etant en fait un rapport à l'Institut de droit international créé l'année précédente, ce manifeste devait l'année suivante être appuyé par une résolution dudit Institut : « L'Institut reconnaît l'évidente utilité, et même, pour certaines matières, la nécessité de traités, par lesquels les Etats civilisés adoptent d'un commun accord des règles obligatoires et uniformes de droit international privé » » ; « Le projet ainsi dessiné était « triplement universaliste ». Il devait concerner sinon tous les Etats du monde, du moins tous les « Etats civilisés ». Il devait embrasser l'ensemble de la discipline, conflit de lois et conflit de juridictions, matières civile et criminelle. Il reposait sur une vision d'ensemble de la société internationale qui était celle de Mancini ».

³⁶¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 231.

³⁶² P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 75.

³⁶³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 231.

³⁶⁴ *Ibid.*

les fondements du droit positif en droit des conflits de lois. Par conséquent, cette discipline a été consacrée conformément à une politique souverainiste régnant depuis l'Antiquité. Or, cette idéologie perdure puisqu'elle est encore soutenue par les doctrines contemporaines et par le droit positif.

§ 2 – LA PERSISTANCE DES IDEOLOGIES SOUVERAINISTES A L'EPOQUE CONTEMPORAINE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

124. Le XXème siècle est marqué par une certaine résurgence des idées territorialistes et personnalistes en raison d'un contexte politique particulier, notamment celui des guerres mondiales. Ainsi les doctrines du XXème siècle sont essentiellement construites à l'aune de considérations essentiellement nationalistes et territorialistes (A) tout comme le droit positif de la même époque (B).

A. LES DOCTRINES FONDEES SUR L'INTERET NATIONAL : DU XXEME SIECLE A AUJOURD'HUI

125. Au XXème siècle, s'est développé en Europe un intérêt tout particulier pour le nationalisme conduisant la doctrine européenne, et notamment française, à considérer le droit international privé de nouveau au regard du territorialisme au début du siècle (1). Finalement au cours du XXème siècle, le droit international privé a été envisagé sur la base de philosophies qualifiées de nationalistes car préconisant une prise en compte primordiale des intérêts nationaux, ou plutôt étatiques (2).

1) Le retour à la tradition territorialiste au début du XXème siècle

126. Si le XIXème siècle est marqué par une forte influence du personnalisme, le début du XXème siècle prône le retour du territorialisme. En effet, en raison du contexte politique de l'entre-deux-guerres, orienté vers la défense des intérêts de l'Etat et de la nation (a), le territorialisme a fait son grand retour notamment sous la plume de Niboyet (b).

a) La défense doctrinale des intérêts français issue de l'entre-deux-guerres

127. Le nationalisme politique du XXème. Si la doctrine de Mancini a conduit au XIXème siècle à envisager un système de droit des conflits de lois à l'échelle internationale notamment par le biais de la Conférence de La Haye, cette idée s'est rapidement éteinte postérieurement à la Première Guerre mondiale. En effet, à la suite de cette guerre, se sont développées en Europe, et notamment en Italie et en Allemagne, des doctrines nationalistes pour conduire finalement à la mise en place de régimes politiques fascistes. Par conséquent, l'entre-deux-guerres, dominé par un nationalisme politique, a également été influencé par un

nationalisme juridique justifiant que « l'on attache à l'« intérêt national » plus d'importance qu'à la vision idéale d'un monde où son propre Etat doit être traité sur un strict pied d'égalité avec les autres »³⁶⁵.

128. Le nationalisme juridique. Cette conception nationaliste consistait à assurer la défense des intérêts de l'Etat, et en France, des intérêts français, pays devenu d'immigration³⁶⁶. Ainsi, la plupart des auteurs au début du XXème siècle « étaient portés à l'édification de systèmes, procédant par voie de déduction à partir de principes très généraux sur les notions d'Etat, de souveraineté et même de droit ». De plus, la tendance de ces auteurs était donc celle de « résoudre les conflits de lois à partir d'une conception du droit international public » et cela primait davantage dans certains pays « en particulier l'Allemagne et l'Italie » où « l'enseignement de la matière était, et demeure, lié à celui du droit international public »³⁶⁷. Le nationalisme politique s'est donc étendu au nationalisme juridique en raison d'opinions publicistes lesquelles étaient justifiées par le contexte de l'entre-deux-guerres. Pour autant, si le nationalisme a animé la doctrine, il a notamment guidé celle de Niboyet pour finalement le conduire à faire l'apologie du territorialisme.

b) Du nationalisme au territorialisme de Niboyet

129. La conception nationaliste du droit international privé de Niboyet. Ce dernier, ancien élève de Pillet, a développé une doctrine propre au droit des conflits de lois essentiellement territorialiste sur la base de raisons nationalistes puisque selon lui « l'objectif de la règle française de conflit de lois doit être la défense des intérêts français »³⁶⁸. Il considère en effet que « pour le droit international privé, l'histoire montre que les peuples peuvent se passer d'un droit vraiment commun » et « un trop grand développement du droit des gens serait pour eux intolérable, parce qu'il méconnaîtrait leurs intérêts politiques irréductibles » ; « il y a, en effet, des intérêts inconciliables, et il faudrait tellement de bonne volonté réciproque pour une entente durable que mieux ne vaut pas se faire d'illusions »³⁶⁹. Il s'est donc orienté vers une conception du droit des conflits de lois unilatéraliste et finalement nationaliste. Ainsi, il a considéré que « si, dans l'affaire, tous les intéressés sont étrangers, la

³⁶⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 73.

³⁶⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 236.

³⁶⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 159.

³⁶⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 142.

³⁶⁹ J.-P. Niboyet, *Droit international privé français*, Tome I, Sirey, 2^{ème} éd., 1947, § 54.

solution doit être juridique » alors que « si, dans l'affaire, un des intéressés est français, la solution doit être politique »³⁷⁰.

130. Le système territorialiste proposé par Niboyet. Il a donc estimé qu'« en raison des conditions démographiques, la France étant un pays d'immigration, les intérêts de notre pays sont beaucoup mieux protégés par le principe de la territorialité que par celui de la personnalité des lois »³⁷¹. En conséquence, « dans tous les domaines, il (recherchait) la solution la plus conforme aux intérêts nationaux »³⁷². Niboyet, animé par l'idéologie nationaliste de l'époque, a donc fait du territorialisme la base de son système de droit des conflits de lois. Toutefois, si le nationalisme a été l'instrument du droit international privé principalement grâce à Niboyet, le nationalisme a pris une ampleur certaine grâce à d'autres auteurs particularistes du XX^{ème} siècle.

2) Le maintien du nationalisme par la doctrine européenne au XX^{ème} siècle

131. En parallèle du contexte nationaliste de l'époque, s'est développée à la fin du XIX^{ème} siècle une nouvelle doctrine nommée particulariste (a) laquelle favorise de nouveau territorialisme et souverainisme. Ce mouvement particulariste a été diffusé jusqu'à la fin du XX^{ème} siècle notamment sous la plume de Bartin et de Lerebours-Pigeonnière (b).

a) *L'assimilation du nationalisme au particularisme de la fin du XIX^{ème} siècle*

132. La nouvelle doctrine particulariste. L'apparition du nationalisme en Europe a engendré la création d'un nouveau mouvement doctrinal à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle, à savoir le particularisme. En droit international privé, le particularisme se traduit sur le terrain d'un règlement de conflit (de lois ou de juridictions) national, d'où la connexité entre nationalisme et particularisme. Par conséquent, « le courant particulariste apparaît simultanément en Italie, en Allemagne et en France dans les dernières années du XIX^{ème} siècle »³⁷³ puisque « jusque-là, les relations privées internationales étaient suffisamment peu intenses pour que s'épanouisse un internationalisme théorique et libéral » et que les « déplacements massifs de population, les difficultés économiques et le développement du dirigisme étatique en droit privé incitèrent à mettre en avant l'intérêt national dans la solution des conflits de lois »³⁷⁴.

³⁷⁰ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 33.

³⁷¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 142.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 241.

³⁷⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 156.

133. La préconisation d'un système de droit international privé national. « Les particularistes estiment que l'on doit rechercher le système de droit international privé qui correspond le mieux aux intérêts français »³⁷⁵. Ces auteurs ont donc considéré que le droit international privé est un droit international privé interne. Anzilotti, en Italie, enseignait que « si les règles de droit international privé sont substantiellement internationales, elles sont formellement internes »³⁷⁶. Tout comme Bartin, dans la même ligne de conduite que Kahn³⁷⁷, en Allemagne, a affirmé que « nous ne disposons donc jamais, en droit international privé positif, que de sources nationales »³⁷⁸. Ces auteurs particularistes, influencés par le nationalisme de l'époque, ont finalement mis en œuvre un système davantage imprégné du territorialisme. Par la suite, cette doctrine a alors été diffusée au XX^{ème} siècle notamment sous les plumes de Bartin et de Lerebours-Pigeonnière.

b) La diffusion du nationalisme par Bartin et Lerebours-Pigeonnière au XX^{ème} siècle

134. Le particularisme de Bartin. Bartin est, aujourd'hui, considéré comme un particulariste, car, au travers de sa célèbre théorie sur les conflits de qualifications, il a expliqué que « le champ d'application des lois dans l'espace se déduit de la nature des institutions internes »³⁷⁹ et, par conséquent, « c'est du droit interne qu'il a déduit les solutions du droit international »³⁸⁰. « Bartin, en effet, était un particulariste et proposait des solutions nationales de conflit de lois »³⁸¹. Son particularisme « a d'ailleurs trouvé un appui dans son sentiment national ; il accorde à la loi nationale un domaine nettement plus étendu que celui qui lui est reconnu en jurisprudence, et l'influence, à l'époque, de Mancini s'est exercée sur lui »³⁸². Pour justifier l'application de règles internes à l'international, il a estimé que « les règles de solution des conflits de lois ne doivent être que la « projection » sur le plan

³⁷⁵ P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *op. cit.*, § 34.

³⁷⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 241.

³⁷⁷ Pour aller plus loin sur la doctrine de Kahn, voir en ce sens : J.-L. Halpérin, Ch. III, 3) « Une montée en puissance du nationalisme juridique », *op. cit.*, p. 106 et s. : « Kahn affirme son positivisme et pose comme postulat que les règles de conflits de lois appartiennent au droit interne de chaque Etat. La loi étrangère ne doit être employée qu'en raison des prescriptions du droit national. Il en résulte une diversité de systèmes nationaux, génératrice de difficultés telles que le renvoi ou les conflits latents, synonymes de conflits de qualification dans le langage de Bartin. Ces conflits doivent être résolus conformément à l'ordre juridique national auquel est soumis le juge ».

³⁷⁸ E. Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Domat-Montchrestien, 1930, § 55.

³⁷⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 241.

³⁸⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 143.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 241.

international des règles consacrées sur le plan interne »³⁸³. Finalement Martin a promu l'idée selon laquelle le droit international privé relèverait de sources nationales dont les origines seraient inspirées d'un sentiment nationaliste³⁸⁴. Par conséquent, sous l'influence du nationalisme ambiant, il a créé une doctrine essentiellement publiciste laquelle incluait autant personnalisme que territorialisme.

135. Le particularisme de Lerebours-Pigeonnière. Celui-ci s'est inscrit dans la même ligne particulariste en considérant notamment que « nos règles de rattachement ne sont autre chose que des règles nationales complémentaires du droit privé français »³⁸⁵. Cependant, contrairement à ses prédécesseurs, il a mis en avant l'importance des intérêts français, en déclarant que « les règles de rattachement ont pour mission de trancher, non des conflits de souverainetés, mais des conflits d'intérêts particuliers »³⁸⁶. Si l'auteur a maintenu son adhésion au nationalisme par le recours à une doctrine particulariste, il a néanmoins entendu le droit international privé comme un conflit d'intérêts particuliers, et non plus de souverainetés. Une telle doctrine conduit enfin à penser le droit international privé et précisément le droit des conflits de lois sur de nouvelles bases.

136. La nouvelle assimilation du conflit de lois aux conflits d'intérêts particuliers. Lerebours-Pigeonnière est intervenu durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Par conséquent, si les dernières conceptions particularistes attestent d'une orientation nécessairement publiciste, le droit international privé est conçu au regard d'une nouvelle approche, bien plus conforme à sa nature. En effet, le droit international privé ne doit plus être conçu comme un conflit de souverainetés pour répondre à sa fonction même. Cependant, il est indéniable que toutes les doctrines relatent l'héritage idéologique du droit international privé depuis l'Antiquité, en conservant une approche publiciste de la matière. C'est pourquoi même si le droit international privé comme le droit des conflits de lois au début du XX^{ème} siècle

³⁸³ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 29.

³⁸⁴ Pour aller plus loin, voir en ce sens : J.-L. Halpérin, Ch. III, 3) « Une montée en puissance du nationalisme juridique », *op. cit.*, p. 106 et s. : « Il rappelait que (les règles du droit international privé) n'étaient pas imposées par une autorité supérieure aux Etats, mais formulées par chaque Etat en fonction de l'idée qu'il se faisait de sa souveraineté et de ses devoirs internationaux. Une telle théorie avait le mérite de relever le rôle de croyances, aussi bien que du sentiment national, dans l'appréciation que chaque législateur de faisait de la justice internationale. Mais elle diminuait considérablement la portée du mouvement internationaliste – qu'il s'agisse des Conférences de La Haye ou des tentatives de la doctrine pour construire un droit rationnel internationalement reconnu – en ramenant les conflits de lois aux sources positives du droit interne ».

³⁸⁵ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 30.

³⁸⁶ *Ibid.*, § 33.

tend à être envisagé différemment, il reste marqué par ces différentes conceptions souverainistes.

B. DU MAINTIEN AU DEVELOPPEMENT DES IDEOLOGIES PUBLICISTES DEPUIS LE XXEME SIECLE

137. Au-delà de la doctrine, les aspirations publicistes suivies par le droit international privé en droit positif depuis 1804 se sont maintenues notamment au regard des sources textuelles du droit des conflits de lois interne (1). Néanmoins, plus que de s'être maintenues, elles se sont développées durant toute l'époque contemporaine, que ce soit sous la plume du législateur ou sous l'égide du juge (2).

1) La conservation des sources textuelles du droit des conflits de lois interne depuis 1804

138. Si les idéologies publicistes ont su traverser le temps en doctrine jusqu'à l'époque contemporaine, elles ont aussi su se maintenir dans les sources textuelles du droit des conflits de lois. En effet, en raison de l'impossible internationalisation du droit des conflits de lois à une échelle plus que régionale (a), ses sources internes ont dû nécessairement être maintenues pour pallier les carences subsistantes (b).

a) L'échec de l'internationalisation des sources du droit des conflits de lois à l'époque contemporaine

139. Le maintien des sources internes. Si à l'heure actuelle, le droit international privé s'est développé à l'échelle internationale, notamment au regard de ses sources, il n'empêche que les sources internes du droit international privé ont été maintenues. Comme l'a affirmé Niboyet, « le droit international privé se prête difficilement à une codification mondiale, et il est à désirer que chacun s'en persuade »³⁸⁷.

140. L'impossible établissement d'un droit des conflits de lois commun. En effet, le droit international privé est difficilement envisageable à une échelle internationale du fait de l'impossibilité d'établir un droit commun qui conviendrait ou s'adapterait à tous les Etats du monde entier. Par conséquent, aujourd'hui les sources du droit des conflits de lois sont particulièrement développées à l'échelle régionale, mais ne suffisent pas à régir toutes les situations relevant du droit international privé. Lorsque les situations ne relèvent pas du champ d'application de desdites sources, notamment lorsque des Etats tiers sont en cause, une autre source se doit de régir ladite situation. Or cette source ne peut être que le droit des

³⁸⁷ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 27.

conflits de lois interne en l'absence de droit commun. A l'heure actuelle, le droit des conflits de lois de source interne régit toujours les situations qui ne peuvent être soumises au droit des conflits de lois de source internationale. De surcroît, ce droit des conflits de lois de source interne est toujours fortement imprégné de souverainisme.

b) La survie des dispositions du Code civil de 1804

141. Une codification inchangée. De nos jours, les dispositions textuelles de source interne qui régissent les situations relevant du droit international privé sont toujours les mêmes à savoir les dispositions issues du Code civil de 1804. De fait, l'article 3 du Code civil bilatéralisé a vocation à s'appliquer encore aujourd'hui dans les situations dans lesquelles aucun texte international n'est applicable.

142. Une codification demeurée souverainiste. Il découle de ce constat que les bases sur lesquelles ont été construites les premières dispositions textuelles en droit international français au XIX^{ème} siècle demeurent inchangées. Ainsi, territorialisme, personnalisme et souverainisme sont toujours au fondement de notre droit international privé interne. Les règles de conflit de juridictions sont elles aussi fondées sur les mêmes articles du Code de procédure civile français du début du XIX^{ème} siècle. La volonté du législateur en droit international privé interne reste donc encadrée par de vieilles orientations publicistes inadaptées. Cette remarque est confirmée par les nouveaux articles du Code civil relatif au droit des conflits de lois, ainsi que par l'intervention de la jurisprudence française.

2) Un droit des conflits de lois publiciste promu par le droit contemporain

143. Si les dispositions du Code civil de 1804 ont été maintenues en droit des conflits de lois français en raison de l'absence d'internationalisation des sources du droit des conflits de lois, il n'empêche que le législateur contemporain a conservé la ligne directrice du législateur de 1804 en maintenant dans de nouvelles dispositions certaines tendances territorialiste et personnaliste (a). De même, la jurisprudence, se présentant comme l'allié et le suppléant du législateur français, a pallié les carences textuelles en optant pour une ligne de conduite identique (b).

a) Les nouveaux articles du Code civil français à tendance publiciste

144. La codification contemporaine du droit des conflits de lois français. Si les dispositions du Code civil de 1804 ont été maintenues en droit des conflits de lois, d'autres sont intervenues et principalement en matière de statut personnel. En effet, principalement en matière de filiation (art. 311-14 à 311-17 du Code civil) et en matière de conditions de fond

du mariage (art. 202-1 du Code civil), le législateur, en 1972, puis en 2013, a suivi la voie qui avait été tracée par le législateur de 1804. Ainsi, il a choisi de faire de la loi personnelle le rattachement principal en matière de mariage³⁸⁸ et de filiation³⁸⁹. En conséquence, les considérations du début de XIX^{ème} siècle sont toujours celles du législateur d'aujourd'hui. De plus, et notamment au regard de l'article 202-1 du Code civil, apparaît la marque du souverainisme français en ce sens que l'article prévoit que, quelle que soit la loi personnelle des époux, le mariage requiert le consentement des époux au sens des articles 146 et 180 du Code civil. Ainsi, le législateur fait de la loi personnelle le principe avec sa limite : les dispositions d'ordre public du droit français, expression même du territorialisme et du souverainisme.

145. Le compromis entre personnalisme et territorialisme. La même remarque peut être effectuée à l'égard de l'article 309 du Code civil entré en vigueur en 2005, lequel est le parfait compromis entre personnalisme et territorialisme. S'il retient la loi nationale et la loi du domicile en tant que rattachement, il ne délimite en sus que la compétence de la loi française. Il s'agit d'un véritable exemple, en droit contemporain, d'un droit des conflits de lois fondé sur d'anciennes considérations publicistes. Les mêmes remarques peuvent être faites en jurisprudence.

b) Les jurisprudences françaises contemporaines influencées par l'idéologie publiciste

146. Le souverainisme dans la jurisprudence successorale. La jurisprudence française de la Cour de cassation a opéré dans la même lignée que le législateur français. Elle est notamment venue pallier les carences du législateur dans les matières dans lesquelles il n'est pas intervenu. L'exemple le plus marquant est celui des successions pour lesquelles la jurisprudence a retenu dans deux arrêts successifs, la loi du lieu de situation de l'immeuble pour les successions immobilières³⁹⁰, et la loi du domicile du défunt pour les successions mobilières³⁹¹. Pour favoriser l'application de la loi française, la jurisprudence a établi en

³⁸⁸ Voir en ce sens : CA Aix-en-Provence, 6^{ème} ch. C., 8 mars 2016, n°15/17016 dans lequel les juges du fond rappellent que « les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle ».

³⁸⁹ Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère} 24 mai 2018, n°16-21.163, *RCDIP* 2018, p. 872, note S. Corneloup ; *Dalloz* 2019, p. 1016, note S. Clavel ; dans lequel la Cour rappelle qu'en matière de filiation, la loi applicable est la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant.

³⁹⁰ Cass., Civ., 14 mars 1837, *Stewart*, *S.* 1837, 1, p. 95 ; *D.P.* 1837, 1, p. 275 ; *GAJFDIP*, n°3.

³⁹¹ Cass., Civ., 19 juin 1939, *Labedan*, *D.P.* 1938, 1, p. 97, note Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1940, 1, p. 49, note Niboyet ; *RCDIP* 1939, p. 481, note Niboyet ; *GAJFDIP*, n°18.

2009³⁹² que le renvoi en matière de succession immobilière ne serait admis qu'à condition de créer une unité successorale avec la loi applicable aux successions mobilières. En réalité, le but recherché est bien celui d'appliquer la loi française à l'intégralité de la succession dès lors que la succession est ouverte en France. Par conséquent, au regard du raisonnement opéré par la Cour de cassation et des rattachements territoriaux retenus en matière de successions, on peut une nouvelle fois y voir l'héritage de l'histoire du droit international privé et admettre que la jurisprudence, en tant qu'alliée du législateur, n'a fait que suivre le mouvement que ce dernier a initié.

147. Le souverainisme dans la jurisprudence matrimoniale. De plus, selon la jurisprudence³⁹³ relative aux effets du mariage, la loi applicable est la loi nationale des deux époux ; à défaut de nationalité commune, celle du domicile commun et à défaut de domicile commun, celle du juge saisi. Par conséquent, la jurisprudence française a maintenu des rattachements issus des doctrines personnaliste et territorialiste en faisant de la *lex fori* le rattachement de dernier recours.

148. Une discipline intégralement régie sur des fondements publicistes inadaptés. Au regard de ces éléments, le droit contemporain, textuel ou jurisprudentiel, est lui aussi construit selon des idéologies désuètes en droit international privé. Cette construction systémique sous l'influence de considérations archaïques et inadaptées est malheureuse. En effet, le droit international privé et spécialement le droit des conflits de lois en tant que matière à part entière doit se construire abstraction faite du droit international public. Il s'agit d'une discipline autonome. En résumé, l'Ancien Régime n'a pas été un facteur de rupture avec les considérations traditionnelles sur lesquelles le droit international privé s'est originellement construit. Ainsi du Code civil de 1804 à aujourd'hui, les sources du droit interne se sont fondées sous l'influence d'anciennes aspirations à savoir le personnalisme et le territorialisme, pour en établir son contenu. Par conséquent, la discipline a toujours été pensée et construite sous l'autorité de philosophies souverainistes révolues, sans pour autant

³⁹² Cass., Civ. 1^{ère}, 11 févr. 2009, *Riley*, n°06-12.140, *RCDIP* 2009, p. 512, note B. Ancel ; *Dalloz* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *Dalloz* 2011, p. 1585, P. Courbe.

³⁹³ Cass., Civ. 1^{ère}, 17 avr. 1953, *Rivière*, *RCDIP* 1953, p. 412, note Batiffol ; *JDI* 1953, p. 860, note Plaisant ; *JCP* 1953, II, p. 7863, note Buchet ; *Rebels Zeitschrift* 1955, p. 520, note Francescakis ; *GAJFDIP*, n°26 ; et Cass., Civ. 1^{ère}, 19 févr. 1963, *Chemouni*, *RCDIP* 1963, p. 559, note G. H. ; *JDI* 1963, p. 986, note A. Ponsard, *Rec. Gén. Lois* 1963, p. 315, note G. Droz ; *GAJFDIP*, n°31.

considérer que toute idéologie privatiste en a été exclue³⁹⁴. En d'autres termes, comme l'affirmait Delaume, jusqu'à la fin du XVIIIème, « c'était la doctrine politique qui l'emportait incontestablement sur la doctrine des juristes »³⁹⁵. Néanmoins, cette doctrine politique rattachée au souverainisme a une mainmise sur l'élaboration du système de droit des conflits de lois lequel entrave la neutralité du droit des conflits. Par conséquent, aucun système universel ne peut en découler puisque les intérêts de l'Etat priment ceux des particuliers et sont conséquemment vecteurs d'individualisation des systèmes.

149. Vers de nouvelles doctrines privatistes. En outre, le droit international privé a dans un premier temps, principalement sous l'Ancien Régime, érigé les doctrines personnaliste et territorialiste comme fondements juridiques de la discipline puisque le conflit de lois était considéré comme conflit de souverainetés. Puis, dans un second temps, postérieurement à cette période, le conflit de lois n'étant plus considéré comme un conflit de souverainetés, la discipline s'est émancipée de ces idéologies sans pour autant les bannir. Cependant, celles-ci étant désuètes, elles devraient être exclues de toute systématisation³⁹⁶. C'est pourquoi durant la période moderne, se sont développées de nouvelles doctrines innovantes, indépendamment de la vieille dichotomie entre territorialisme et personnalisme.

SECTION 2 : LE RENOUVELLEMENT DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS PAR UNE SYSTEMATISATION PRIVATISTE DU CONFLIT DE LOIS

150. A la fin de l'Ancien Régime, le droit international privé, et spécialement le droit des conflits de lois n'a pas cessé son évolution, et a d'ailleurs fait l'objet de nouvelles approches, lesquelles ont nécessairement impacté le droit positif. Pourtant, bien qu'elles aient exercé une influence considérable dans la construction des règles de conflit, elles demeurent discutables sur le plan de la neutralité et de l'égalité. Toutefois, elles permettent d'extraire certains éléments méthodologiques essentiels à la préservation de ces objectifs.

Ainsi, en réaction aux doctrines dominantes sous l'Ancien Régime, la doctrine contemporaine a souhaité penser la matière sous un nouvel angle. Cette attitude réactionnaire

³⁹⁴ Voir en ce sens : F. Rigaux, « Le droit international privé face au droit international », *RCDIP* 1976, p. 262, attestant de la difficile émancipation du droit international privé par rapport au droit international public, la difficile distinction provenant « de ce que ceux qui l'ont formulée ont été tantôt des publicistes, tantôt des privatistes ».

³⁹⁵ G. R. Delaume, *op. cit.*, § 2.

³⁹⁶ Voir en ce sens : P. Louis-Lucas, « Territorialisme et personnalisme dans l'œuvre de Niboyet », *TCFDIP* 1951-1954, spéc. p. 14 : « croire à la possibilité et à l'utilité de l'énoncé de règles générales de solution des conflits de lois, n'est pas croire que ces règles doivent se ramener à une seule, qui ne saurait être, en effet, que la stricte territorialité du droit, ou que sa stricte personnalité ».

s'est produite en Europe et a conduit à envisager la discipline au regard d'une orientation tout d'abord de manière universaliste puis finalement réaliste (sous-section 1). Ce même mouvement s'est déroulé aux Etats-Unis mais a mené la doctrine américaine à envisager la constitution du droit des conflits de lois sous une approche matérielle eu égard au résultat substantiel recherché (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LES ASPIRATIONS MODERNES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN : DE L'UTOPISE AU REALISME

151. Au terme de l'Ancien Régime, le droit international privé ou plus exactement le droit des conflits de lois est marqué par le territorialisme et le personnalisme. Cependant, dès le XVIIIème siècle, la vision du droit international privé se modifie notamment avec le développement d'une idéologie fondée sur le droit naturel³⁹⁷. Par la suite, en raison du mouvement réactionnaire initié en Italie au XIXème siècle, de nouvelles doctrines sont apparues. Pour rompre avec les doctrines traditionnelles, a, en premier lieu, été soutenue une nouvelle doctrine celle de l'universalisme considérant qu'il s'agissait en réalité de l'objectif premier du droit international privé (§1). Or, cette doctrine, qui a connu un réel succès, a décliné au fur et à mesure de l'échec de l'internationalisation des règles du droit international privé. Par conséquent, la doctrine européenne au début du XXème siècle a préféré privilégier une approche réaliste du droit international privé pour mettre un terme à l'utopie issue de l'universalisme (§2).

§ 1 – LA NOUVELLE AVERSION DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS : L'UNIVERSALISME

152. Dès le XIXème siècle, durant le mouvement réactionnaire italien et allemand né sous la plume de Mancini et de Savigny, une nouvelle doctrine a fait jour en Europe, celle de

³⁹⁷ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (les formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé, *op. cit.*, § 245 : « De l'Odyssée à Kant : l'accueil de l'inconnu « somptueux » venu de loin fait partie du grand récit libéral qui s'est constitué au cours du XVIIIe siècle. Au Léviathan sécuritaire se substitue l'Etat-nation moderne, bienveillant à l'égard de ses propres citoyens et hospitalier à l'endroit des autres. Mais deux analyses politiques distinctes de l'hospitalité étatique émergent à cette occasion, chacune exprimant une certaine conception du droit international et impliquant des conséquences directes pour celui-ci. Ainsi, d'une part, le droit cosmopolitique plaide pour un droit naturel de déplacement transfrontière pour tout citoyen du monde » ; « D'autre part, la version positiviste de l'hospitalité se traduit essentiellement par un droit de séjour fixé par les nations pour leurs citoyens respectifs, sur fond de contrôles à la frontière et du droit d'exclusion des arrivants indésirables. Des cas d'exception existent, dans lesquels peuvent tenter de s'inscrire les populations déplacées ».

l'universalisme dans le prolongement de leur nationalisme³⁹⁸. Ainsi, le XIX^{ème} siècle a permis l'émergence d'un nouveau système de droit international privé envisagé à l'international et tendant à devenir universel (A). Cependant, les doctrines universalistes, à raison de divers défauts de méthode ont peu perduré. Elles ont été considérées comme irréalisables et utopiques (B).

A. LA CONCEPTUALISATION D'UN SYSTEME UNIVERSEL DE DROIT DES CONFLITS DE LOIS CONFORMEMENT A SA NATURE

153. Le droit international privé a longtemps été fondé sur la théorie des statuts, laquelle a entraîné une certaine réaction au XIX^{ème} siècle conduisant à fonder la discipline sur le personnalisme. Cette révolution a été plus loin en ce qu'elle a permis d'aborder d'une part l'universalisme à l'aune du personnalisme grâce à la doctrine italienne (1) et d'envisager d'autre part l'universalisme sous l'office d'une méthode de règlement des conflits de lois classique en vertu de la doctrine allemande (2).

1) La découverte de l'universalisme par la doctrine italienne du XIX^{ème} siècle

154. Mancini, au-delà d'être le premier à défendre une doctrine personnaliste du droit des conflits de lois, a également été partisan d'un système de droit des conflits de lois à l'international en raison de son personnalisme (a). Plus encore, cet internationalisme, du fait d'une méthode attachée au rattachement à la loi nationale, a conduit à penser le droit international privé et plus précisément le droit des conflits de lois à l'échelle universelle (b).

a) Le personnalisme : vecteur de l'internationalisation du droit des conflits de lois

155. Le recours à un système fondé sur le rattachement à la loi nationale. La doctrine italienne de Mancini est apparue comme réaction à la théorie des statuts totalement prédominante en Europe depuis plusieurs siècles. C'est pourquoi opposé au territorialisme dominant de l'époque, Mancini a développé un système de droit des conflits de lois personnaliste fondé « sur le principe politique des nationalités et le droit des peuples »³⁹⁹. Par

³⁹⁸ Pour aller plus loin, voir en ce sens : J.-L. Halpérin, Ch. II « Les aspirations à la communauté de droit », *op. cit.*, p. 47 et s. : « Les deux grandes œuvres appelées à transformer le droit international privé se situent dans le contexte de la Révolution de 1848 et du « printemps des peuples ». C'est en 1849 que Savigny publie le tome VIII de son *Système de droit romain* et c'est en 1851 que Mancini présente à l'Université de Turin une leçon inaugurale sur la nationalité comme fondement du droit des gens, après avoir travaillé depuis 1843 sur la matière du conflit de lois » ; « Chez ces deux juristes, passionnés par la politique, l'approfondissement du droit international privé puise sa source dans la vigueur du sentiment national. Leur internationalisme n'est pas la négation, mais plutôt le prolongement de leur nationalisme, d'un nationalisme à la fois viscéral et intellectuel qui emprunte certains de ses aspects au romantisme ambiant ».

³⁹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 135.

conséquent, il a fait de la nationalité le fondement de la méthode conflictuelle en érigeant au premier rang le rattachement à la loi nationale⁴⁰⁰. En effet, son argumentation « consistait d'abord à observer que les lois varient nécessairement d'après les caractères de la nation à laquelle elles sont destinées »⁴⁰¹ et à considérer par conséquent que le droit privé est « le miroir de la nationalité »⁴⁰². En étudiant « le génie particulier et les caractères distinctifs de chaque peuple »⁴⁰³, il considérait que « les droits de l'individu se forment par les mœurs et les mœurs sont l'origine de la coutume, qui se condense elle-même dans la législation ; les mœurs viennent ainsi se réfléchir dans les caractères propres à chaque législation ; de là cette conséquence assez naturelle que la législation, écho des mœurs, ne convient qu'à la société nationale, au sein de laquelle règnent lesdites mœurs »⁴⁰⁴. Par ce raisonnement, il a su établir une concordance entre l'Etat et la nationalité justifiant la création d'un système conflictuel fondé sur le rattachement à la loi nationale. Outre le raisonnement opéré par Mancini, celui-ci a pensé à l'international les problèmes de conflit de lois malgré l'aspect individualiste de sa théorie à raison du rattachement à la loi nationale. En effet, Mancini a envisagé une théorie dans laquelle la loi étrangère faisait son entrée.

156. Du nationalisme à l'internationalisme. Pour reprendre les propos de Mancini, « chaque souveraineté, si elle ne veut pas manquer à ses devoirs et se rendre coupable d'une violation des lois internationales, ne peut pas légitimement refuser toute application des lois étrangères sur son territoire, et soumettre les personnes et les rapports juridiques qui, par leur propre nature, dépendent de ces lois, à l'action incompétente de la loi territoriale »⁴⁰⁵. Par conséquent, comme l'ont expliqué Batiffol et le Professeur Lagarde, malgré son origine nationaliste, la théorie de Mancini « tendait par un paradoxe apparent à un internationalisme : exaltant la notion de nationalité, elle proclamait en même temps le devoir pour chaque nationalité de respecter les autres ; et l'application en droit international privé des lois

⁴⁰⁰ Voir en ce sens : J.-L. Halpérin, Ch. II, 5) « Un nationaliste italien militant pour un nouveau droit des gens », *op. cit.*, p. 67 et s. : « La nation constitue, pour Mancini, la « monade rationnelle de la science ». C'est une forme nécessaire, spontanée, permanente d'organisation des « familles humaines ». L'homme est, en quelque sorte, un animal national destiné à vivre dans des groupements fondés sur une communauté de territoire, d'origine, de langue, de lois et de religions ».

⁴⁰¹ A. Pillet, Ch. II « La doctrine de la personnalité du droit », in « Théorie continentale des conflits de lois », *RCADI*, 1924, vol. n° 2, p. 457 et s.

⁴⁰² B. Ancel, T. III, S.-T. I, Ch. I, S.1, § 1, A., 3, b « Principe de nationalité », *op. cit.*, p. 445 et 446.

⁴⁰³ *Ibid.*

⁴⁰⁴ A. Pillet, Ch. II « La doctrine de la personnalité du droit », in « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, p. 457 et s.

⁴⁰⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 70, citant Mancini, « De l'utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international privé », *JDI* 1874, p. 228.

nationales étrangères »⁴⁰⁶. Par conséquent sa doctrine est nécessairement internationaliste en ce que « l'application aux étrangers de leur loi nationale n'est pas considérée comme l'effet d'une notion un peu vague de courtoisie, mais celui d'une véritable obligation internationale »⁴⁰⁷. Ainsi, Mancini, en faisant entrer dans le système du droit des conflits de lois l'application de la loi étrangère, a permis au droit des conflits de lois de s'internationaliser conformément à sa vocation propre. Plus encore, la doctrine de Mancini a contribué à la création d'un mouvement universaliste du droit international privé.

b) Le nationalisme : fondement d'un droit international privé universel

157. La nationalité comme fondement du droit des gens. Par son internationalisme, Mancini nous conduit à une méthode de portée universelle. Effectivement « elle ne concerne pas seulement le droit privé nécessairement contenu dans le Code civil du royaume d'Italie, elle vaut pour tout système juridique national, ce qui assure l'universalité de la solution, c'est-à-dire (...) la bilatéralité du rattachement par la nationalité »⁴⁰⁸. Ceci se combine avec la conception du droit international de Mancini, selon laquelle « la nationalité constituait aussi bien le fondement du droit des gens que le fondement du droit international privé »⁴⁰⁹. Ainsi, selon lui, « la nationalité constitue le fondement rationnel du Droit international tout entier »⁴¹⁰. Pour l'expliquer, il convient de reprendre les propos de Gutzwiller : « le Droit des gens ne forme (...) qu'une partie du Droit universel du genre humain », « or, pour appliquer le principe de ce Droit universel au Droit des gens, il faut introduire dans ce dernier une idée spécifique, qui correspond dans l'ordre des choses créées à une réalité concrète et vivante : c'est la coexistence des nationalités selon la loi du Droit »⁴¹¹.

158. Du droit des gens à l'universalisme. La théorie élaborée par Mancini l'a été sur la base de considérations universalistes issues principalement du Droit des gens. Toutefois, il semblerait plus exactement qu'« à partir de la nation, Mancini (a établi) les bases d'un nouveau droit des gens » dont la communauté de droit « doit être édifiée sur le fondamental

⁴⁰⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 232.

⁴⁰⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 147.

⁴⁰⁸ B. Ancel, T. III, S.-T. I, Ch. I, S.1, § 1, A., 3, b « Principe de nationalité », *op. cit.*, p. 445 et 446.

⁴⁰⁹ G. Diena, Ch. I « Mancini et sa doctrine en matière de droit international privé », in « La conception du Droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie », *RCADI*, 1927, vol. n°17, p. 347 et s.

⁴¹⁰ M. Gutzwiller, Ch. IV, III. « Le principe de la personnalité du droit », in « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929, vol. n°29, p. 352 et s.

⁴¹¹ M. Gutzwiller, *op. cit.*, p. 352 et s.

du principes des nationalités »⁴¹². Ceci explique la portée universelle de sa doctrine, le droit des gens ayant notamment une portée identique. Il est donc parvenu à articuler « autour d'un même principe, le principe de nationalité, droit international public et droit international privé » et à unifier « ainsi le Droit des gens »⁴¹³. De là est apparu une des premières approches de l'universalisme en droit international privé. Or, l'universalisme découvert par Mancini semble indispensable à tout système de droit des conflits de lois, en ce que la vocation propre du droit international privé est internationale et donc, probablement de manière utopique, universelle. Néanmoins, la découverte de Mancini semble critiquable dans la mesure où elle reste le fruit d'opinions très largement politiques de l'époque. Par conséquent, il semblerait que la vocation universelle de sa méthode soit insuffisante, puisque si elle intègre désormais la loi étrangère, elle ne l'intègre qu'en vertu du rattachement à la loi nationale, rattachement choisi sur la base d'aspirations souverainistes. En d'autres termes, la dimension politique du rattachement est maintenue au regard de cette théorie. Cependant, la doctrine savignienne semble pouvoir évincer ce défaut en conservant un système universaliste.

2) L'édification de l'universalisme par la doctrine allemande du XIX^{ème} siècle

159. Si Mancini est considéré comme un universaliste à raison de son attachement au personnalisme, Savigny l'est aussi. Toutefois, il est traditionnellement reconnu comme le fondateur cette doctrine. Il s'agit du premier théoricien qui envisage le droit international privé sur des bases purement privatistes. Il propose alors pour la première fois un système à l'international respectant les intérêts privés en cause afin que ces derniers soient traités en toute neutralité et égalité. Il a donc élaboré un système conflictuel propre à une communauté juridique (a) mais également un système bilatéral afin de conduire à une application indifférente de la loi du for et de la loi étrangère (b).

a) *La proposition d'une méthode conflictuelle commune aux pays romano-christianistes*

160. L'exclusion du souverainisme par Savigny. Au XIX^{ème} siècle, parallèlement à l'Italie, un auteur allemand s'est également proposé d'envisager le droit international privé, et plus précisément le droit des conflits de lois sous une nouvelle méthode. S'inscrivant dans la

⁴¹² J.-L. Halpérin, Ch. II, 5) « Un nationaliste italien militant pour un nouveau droit des gens », *op. cit.*, p. 67 et s., lequel poursuit : « Chaque nation est libre de se doter de sa propre constitution et de s'organiser de manière autonome à l'égard des autres nations. Le droit international est, à proprement parler, un droit des peuples dont les nations sont les sujets. Il suppose donc l'existence d'un devoir juridique de respect mutuel des nations pour assurer leur « coexistence » au sein de la vaste cité du genre humain, la *cosmopolis* des Anciens. Pour Mancini, il existe, en effet, un droit humain universel dont le droit international n'est qu'une branche ».

⁴¹³ B. Ancel, T. III, S.-T. I, Ch. I, S.1, § 2, A. « Le nationalisme dans l'internationalisme », *op. cit.*, p. 450.

révolution du droit des conflits de lois en Europe, il a cherché un dispositif détaché de la théorie des statuts, laquelle était omniprésente. Il a considéré qu'il convenait de se placer du point de vue « d'une communauté de droit entre les différents peuples ».⁴¹⁴ Par conséquent, il est parti de cette idée en établissant une analogie « entre les conflits de lois des Etats et ceux des lois particulières qui régissent les subdivisions territoriales de chaque Etat » et « il y (a vu) le résultat d'une sorte d'accord amiable (tacite) entre les Etats souverains, effet non d'une pure bienveillance, mais du développement propre du droit qui tend à rapprocher les peuples et assimile les conflits des droits internes aux conflits des législations étrangères »⁴¹⁵. Il a alors rejeté la théorie de la courtoisie internationale comme principe supérieur préexistant, et a considéré qu'il s'agissait davantage d'un accord amiable entre Etats souverains que d'autoriser l'application de la loi étrangère⁴¹⁶. En effet, Savigny a exclu le droit public du droit international privé dans la mesure où sont en cause des droits subjectifs de nature privée. Par conséquent, l'application de la loi étrangère « devait au contraire pour lui être chose normale et facile, à tout le moins entre pays unis par une « communauté de droit » comme l'étaient les pays d'Europe continentale »⁴¹⁷. Savigny est donc parvenu à l'idée selon laquelle le concept de communauté de droit s'est imposé par l'histoire et nécessairement a admis que « l'histoire dissout l'hypothèse du conflit de souverainetés »⁴¹⁸.

161. La préconisation d'un système uniforme sur la base d'une communauté de droit. Il a alors établi une communauté de droit sur « le double héritage romain et chrétien, qui doit assurer l'uniformité »⁴¹⁹. Ceci se justifiait dans la mesure où, à l'époque, en Allemagne, le droit commun en vigueur était le droit romain. Ceci a permis à Savigny de considérer « toutes les nations héritières du droit romain comme unies », communauté « cimentée par le christianisme »⁴²⁰. Sur la base de cette communauté, il a établi un système

⁴¹⁴ F. C. von Savigny, *Traité de droit romain*, réimpression de la 2e éd. de Paris : Librairie de Firmin Didot Frères, fils et Cie, 1860, et traduit par CH. Guenoux, LGDJ, 2002, § CCCXLVIII.

⁴¹⁵ P. Arminjon, II. « Les théories allemandes, théorie de Savigny », in « L'objet et la méthode du droit international privé », *RCADI*, 1928, vol. n°21, p. 454 et s.

⁴¹⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 69.

⁴¹⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 151.

⁴¹⁸ B. Ancel, T. III, S.-T. I, Ch. II, S.1, § 1, B. « La communauté de droit », *op. cit.*, p. 480.

⁴¹⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 69.

⁴²⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 237.

uniforme applicable à tous les Etats membres de ladite communauté⁴²¹. Il a donc cherché à rompre avec les doctrines traditionnelles pour se séparer de toute considération réelle et personnelle et ainsi « permettre une application facile et normale » dans chaque Etat « de leurs lois respectives et selon des règles communes qui permettent d'aboutir à des solutions uniformes quel que soit le lieu du procès »⁴²².

162. La première conception privatiste du droit des conflits de lois. Selon la doctrine de Savigny, il pourrait être mis en place un système de droit des conflits de lois commun, en raison d'une culture juridique commune, conduisant à une uniformité de méthodes et de solutions. Sa doctrine est légitime puisqu'elle tend d'une part à faire abstraction du territorialisme et du personnalisme, et d'autre part à établir un système commun de solutions. Le droit des conflits de lois est donc pensé pour la première fois conformément à sa nature c'est-à-dire à l'international et sous l'angle d'une conception privatiste⁴²³. Cependant, la théorie de Savigny n'est pas en tant que telle universelle en ce qu'elle ne convient qu'aux « Etats de civilisation latine et chrétienne »⁴²⁴ et manque nécessairement de neutralité puisqu'elle se fonde sur le droit romain, lequel n'est pas épargné des antiques considérations publicistes. Néanmoins, il convient d'étudier la méthode proposée par Savigny car elle offre une méthode *a priori* neutre et égalitaire.

b) L'avènement d'une méthode bilatérale neutre et égalitaire

163. La proposition d'un traitement égalitaire des lois en conflit. Savigny n'a plus envisagé les conflits de lois comme des conflits de souverainetés et a soutenu de manière

⁴²¹ Pour aller plus loin, voir en ce sens : J.-L. Halpérin, Ch. II, 2) Les bases du « Système », *op. cit.*, p. 52 et s. : « Voulant terminer le temps des querelles de parti, il manifeste une volonté d'apaisement en concédant qu'il convient de repousser l'autorité du droit romain dans beaucoup de matière et d'une toujours la pratique et la théorie. Le droit romain reste, pourtant, une référence d'un grand secours pour Savigny dans la mesure où il est symbole d'unité (...) » ; « Savigny pensait, d'abord, à l'unité entre la théorie et la pratique qui était « naturelle » chez les jurisconsultes romains : son but était de restituer le « vrai sens » du droit romain pour aider les praticiens et les libérer des fausses théories. Il s'agissait aussi, par l'étude scientifique du droit romain, d'abaisser les frontières entre les pays de droit commun et les pays de législation codifiée comme la France ».

⁴²² H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 237.

⁴²³ Voir en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 216 : « Appliquée à la résolution des conflits de lois, cette méthode le conduit à procéder, comme l'école statutaire l'avait fait empiriquement, à l'analyse de l'objet des rapports de droit sans *a priori* dogmatique sur la loi à privilégier. La doctrine tend aussi à l'universalité, du moins dans les relations entre des Etats présentant une « communauté de droit », c'est-à-dire une communauté de valeurs. Cette communauté de valeurs justifie un droit sans frontière. Nul principe de territorialité ou d'extraterritorialité de la loi ; Plus radicalement, plus de lien établi entre les conflits de lois et les conflits de souverainetés étatiques, parce que l'application (ou la non-application) de leurs lois à un rapport de droit n'implique pas la souveraineté des Etats, pas plus que l'application des lois étrangères n'y porterait atteinte » ; « La seule implication des Etats dans la manière de résoudre les conflits de lois en droit privé, c'est de rechercher la solution la plus satisfaisante rationnellement ».

⁴²⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 135.

indifférente l'application de la loi du for et de la loi étrangère. Par conséquent, pour parvenir à un tel résultat, Savigny a proposé « de rechercher pour chaque rapport de droit (...) le lien juridique qui le rattache à un ordre juridique déterminé »⁴²⁵. Il a alors proposé pour découvrir ce lien juridique « de déterminer pour chaque rapport de droit le domaine le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport »⁴²⁶. Sa doctrine consiste donc « à rechercher pour chaque type de rapport de droit la « sphère juridique » à laquelle il appartient selon la nature, et ce sans distinguer selon que ce droit est le droit local ou celui d'un pays étranger »⁴²⁷. Par conséquent, Savigny a prôné une méthode bilatérale avec application indifférente de la loi du for et de la loi étrangère. Son système garantit donc une application égalitaire des lois potentiellement compétentes.

164. Une localisation des lois dans l'espace fonction du siège du rapport de droit.

De plus, Savigny a préconisé qu'il convient pour chaque rapport de droit de lui assigner un siège déterminé et ce siège se déduit en principe de la volonté des personnes intéressées qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé⁴²⁸. Ainsi l'auteur a estimé que pour déterminer le domaine du rapport de droit, il convient de se référer à sa nature, ou plus précisément de déterminer son siège. Il s'agit donc d'une localisation dans l'espace en vue de soumettre chaque rapport à la loi de son siège conformément à une soumission volontaire des sujets de droit. Par exemple, en droit des biens, s'applique la loi du lieu de situation du meuble dans la mesure où l'acquéreur au moment de l'acquisition s'est volontairement soumis à la loi en vigueur au moment de l'acquisition. Finalement, la localisation de ce rapport de droit est fonction des données de la communauté juridique à savoir du droit romain.

165. Le premier système neutre et égalitaire. La méthode conflictuelle bilatérale basée sur une communauté de droit avec dispositif de localisation uniforme conduit d'une part à un système neutre, et d'autre part à un traitement égalitaire des sujets de droit. Le système est neutre en ce qu'il n'est plus envisagé comme un conflit de souverainetés, mais comme un conflit relatif aux particuliers et à leurs intérêts privés, lesquels doivent être résolus conformément à une localisation du rapport de droit. De surcroît, celle-ci se réalise conformément à la nature propre du rapport de droit, donc indépendamment d'une politique

⁴²⁵ M. Gutzwiller, Ch. IV, II. « La théorie de Savigny et son écho dans la doctrine, la législation, la jurisprudence », *op. cit.*, p. 352 et s.

⁴²⁶ F. C. von Savigny, *op. cit.*, § CCCXLVIII.

⁴²⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 151.

⁴²⁸ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 15.

précise. Ainsi, Savigny ne prend pas en compte le volet « intérêt de l'Etat » comme peut le faire Mancini. En sus, ce système conduisant à l'application indifférente de la loi étrangère et de la loi du for confirme le caractère neutre de la méthode. C'est ainsi, qu'en application de sa méthode, l'égalité de traitement des sujets de droit est garantie puisque l'égalité de solutions est assurée et ceci de manière universelle⁴²⁹. En outre, la jurisprudence avait déjà usé de cette méthode en bilatéralisant l'article 3 du Code civil afin de conduire à un résultat indifférent entre la loi du for et la loi étrangère⁴³⁰. Par conséquent, la méthode classique savignienne a petit-à-petit intégré le droit positif depuis le XIX^{ème} siècle⁴³¹.

166. Une méthode inachevée en termes de neutralité et d'égalité. Cependant, il serait faux de croire que cette méthode soit réellement neutre et égalitaire. Partant du postulat que la communauté de droit est fondée sur le droit romain, la méthode conflictuelle, régie par ce droit romain, ne peut être neutre. En effet, le droit romain s'est constitué à l'origine lui-même grâce à une politique et une culture romaine spécifique, laquelle concevait le conflit de lois en conflit de souverainetés. De plus, la localisation du rapport de droit, même au sein d'une communauté de droit peut en réalité être variable d'un Etat à un autre⁴³². L'absence d'encadrement relatif à cette localisation peut conduire « aux applications les plus variées suivant les données que l'on prend en considération pour apprécier le ressort qui convient à une loi d'après la nature de la situation juridique qu'elle régleme »⁴³³. La localisation pourrait donc diverger d'un Etat à l'autre en raison de la qualification qui en sera faite ou en raison des points de rattachement qui seront retenus⁴³⁴. Sur cette base, il est difficile de considérer la méthode comme égalitaire.

Finalement, la méthode conflictuelle proposée par Savigny, si elle se veut universelle, neutre et égalitaire ne l'est pas. Il n'en demeure pas moins qu'il faille évincer une telle théorie

⁴²⁹ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé, *op. cit.*, § 191 : « Pour ce faire, (l'universalisme) se constitue en une méthode de distribution (des lois ou des cas) qui se veut à la fois politiquement innocente et fermement inféodée au principe de l'égalité de traitement en droit (version internationaliste de l'égalité des citoyens devant la loi) ».

⁴³⁰ Cf. *supra* § 114 et s.

⁴³¹ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 217 : « La théorie de Savigny, considéré comme le père de l'actuelle méthode de la règle de conflit - baptisée « la règle savignienne » - est une bonne grille d'analyse d'un grand nombre de solutions du droit positif. C'est la preuve de ses vertus explicatives ».

⁴³² Cf. *infra* § 730 et s.

⁴³³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 136.

⁴³⁴ Voir en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 153, « quand bien même la plupart des systèmes de conflits de lois s'expriment sous forme de règles enchaînant une catégorie et un rattachement, leur contenu n'est pas le même », « il dépend toujours au premier chef de l'orientation principale de chacun au regard de l'opposition traditionnelle entre territorialisme et personnalisme qui demeure sous-jacente ».

puisqu'elle permet de découvrir certains préalables nécessaires à l'émergence d'une méthode commune. Ainsi, sa structure doit d'une part, être construite conformément à la nature de la discipline, c'est-à-dire au regard d'un conflit de lois spécifiques aux intérêts privés, et d'autre part, sous l'égide d'une réglementation neutre cantonnée à la résolution d'un conflit de lois dans l'espace. En outre, l'universalisme de Savigny, au regard des nouvelles bases qu'il offre au droit des conflits de lois, a pu être soutenu par d'autres auteurs. Ceci semble tout à fait justifié, car si des critiques sont imputables à sa théorie, celle-ci est constitutive, pour la première fois, d'une doctrine conforme à la nature même du droit international privé.

B. L'ECHEC D'UN SYSTEME UNIVERSEL DE DROIT DES CONFLITS DE LOIS UTOPIQUE

167. La théorie de Savigny a connu un certain retentissement auprès de la doctrine jusqu'au XX^{ème} siècle, notamment en France. En effet, Pillet a défendu cette idée que tout dispositif de droit des conflits de lois doit être universel et qu'il peut l'être dès lors qu'il est fondé sur la nature des lois elles-mêmes (1). Cependant, sa proposition était irréalisable et donc, aujourd'hui, considérée comme totalement utopique. Un autre auteur a tenté de défendre l'universalisme sur la base d'une analyse comparative des systèmes juridiques, mais les défauts de sa méthode ont conduit à considérer sa doctrine comme impossible (2).

1) L'utopie d'un système universaliste fondé sur la nature des lois elles-mêmes

168. Au XX^{ème} siècle, a succédé aux doctrines du XIX^{ème} siècle, la doctrine de Pillet, qualifiée de « personnalisme constructif » laquelle propose de nouveau un système de droit des conflits de lois universel. Pourtant, si l'auteur part de l'idée que le droit international privé est fondé sur l'existence d'une communauté juridique entre peuples (a), sa construction en fonction du but social des lois conduit à considérer sa théorie comme utopique notamment en raison de l'aléa auquel elle mène (b).

a) L'universalisme préconisé par l'existence d'une communauté juridique des Etats

169. La communauté juridique des Etats justifiée par le droit international public. Comme ses prédécesseurs, Pillet est parti de l'idée selon laquelle il existerait une « communauté juridique entre les peuples »⁴³⁵. Cependant, de formation publiciste et Professeur de droit international public, il considérait les conflits de lois comme des conflits

⁴³⁵ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 21.

de souverainetés⁴³⁶. En effet, il a affirmé que « ces questions concernent la souveraineté »⁴³⁷ ainsi, le droit international privé n'est donc qu'une branche du droit international public puisqu'il n'a pour objet que de régler des conflits de souverainetés⁴³⁸. De plus, d'après lui, en vertu du droit international public, il faut reconnaître le principe d'égalité des Etats, l'équivalence de chaque législation et leur caractère interchangeable⁴³⁹. Le droit international public suffit à lui seul pour justifier l'existence d'une communauté juridique entre Etats. Sur cette base, il a alors envisagé un système de droit des conflits de lois universel.

170. La résolution du conflit de lois par le principe du moindre sacrifice. Dans l'hypothèse du conflit de lois il s'agissait alors « de savoir dans quelle mesure la souveraineté de l'Etat doit s'incliner devant celle de l'Etat étranger, en admettant l'application des lois de celui-ci »⁴⁴⁰. Il est parti du principe selon lequel, « il n'est pas possible de respecter intégralement les intérêts des Etats en présence car ils sont souvent divergents », « mais chaque Etat doit respecter au maximum les intérêts des autres »⁴⁴¹. Par conséquent, « le principe de la souveraineté des Etats commande seulement à chacun d'eux le « respect maximum » de la souveraineté des autres »⁴⁴². Il a énoncé la loi du maximum⁴⁴³. Pour déterminer la loi du maximum, il a commandé de suivre le principe du « moindre sacrifice » consistant à donner la préférence à la loi de l'Etat qui a le plus grand intérêt à ce que le but poursuivi par ladite loi soit atteint⁴⁴⁴.

171. Une doctrine empreinte de souverainisme. Finalement, il propose une méthode universelle adaptée à une communauté de droit. Néanmoins, l'intégralité de son raisonnement juridique est fondée sur une approche erronée de la discipline tendant à envisager le conflit de lois comme un conflit de souverainetés. Partant, de ce fondement, son raisonnement ne saurait être considéré comme neutre et tendant à faire abstraction du souverainisme ambiant de l'Ancien Régime. La garantie de neutralité recherchée par Savigny ne peut être attribuée à Pillet. D'ailleurs son système tout entier en atteste. S'il pense résoudre les conflits de lois sur la base du but social de la loi, il ne fait que créer un système aléatoire et non pas universel.

⁴³⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 138.

⁴³⁷ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, *op. cit.*, § 25.

⁴³⁸ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 21.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 233.

⁴⁴¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 138.

⁴⁴² H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 233.

⁴⁴³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 138.

⁴⁴⁴ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 71.

b) *Un système irréalisable fondé sur la recherche du but social de la loi par chaque Etat*

172. Une méthode universelle fondée sur le but social des lois en cause. Pour déterminer la loi du maximum, Pillet a recommandé de partir de « la nature des lois elles-mêmes »⁴⁴⁵. Il est parti du postulat selon lequel « la souveraineté de l'Etat s'exprime, quant à l'empire de sa législation, par deux caractères inhérents à celle-ci : la permanence et la généralité »⁴⁴⁶. Ainsi, il a expliqué que dans l'ordre interne, les lois sont par nature continues et générales, mais que dans l'ordre international les lois ne peuvent conserver toute la plénitude d'effets qu'elles possèdent dans l'ordre national⁴⁴⁷. Par conséquent, lorsque se pose un conflit de lois, il faut choisir entre ces deux caractères. Le sacrifice peut alors consister d'une part dans la reconnaissance de la seule extraterritorialité, c'est-à-dire de la permanence, ou d'autre part, dans le maintien de la territorialité, c'est-à-dire de la généralité⁴⁴⁸. Il s'agit donc pour chaque matière de déterminer « ce qui est le plus essentiel, de la généralité ou de la permanence, en fonction du « but social » des règles »⁴⁴⁹. Pillet considérait alors qu'en opérant ce choix, « tous les Etats s'inspirent des mêmes idées et consacrent les mêmes solutions, l'harmonie sera établie entre eux et il existera dans le monde une véritable communauté internationale, un véritable droit international privé »⁴⁵⁰. C'est pourquoi sa doctrine s'inscrit dans le mouvement universaliste.

173. Une méthode universelle utopique. La doctrine de Pillet semble tout à fait louable puisqu'en recherchant le but social de la loi, le système serait d'une part universalisable et d'autre part harmonisé au sein d'une même communauté juridique. Cependant, sa doctrine relève de l'utopie notamment en ce que même au sein d'une communauté juridique politiquement et culturellement similaire des divergences au regard du but social peuvent naître. En effet, d'un Etat à l'autre, une institution peut relever de la permanence ou de la généralité, ou plus exactement de l'extraterritorialité ou de la territorialité. Si sur le principe son système est universalisable, le manque d'encadrement conduira nécessairement à un aléa de solutions et à une certaine insécurité juridique. L'auteur lui-même en avait conscience, il ajoute que « si le résultat contraire se produit et qu'une

⁴⁴⁵ P. Louis-Lucas, *op. cit.*, §21.

⁴⁴⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 233.

⁴⁴⁷ A. Pillet, Ch. IV, « La loi du moindre sacrifice », in « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, p. 467 et s.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 71.

⁴⁵⁰ A. Pillet, Ch. IV, « La loi du moindre sacrifice », in « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, p. 467 et s.

même loi soit suivant les lieux, tantôt regardée comme territoriale, et tantôt comme extraterritoriale, l'harmonie n'existera qu'entre les Etats qui adopteront la même solution »⁴⁵¹. Ainsi, son système, qualifié d'universel, relève de l'utopie.

174. Une méthode universelle dénuée de neutralité. De plus, le but social des lois étant recherché finalement au travers de la territorialité et de l'extraterritorialité n'est que le prolongement d'une pensée publiciste inadaptable en droit international privé. En effet, si le système doit effectivement être pensé à l'international et notamment de manière universelle, il n'en demeure pas moins qu'il doit également être envisagé en fonction des intérêts privés et non pas des intérêts étatiques, ce que laisse supposer la doctrine de Pillet. Or, si le système qu'il propose s'avère utopique, il n'est pas le seul.

2) La fiction d'un système universel fondé sur l'étude comparative des systèmes

175. Durant le XX^{ème} siècle, un autre auteur a proposé une doctrine universaliste. Pour ce faire, il est parti du postulat selon lequel existait une communauté de droit entre peuples de civilisation identique (a) afin de créer un système universel basé sur l'étude comparative des institutions propres à chaque Etat (b).

a) *Le postulat nécessaire d'une communauté de droit des peuples de même civilisation*

176. Comme Pillet, Lévy-Ullmann est parti du postulat qu'il existe entre les peuples de même civilisation une communauté de droit, « dont la doctrine, la jurisprudence, la pratique et la loi positive elle-même ne sont que (...) les signes révélateurs »⁴⁵². Pour reprendre les propos de ce dernier d'après Marc Ancel, « cet ensemble « contribue à la formation latente d'un Droit pareil chez les peuples de la civilisation commune, que l'on ignore jusqu'au jour où l'œil de l'observateur le découvre et le fait luire aux yeux des initiés »⁴⁵³. Ainsi la doctrine de Lévy-Ullmann se veut universaliste en ce qu'elle est fondée sur l'idée d'une communauté de droit, mais également en ce que sa doctrine, notamment en

⁴⁵¹ A. Pillet, Ch. IV, « La loi du moindre sacrifice », in « Théorie continentale des conflits de lois », *op. cit.*, p. 467 et s.

⁴⁵² M. Ancel, « La doctrine universaliste dans l'œuvre de Lévy-Ullmann », in *L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann, Centre français de droit comparé*, sous la direction de L. Julliot de la Morandière et M. Ancel, Les éditions de l'épargne, 1955, p. 181 et s.

⁴⁵³ M. Ancel, *op. cit.*, p. 181 et s.

droit international privé, se fonde sur une étude comparative des systèmes juridiques, laquelle est favorisée par cette communauté juridique⁴⁵⁴.

b) *Un universalisme limité par le recours à la méthode comparative*

177. L'universalisme au travers d'une étude comparative. Lévy-Ullmann était un comparatiste, tout comme Saleilles et Lambert, et sa méthode consistait « à propos d'un problème donné à « en dégager les principes et voir si ces principes sont admis dans toutes les législations, pourquoi et comment, avec quelle variété, avec quelles modalités » et ainsi « il recherche les solutions admises dans les textes, dans les décisions judiciaires, dans les conventions internationales, voire même dans les Congrès et discussions doctrinales et cela « pour le plus grand nombre de pays possibles », de façon à dresser le tableau des ressemblances et des divergences et à trouver les motifs des unes et des autres »⁴⁵⁵. Il s'agissait donc d'une « confrontation objective » pour ensuite « parvenir à un ajustement et à une adaptation des conceptions propres à chacun des systèmes en présence »⁴⁵⁶.

178. Un universalisme limité à cinq principes communs. Sur cette base, Lévy-Ullmann a considéré qu'« un certain nombre de principes communs (...) ont été (admis) par tous les pays civilisés » et qu'ils sont au nombre de cinq comme la territorialité du régime des immeubles ou encore l'extraterritorialité de l'état des personnes⁴⁵⁷. Ainsi grâce à une étude comparative des systèmes de chaque Etat, il a construit un dispositif de droit des conflits de lois commun, fonction des règles juridiques communes à ces Etats. Cependant, comme il l'a constaté lui-même, son étude comparative en droit des conflits de lois ne l'a conduit qu'à admettre cinq principes communs. Par conséquent, dans les autres hypothèses où aucun principe commun ne se dégage, il faut d'après les ressemblances entre les institutions de chaque pays, déterminer quel est le rattachement qui s'applique à telle catégorie de rattachement. Or, il semble, dès lors qu'aucun rattachement n'est unanime, qu'il ne soit pas possible de considérer qu'une telle méthode conduise à une universalisation du système. En soi, la méthode peut être universelle en ce qu'elle conduit à une étude comparative des systèmes, mais la solution qui s'en dégage pourra nécessairement être variable d'un pays à

⁴⁵⁴ Voir en ce sens : Y. Loussouarn, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *RCDIP* 1979, p. 307, affirmant que : « le droit international privé ayant, plus que toute autre discipline, vocation à l'universalisme, l'intervention du droit comparé est appelée à être plus importante au plan de l'unification du droit ».

⁴⁵⁵ M. Simon-Depitre, « La méthode universaliste en Droit international privé d'après Lévy-Ullmann, in *L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann, Centre français de droit comparé, op. cit.*, p. 198, à propos du Code Bustamante.

⁴⁵⁶ M. Ancel, *op. cit.*, p. 181 et s.

⁴⁵⁷ M. Simon-Depitre, *op. cit.*, p. 213 et s.

l'autre créant ainsi un risque d'inégalité dans le traitement des sujets de droit selon le juge saisi. De plus, une telle méthode laisse une fois encore penser que la neutralité du système est mise de côté, chaque fois que chaque Etat ou chaque juge peut se permettre de faire prévaloir ses intérêts et non pas ceux de ses sujets de droit. Par conséquent, comme le système de Pillet, celui de Lévy-Ullmann est limité.

179. L'universalisme comme guide de l'esprit internationaliste. En outre, bien que les systèmes universalistes soient critiquables dans la forme dans laquelle ils ont été proposés, il demeure que la doctrine de l'universalisme doit bien être celle qui guide l'esprit de l'internationaliste privatiste dans le sens où « le règlement des conflits de lois doit être universel, c'est-à-dire répondre en tous lieux aux mêmes principes de solution »⁴⁵⁸. En effet, le droit des conflits de lois doit être envisagé à une échelle universelle pour aboutir à une égalité de traitement des sujets de droit. Cependant, le préalable n'est pas réellement une communauté de droit préexistante, mais plutôt la mise en place d'une méthode neutre qui permettrait d'évincer toute divergence de solutions et d'atteindre l'universalisme. Pour autant, d'autres, considérant l'universalisme comme une totale utopie, ont opté pour de nouveaux courants doctrinaux.

§ 2 – LE DECLIN DE L'UNIVERSALISME AU PROFIT DU REALISME EN DROIT DES CONFLITS DE LIS

180. La chute de l'universalisme en droit international privé, en raison de son caractère utopique, a suscité l'apparition d'un nouveau mouvement doctrinal au début du XXème siècle. Considérant que tout système de droit des conflits de lois à une échelle mondiale est inenvisageable, la doctrine européenne a construit une nouvelle méthode basée sur des conceptions plus réalistes. De ce fait toute conceptualisation du système de droit des conflits de lois n'est que l'objet d'une appréciation concrète des systèmes juridiques existants. Par conséquent, il a été soutenu que le droit international privé ne pouvait être que particulariste c'est-à-dire national (A). Puis, dans une plus large aspiration internationale, il a été prôné un système de coordination des différents systèmes de droit international privé (B).

⁴⁵⁸ S. Clavel, *op. cit.*, § 42.

A. L'APPARITION D'UN SYSTEME NATIONAL ETRIQUE SOUS L'IMPULSION DU PARTICULARISME

181. En opposition à l'universalisme, d'autres auteurs se sont prononcés en faveur d'un système particulariste de droit international privé c'est-à-dire promouvant un système de conflit de lois purement national, l'universalisme étant un échec (1). Cependant, un tel système, construit sur des solutions nationales des conflits de lois a conduit à un retour en arrière c'est-à-dire au retour des doctrines anciennes issues de l'Ancien Régime (2).

1) La réaction particulariste face à un universalisme chimérique

182. C'est à la fin du XIX^{ème} siècle qu'est apparu le particularisme en Europe, lequel propose un système parfaitement cohérent mais à l'opposé de tout objectif d'unification des règles de droit. Cependant, le particularisme est la conséquence d'une réaction aux doctrines universalistes précédentes (a). C'est pourquoi il conduit, en vertu du droit positif en vigueur, à un système conflictuel dont les règles seraient de source nationale, mais projetées à l'international (b).

a) L'apparition simultanée en Europe du particularisme par souci de positivisme

183. Le particularisme à défaut d'universalisme. Le nationalisme a été l'objet en Europe à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle d'une nouvelle aspiration : l'intérêt national⁴⁵⁹. Tout comme le nationalisme, le particularisme, apparu à la fin du XIX^{ème} siècle n'est que la conséquence du contexte de l'époque. Il s'agit du produit de l'insuccès de l'universalisme. En effet, l'universalisme apparu au XIX^{ème} siècle et soutenu par la doctrine en droit des conflits de lois a été en quelque sorte un échec. En raison de « la faiblesse de plus en plus évidente du rôle joué par les sources internationales »⁴⁶⁰ à la fin du XIX^{ème} siècle et « devant la constatation de la rareté des règles positives universelles et de

⁴⁵⁹ Voir en ce sens : J.-L. Halpérin, Ch. III « l'Europe partagée entre universalisme et particularisme », *op. cit.*, p. 88 et s., lequel expose le contexte juridique de l'époque : « La seconde moitié du XIX^{ème} siècle a vu les progrès notables, dans le monde du droit, d'un esprit internationaliste. Sans renier leur attachement aux spécificités de leur droit national, de plus en plus de juristes se sont ralliés aux idées qui avaient inspiré Savigny et Mancini dès les années 1840-1850 : ils ont cru à l'existence et à l'avenir d'une communauté de droit entre les peuples, ils ont appelé de leurs vœux l'essor d'un droit conventionnel fondé sur des principes généraux admis par le plus grand nombre des nations. Pendant quelques décennies, cet idéal internationaliste a paru assez puissant pour susciter des réalisations concrètes sous la forme de nouvelles codifications nationales consacrant des règles de plus en plus détaillées aux conflits de loi ou de traités multilatéraux allant dans le sens de l'unification du droit international privé. Mais, en retour, ces avancées ont provoqué un regain de nationalisme qui s'est manifesté, chez les juristes, avant même que la Première Guerre mondiale n'ouvre une phase de turbulences dans l'histoire du droit international privé. A travers des controverses souvent très techniques, ce sont des débats fondamentaux sur la nature des lois et du droit qui ont divisé les juristes européens pendant le siècle séparant l'œuvre de Savigny et la fin de la Seconde Guerre mondiale ».

⁴⁶⁰ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 73.

désaccords irréductibles sur certains points »⁴⁶¹, une réaction particulariste s'est produite dans un souci de positivisme.

184. La promotion de solutions nationales de conflit de lois. Cette manifestation a eu lieu simultanément en Europe, et notamment en Italie, France et Allemagne, sous les plumes d'Anzilotti, Bartin et Kahn⁴⁶². Ces auteurs dits particularistes, dans un souci de positivisme, ont considéré que « si les règles de droit international privé sont substantiellement internationales, elles sont formellement internes »⁴⁶³. Ils ont estimé pour reprendre la doctrine d'Anzilotti, qu'« appartiennent exclusivement à l'ordre juridique interne les règles de rattachement par lesquelles s'opère la réception du droit étranger applicable à la solution des questions de droit international privé », donc « les règles de rattachement n'appartiennent en aucune façon au droit international » et « n'ont de valeur que dans la sphère du droit interne »⁴⁶⁴. Finalement, au regard du droit positif en vigueur, à savoir principalement du droit des conflits de lois de source interne, les particularistes ont prôné une solution nationale du conflit de lois. Un tel raisonnement est contraire à l'esprit du droit des conflits de lois, et plus particulièrement à l'égalité de traitement, puisque chaque Etat applique son propre système, la solution variant alors selon le juge saisi. Cependant, ces auteurs, et notamment Bartin, ont proposé une projection des règles nationales à l'international.

b) La proposition d'un système de projection des règles nationales à l'international

185. La projection des règles nationales à l'international. C'est en Allemagne que l'on considère que les bases du particularisme ont été posées. En effet, « le premier jalon du particularisme » est imputable à Kahn lorsqu'il a découvert « en 1891 le problème du conflit des qualifications en le résolvant par l'application de la loi du for ». En France, Bartin a poursuivi cette étude du problème de qualification pour affirmer la doctrine particulariste⁴⁶⁵. Il considérait que « nous ne disposons (...) jamais, en droit international privé positif, que de sources nationales »⁴⁶⁶. « Son point de départ est l'exploration des conséquences qui résultent dans le système de conflits de lois de chaque pays de ce que les autres pays appliquent des

⁴⁶¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 155.

⁴⁶² H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 241.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 57, citant spécialement Anzilotti, in *Teoria del diritto int. privato passim et règles générales des conflits de lois*, Recueil 1936, t. 58, p.85-86 et 90-91.

⁴⁶⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 241.

⁴⁶⁶ E. Bartin, *op. cit.*, § 55.

règles de conflits différentes »⁴⁶⁷. Il a alors établi que les sources du droit international privé sont au nombre de trois : la loi, la coutume, le traité, les deux premières étant de sources purement nationales à son sens ; et il a ajouté pour le traité que « sa force obligatoire n'a pas d'autre origine que celle où la loi elle-même prend sa source », « il fonctionne nécessairement comme elle, et contracte (...) le caractère national de la loi »⁴⁶⁸. Par conséquent, Bartin a déterminé que chaque Etat possède son propre système de conflit de lois lequel émane de sources purement nationales. Ceci se justifie davantage dans la mesure où il est convaincu que le droit international privé a pour mission de résoudre des conflits de souverainetés⁴⁶⁹. Sur la base de ce constat, il a observé que toute suppression du conflit de lois semble impossible⁴⁷⁰ et a établi que les règles de conflit ne sont et ne doivent être finalement que la projection des règles nationales sur le plan du droit international⁴⁷¹.

186. Une doctrine fataliste contraire à l'objet de la discipline. Si la théorie de Bartin, ou plus largement le mouvement particulariste, se justifie sur la base du raisonnement relatif au problème de qualification, cela ne suffit pas à ériger ce raisonnement en principe général applicable à un système entier de droit des conflits de lois⁴⁷². Effectivement, le peu de sources internationales de l'époque laisse à penser que les règles de conflit sont de sources nationales, mais cela ne doit pas être une fatalité. L'objet du droit des conflits de lois consiste en l'union de ses règles pour un juste traitement des sujets de droit. La critique est d'autant plus vive que le particularisme conduit de manière indirecte aux vieilles traditions de l'Ancien Régime.

2) L'assimilation du particularisme aux doctrines de l'Ancien Régime

187. Le particularisme est apparu au XX^{ème} siècle postérieurement au mouvement personnaliste promu par Mancini. Cependant, cette conception uniquement nationale du conflit de lois a conduit la nouvelle doctrine à se classer dans le rang des théories nationalistes (a). Celles-ci ont même contribué à en faire une doctrine territorialiste (b).

⁴⁶⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 241.

⁴⁶⁸ E. Bartin, *op. cit.*, § 55.

⁴⁶⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 72.

⁴⁷⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 155.

⁴⁷¹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 72.

⁴⁷² Pour aller plus loin à propos de la doctrine de Bartin, voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 44 : « Pour déterminant que soit l'apport de cette théorie en termes de méthode, elle ne suffit pas à expliquer que les Etats aient juridiquement la liberté de définir comme ils l'entendent leurs règles de conflit. Cette liberté s'explique plus simplement par le constat, aujourd'hui unanime, qu'il n'existe aucune prescription de droit international public de nature à encadrer la définition, par les Etats, de leurs systèmes de droit international privé ».

a) *L'esprit nationaliste imputable à la doctrine du particularisme*

188. Le particularisme nationaliste. Le nationalisme, entendu comme politique favorable au rattachement à la loi nationale, animait la doctrine en droit international privé depuis le XIX^{ème} siècle. Cet esprit s'est propagé au XX^{ème} siècle et notamment dans les doctrines particularistes. En effet, on retrouve notamment dans la doctrine de Bartin une grande place pour le « sentiment national », « il accorde à la loi nationale un domaine nettement plus étendu que celui qui lui est reconnu en jurisprudence »⁴⁷³. Il s'agit là de l'héritage laissé par Mancini, lequel a su conquérir l'esprit des particularistes et notamment celui de Bartin. D'ailleurs, ce dernier Bartin a résolu le problème des qualifications sur cette base en considérant que « la qualification des institutions dépend donc toujours, en France, de la loi française parce qu'elle dépend toujours, dans un Etat donné, de la loi de cet Etat, quelles que soient, d'ailleurs en France comme dans un Etat quelconque, les conséquences de cette qualification : c'est le principe même du droit international privé qui le veut ainsi »⁴⁷⁴. Finalement, par ce particulariste nationaliste, le système de droit des conflits de lois demeure envisagé au regard d'une philosophie publiciste c'est-à-dire essentiellement en lien avec l'Etat.

189. Le retour du droit des conflits de lois publiciste. En réalité, si les particularistes sont partis du constat réaliste que le droit des conflits est de source nationale et qu'il ne peut en être autrement, ils ont envisagé le conflit de lois comme un conflit de souverainetés. Par conséquent, là où Savigny avait évolué, les particularistes ont reculé, ou du moins s'en sont tenus à la philosophie publiciste émanant de l'Ancien Régime⁴⁷⁵. Il semble regrettable qu'au XX^{ème} siècle, le droit international privé et spécialement le droit des conflits de lois soit encore envisagé sous un angle publiciste dans la mesure où celui-ci n'est pas conforme à la nature même de la discipline. Il convient de soustraire ces vieilles considérations de la doctrine du droit international privé pour obtenir un droit neutre et universel. Pourtant, en adoptant une attitude nationaliste, les particularistes ont favorisé une approche du droit international privé davantage territorialiste.

⁴⁷³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 241.

⁴⁷⁴ E. Bartin, *op. cit.*, § 86.

⁴⁷⁵ Voir notamment en ce sens : H. Muir-Watt, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *RCDIP* 1986, p. 425 : « Ces liens entre le droit international privé et la philosophie du droit expliquent, il est vrai, que l'évolution historique du premier obéisse, en dépit de la diversité des solutions positives, à certaines tendances universelles. Ainsi, le mouvement contemporain de privatisation du droit des conflits de lois reflète l'abandon généralisé des conceptions étatistes du droit. Mais le particularisme réapparaît aussitôt dans la façon dont chaque système appréhende et assimile les facteurs de changement en fonction de sa tradition et de sa culture propres ».

b) *De l'essence nationaliste au caractère territorialiste attribués au particularisme*

190. Du particularisme nationaliste au particularisme territorialiste. Pour reprendre les propos des Professeurs Bernard Audit et d'Avout, « paradoxalement le nationalisme s'accommode plutôt mieux du territorialisme que du personnalisme »⁴⁷⁶. C'est ainsi que les particularistes, par leur nationalisme, ont été conduits au territorialisme⁴⁷⁷. En effet, avant Martin, Gabriel de Vareilles-Sommières, conduit par son nationalisme s'est dirigé sur la voie du territorialisme⁴⁷⁸ considérant que « la loi ne peut s'appliquer en dehors du ressort territorial de l'Etat qui l'a promulguée » ; « chaque Etat est indépendant et est libre de faire ce qui lui plaît », ainsi « il faut partir du principe de territorialité et appliquer des lois territoriales »⁴⁷⁹. La doctrine de Martin le confirme, puisque si elle laisse un domaine important à la loi nationale, « sa doctrine vérifie l'assertion d'après laquelle territorialisme et particularisme sont généralement liés »⁴⁸⁰.

Également, la doctrine de Niboyet est classée au rang des doctrines territorialistes mais considérée originellement comme nationaliste. En effet, il souhaitait garantir la défense des intérêts français et estimait qu'il convient de rechercher « la solution la plus conforme aux intérêts nationaux », « c'est pourquoi en matière d'état et de capacité des personnes, il (préférerait) la loi du domicile à la loi nationale »⁴⁸¹. En réalité, il a principalement construit le problème des conflits de lois sous l'angle de considérations politiques. A ce titre, il a expliqué que « l'autorité du législateur sur son territoire est une question politique » et que « le choix entre la nationalité et le domicile, par exemple, pour la détermination du statut personnel,

⁴⁷⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 156.

⁴⁷⁷ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 214 : « La doctrine de d'Argentré a connu un renouveau en France à la fin du XIXème dans la première moitié du XXème avec des auteurs comme Vareilles-Sommières et Niboyet. Ces auteurs l'ont modernisée en la détachant de son contexte féodal et systématisée pour faire du principe de territorialité des lois, non seulement le fondement de l'application de la loi du for aux faits et actes réalisés sur le territoire français, mais aussi le fondement de l'application de la loi étrangère aux faits et actes produits à l'étranger ».

⁴⁷⁸ Pour aller plus loin, voir en ce sens : Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 141, expliquant la pensée du marquis de Vareilles-Sommières et indiquant que chaque Etat est souverain et que sa souveraineté ne s'exerce que dans les limites de son territoire, ainsi « si le législateur et le juge français sont conduits à faire une certaine place à la loi étrangère, c'est en vertu d'une simple idée de courtoisie », « aucune obligation juridique d'accueillir la loi étrangère ne pèse sur eux ».

⁴⁷⁹ L. Perezniesto Castro, 7. « L'époque moderne (du XIXème siècle à nos jours) », in « Le concept de territorialisme dans le droit », *RCADI*, 1985, vol. n°190, p. 300 et s., et spécialement p. 306 et 307.

⁴⁸⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 143.

⁴⁸¹ *Ibid.*, § 142.

dépend entre autres éléments, de l'opportunité d'une assimilation plus ou moins rapide des étrangers immigrés »⁴⁸².

191. Le droit des conflits de lois objet de politiques étatiques. Finalement, au regard des différentes doctrines du droit international privé, la discipline du droit des conflits de lois est essentiellement conçue au regard d'une politique étatique. Or, il s'agit de la difficulté principale à laquelle la matière est confrontée. La vocation propre de celle-ci est de construire un système unique applicable à tout sujet de droit. Cependant, tant que celui-ci sera constitué individuellement et conformément à des idéologies politiques et étatiques, cet objectif ne sera pas atteint.

192. Vers l'exclusion du particularisme au profit de la coordination des systèmes. De plus, « s'il est légitime de mettre au premier plan l'intérêt national dans le règlement des matières de droit international privé, il n'est pas moins indispensable de tenir compte de l'existence d'une vie et d'une communauté internationales, et donc de composer entre différents intérêts pour parvenir à une certaine harmonie de solutions »⁴⁸³. Ainsi, s'il convient de partir de la réalité du système pour le penser à l'international, il ne faut en aucun cas se résoudre à le considérer comme éternellement national. C'est pourquoi pour pallier le cloisonnement du système proposé par la doctrine du particularisme, une dernière tendance s'est révélée en droit international privé consistant à coordonner les différents systèmes juridiques.

B. DU PARTICULARISME A LA COORDINATION DES SYSTEMES : ENTRE POSITIVISME ET REALISME

193. Postérieurement à l'avènement du particularisme au début du XX^{ème} siècle, une nouvelle doctrine est apparue grâce à la méthode utilisée par les particularistes pour concevoir le droit international privé, et conséquemment le droit des conflits de lois. En effet, partant de l'idée que le droit international privé doit être envisagé au regard d'une analyse réaliste et plus précisément positive, d'autres auteurs ont proposé une doctrine qualifiée de coordination des systèmes tendant nécessairement à faire cohabiter les systèmes juridiques existants selon la situation internationale. Pour ce faire, les uns ont adopté une approche de coordination juridique (1), les autres, une approche de coordination fonctionnelle (2).

⁴⁸² H. Batiffol, Ch. I, « Universalisme et particularisme », « Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *op. cit.*, p. 9 et s.

⁴⁸³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 156.

1) L'amorce d'une méthode conforme à l'objet du droit des conflits de lois au regard de la coordination juridique

194. Durant l'entre-deux-guerres, la méthode comparative a été fortement utilisée par plusieurs auteurs pour envisager le système de droit des conflits de lois sous un nouvel angle. Par cette méthode, certains auteurs ont appréhendé la discipline sous forme d'une coordination juridique du système. Pour l'envisager, il a été considéré en premier lieu que l'objet du droit des conflits de lois était celui d'un conflit de compétences législatives (a) qui doit finalement être résolu par le recours à la loi la plus appropriée c'est-à-dire celle qui garantit le mieux les intérêts privés. Cependant, cette méthode s'avère insuffisante puisqu'elle engendre un certain aléa (b).

a) *Le conflit de compétences législatives enfin reconnu comme objet du droit des conflits de lois*

195. La doctrine comparative de Maury. Par le biais de la tendance comparative qui se fait jour principalement en Europe, durant l'entre-deux-guerres, certains auteurs ont « ouvert les voies à la connaissance comparative » et notamment Maury⁴⁸⁴. S'inscrivant dans la suite du mouvement particulariste, il a exposé qu'il faut « tenir pour impossible l'établissement d'un système général de solution des conflits » et a précisé que « le droit international privé, spécialement le droit international privé comparé, est une science trop imparfaite, trop inachevée pour que des généralisations objectives puissent être tentées avec quelque chance de succès »⁴⁸⁵. Il considère donc que « toute théorie générale apparaît (...) comme impossible »⁴⁸⁶. Finalement, il a rejoint en quelque sorte le postulat de Bartin selon lequel tout système à l'international est inenvisageable. Cependant, contrairement aux particularistes, Maury a considéré que « cela ne signifie pas qu'il ne faille tenter de dégager des principes capables d'éclairer le législateur aussi bien que le juge »⁴⁸⁷. Sur cette base il a proposé de distinguer les catégories juridiques fondamentales et ensuite de considérer les faits pour les classer dans l'une de ses catégories ; et ce travail s'effectuera suivant les conceptions du for, expression de la vérité nationale⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242.

⁴⁸⁵ J. Maury, P. I, S.II « La nature de la règle de conflit », in « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, 1936, vol. n°57, p. 407 et s., spéc. p. 416.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 38.

⁴⁸⁸ *Ibid.*

196. L'assimilation du conflit de lois à un conflit de compétences législatives. De plus, selon lui, les solutions admises seront appliquées par réciprocité puisque « de façon plus générale, tout Etat doit, en droit international privé, accepter, pour sa souveraineté législative, les limites qu'il édicte pour celle des autres Etats ; il doit poser des règles universelles conformément à la maxime kantienne de morale »⁴⁸⁹. Ainsi, « du point de vue du droit international public, la règle de réciprocité est une conséquence de l'égalité juridique des Etats : la délimitation des souverainetés législatives par l'Etat qui établit son droit de conflit ne peut, sans violer cette égalité, faire acception de la souveraineté qui va bénéficier ou souffrir de la norme édictée »⁴⁹⁰. En d'autres termes, Maury a envisagé les conflits de lois comme un conflit de compétences législatives et non plus comme un conflit de souverainetés, et ceci le conduit à considérer que le droit des conflits de lois a plutôt vocation à répartir cette compétence législative⁴⁹¹ qu'à établir des règles de droit matériel universelles. Ainsi, sa conception a pu être qualifiée de coordination juridique du système.

197. Une méthode insuffisante en termes de neutralité. Il convient de partager cette analyse du conflit de lois en ce sens qu'il est impossible d'établir un système de règles matérielles universalisables. En revanche, il est possible de construire un système conflictuel applicable à toute situation. La doctrine de Maury est critiquable en ce que le simple fait de créer des catégories de rattachement dans lesquelles serait rangée chaque situation litigieuse, selon les conceptions du for, paraît insuffisant. Il convient nécessairement d'aller plus loin en proposant ne serait-ce qu'un facteur de rattachement, voire en mettant de côté cette analyse selon les conceptions du for. Tout laisse croire que pour parvenir à un traitement égalitaire du sujet de droit, le droit des conflits de lois doit être construit, abstraction faite des conceptions du for, et en fonction de la situation litigieuse. C'est pourquoi cette conception de coordination juridique paraît insuffisante à établir un système complet. Reste que la méthode comparative a été soutenue par d'autres auteurs. Elle ne peut donc être évincée de la recherche de méthode applicable au droit des conflits de lois. Elle a d'ailleurs permis la construction d'une méthode fondée sur la loi la plus appropriée.

b) Une méthode inachevée fondée sur la recherche de la loi la plus appropriée

198. La recherche de la loi la plus appropriée selon Savatier. De l'idée que le conflit de lois n'est autre chose qu'un problème de répartition de compétences législatives, un

⁴⁸⁹ J. Maury, *op. cit.*, p. 407 et s., spéc. p. 424 et 425.

⁴⁹⁰ *Ibid.*, spéc. p. 425.

⁴⁹¹ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 39.

autre auteur, Savatier, a proposé de déterminer en réalité quelle est la loi la plus appropriée à la situation litigieuse. Pour y parvenir, il a proposé d'appliquer la loi qui assure la meilleure protection des intérêts privés ; et sur cette base, il « (a dégagé) le domaine normal de chaque loi, dans le respect combiné des souverainetés étrangères et des nécessités nationales »⁴⁹². Par conséquent, « il (a tenu) pour acquises toute une série de solutions dont le temps et l'observation paraissent avoir vérifié l'exactitude » et il a pu « énoncer les rattachements de base, dont seules les délimitations exactes peuvent être discutées, alors que leur principe même ne saurait plus l'être »⁴⁹³.

199. Une recherche conditionnée à une étude comparative des rattachements.

L'auteur a donc parfaitement poursuivi le raisonnement de Maury mais est allé plus loin en proposant, sur la base d'une analyse comparative, d'établir les rattachements imputables à telle ou telle situation. Si le conflit de lois doit bien être perçu sous la forme d'un problème de répartition de compétence, tout comme la loi la plus appropriée doit être celle qui garantit le mieux les intérêts privés, l'idée selon laquelle les rattachements doivent être figés et l'objet d'une analyse comparative est à rejeter. En effet, si les bases du système de droit des conflits de lois sont critiquées comme étant originellement publicistes notamment au regard de ses facteurs de rattachement, ce n'est pas pour admettre aujourd'hui que ces derniers doivent être conservés.

200. Une recherche affectée par les idéologies publicistes.

Effectivement, l'analyse du droit des conflits de lois ne peut pas conduire d'une part à l'envisager comme un problème de répartition de compétence, résolu conformément aux intérêts privés, et d'autre part à l'encadrer par des rattachements objet d'une analyse comparative, alors que ces derniers sont issus de considérations historiques inadaptées⁴⁹⁴. Les rattachements doivent donc être révisés, et ne doivent pas nécessairement être l'objet de cette analyse comparative en droit des conflits de lois. Également, le droit des conflits de lois ne doit plus être interprété selon les conceptions du for, il faut dépasser cette pensée comme l'avait proposé Rabel en proposant « par l'utilisation de la méthode comparative, des concepts autonomes, différents des concepts

⁴⁹² P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 40.

⁴⁹³ *Ibid.*

⁴⁹⁴ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, p. 503, laquelle présente notamment la dimension ethnocentrique du droit comparé conduisant à une certaine subversion et soulève la question de la partialité de la méthode : « en faisant prendre conscience des ressources culturelles de son propre système pour générer de nouvelles réponses juridiques, le potentiel subversif de la comparaison n'est pas encore pleinement réalisé. Tout dire, est une chose. Le dire sans partialité, n'affirmer rien que la vérité, en est une autre ».

internes et dotés d'une portée universelle »⁴⁹⁵. Cette théorie a pu être considérée comme utopique à l'époque, mais semble tout de même envisageable à une échelle régionale, notamment dans l'Union européenne. De plus, ce stade de la qualification pourrait être dépassé notamment en adoptant un rattachement unique⁴⁹⁶. En résumé, l'analyse de coordination juridique proposée par ces auteurs est pertinente, mais n'est pas suffisante pour façonner un système de droit des conflits de lois unique garantissant une égalité de traitement des sujets de droit. Pour autant, d'autres auteurs, inspirés par cette méthode comparative l'ont développée et ont envisagé le système de droit des conflits de lois comme une coordination fonctionnelle.

2) L'émergence de méthodes inappropriées en droit des conflits de lois par le recours à la coordination fonctionnelle

201. La fin du XXème siècle est marquée par une nouvelle conception du droit international privé qui se veut plus substantielle. En effet, la doctrine relative à la coordination juridique a permis l'apparition de nouvelles analyses, non plus juridiques, mais fonctionnelles du droit des conflits de lois. Il a alors pu s'agir d'envisager la résolution des conflits de lois de nouveau conformément à une approche comparative (a), ou encore de coordination des systèmes juridiques (b).

a) *La résolution fonctionnelle de conflits d'intérêts privés par une approche comparative*

202. L'élaboration des règles de conflit au regard des intérêts en cause. Durant le mouvement d'étude comparative du XXème siècle, un auteur français, Lerebours-Pigeonnière, s'est également penché sur la question du conflit de lois, et plus particulièrement des règles de rattachement pour opter pour une approche fonctionnelle du droit international privé. Pour ce faire, l'auteur est parti du postulat selon lequel les conflits de lois ne sont pas des conflits de souverainetés, mais des conflits d'intérêts particuliers⁴⁹⁷. L'auteur a donc jugé que « le problème consiste à régler finalement des relations de droit privé » et par conséquent que « notre tâche est de trouver des solutions d'abord utiles aux intérêts particuliers »⁴⁹⁸. Il a alors procédé à l'analyse des règles de rattachement. Il estime que ce sont « des règles nationales complémentaires du droit privé français »⁴⁹⁹. Ainsi, on constate le

⁴⁹⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 265.

⁴⁹⁶ Cf. *infra* § 1113 et s.

⁴⁹⁷ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 30.

⁴⁹⁸ H. Batiffol, Ch. I, « Universalisme et particularisme », « Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *op. cit.*, p. 9 et s.

⁴⁹⁹ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 30.

rapprochement avec le particularisme en raison d'une conception nationale du conflit de lois. Cependant, l'auteur a observé que « l'élaboration de la règle de conflit, tout en tenant compte de la teneur de la règle interne, doit aussi se pencher sur les circonstances de la vie internationale »⁵⁰⁰. Partant de cette observation, Lerebours-Pigeonnière a proposé une nouvelle approche du droit des conflits de lois consistant à prendre en compte, dans l'élaboration du système conflictuel, différents intérêts. Ces intérêts sont les suivants : les intérêts étatiques « recherchant le bien commun dans la législation civile », les intérêts des particuliers « afin de répondre à leurs attentes », et les intérêts de la société internationale « qu'il convient d'ordonner »⁵⁰¹. En effet, il a affirmé que l'analyse du droit interne tient une grande place dans l'élaboration des règles de rattachement, mais ce n'est pas pour autant que les données internationales doivent être négligées « car elles permettent de faire entrer dans le Droit international privé national ce qui peut être retenu des aspirations universelles »⁵⁰².

203. Vers un système universel par recours à la méthode comparative. La proposition faite par Lerebours-Pigeonnière de prendre en compte tous ces intérêts conduit à établir un système relativement universel⁵⁰³ en ce que cette prise en compte pourrait mener à l'élaboration de règles de rattachement applicables à l'international. Pour parvenir à un tel dispositif, l'auteur a alors usé de la méthode comparative afin d'opérer « une synthèse des différents facteurs qui concourent à déterminer l'élaboration des règles du droit international privé »⁵⁰⁴. Il est convaincu qu'« il est possible de dégager de la nature des choses et des arrêts les principes généraux qui dominant notre droit positif »⁵⁰⁵. En allant plus loin, il a précisé qu'il convient de prendre en compte dans la construction des règles de rattachement la nature juridique et le but social des institutions, ce qui suppose de prendre en compte « le donné et le construit »⁵⁰⁶.

204. Le caractère inadapté de la méthode comparative. Il semble que la doctrine proposée par l'auteur soit louable en ce qu'elle conduit à considérer le conflit de lois comme un conflit d'intérêts privés dont la réglementation doit être fonction d'intérêts multiples. Ce type de raisonnement conduit nécessairement à appréhender de manière plus juste les

⁵⁰⁰ H. Batiffol, Ch. I, « Universalisme et particularisme », « Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *op. cit.*, p. 9 et s.

⁵⁰¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 160.

⁵⁰² P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *op. cit.*, § 309.

⁵⁰³ *Ibid.*, § 67.

⁵⁰⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242.

⁵⁰⁵ P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *op. cit.*, § 301.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, § 307.

situations litigieuses dans lesquelles sont impliqués les sujets de droit. De plus, cela invite à créer un système de droit des conflits de lois à une échelle universelle. Cependant, l'approche de l'auteur est concrète et « cantonnée sur le terrain du droit positif ». Par conséquent, l'édification d'un dispositif sur la base d'une analyse comparative du droit positif ne peut s'adapter aux évolutions sociétales. En effet, ce dispositif ne sera l'objet que d'une époque donnée ce qui le rend inadaptable aux évolutions futures et donc potentiellement vétuste. En outre, une difficulté apparaît quant à la conciliation des divers intérêts avancés par l'auteur dans la mesure où ces intérêts peuvent tout de même varier d'un point de vue à l'autre. Ainsi, il ne permettrait pas de dégager un ensemble législatif applicable aux Etats du monde entier. Néanmoins, l'approche fonctionnelle du droit international privé de Lerebours-Pigeonnière est considérablement importante en ce qu'elle envisage le conflit de lois comme un conflit d'intérêts privés mais n'est pas suffisante dans la mesure où le recours à la méthode comparative ne permettra pas d'établir un système universel de droit des conflits de lois mais simplement d'ériger quelques principes généraux. Or, l'objectif du droit des conflits de lois est nécessairement celui d'une unification de ses règles permettant de traiter tout sujet de droit de manière identique. Néanmoins un autre auteur a proposé une approche fonctionnelle du droit international privé, mais différente de celle de Lerebours-Pigeonnière.

b) *La résolution fonctionnelle des conflits d'intérêts privés par une coordination des systèmes*

205. La méthode de coordination des systèmes. Dans la poursuite des idées de Lerebours-Pigeonnière, Batiffol, faisant preuve de réalisme et usant de la méthode comparative, a proposé de « coordonner les différents systèmes de conflits qui peuvent être impliqués dans un litige »⁵⁰⁷. Il affirme que « le développement moderne du droit international privé suggère l'idée qu'il tend vers un ordre de systèmes, en ce sens qu'il travaille à la coordination de systèmes distincts coexistants, afin de soumettre à un régime défini les relations privées qui, par leur caractère international, se présentent comme s'insérant simultanément dans plusieurs systèmes différents »⁵⁰⁸. Cependant, comme Lerebours-Pigeonnière, il a préalablement constaté que, aujourd'hui, « l'ordre ainsi établi

⁵⁰⁷ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 72.

⁵⁰⁸ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 7.

n'est aucunement susceptible de généralisation qui lui donnerait une valeur universelle » et que « les législateurs et juges ont la faculté de décider de leur propre initiative »⁵⁰⁹.

206. Une méthode guidée par le substantialisme. Se résolvant à une impossible uniformisation d'un dispositif en droit des conflits de lois et dans un souci de coordination des différents systèmes, Batiffol est convaincu que les solutions du droit international privé « doivent rechercher l'équité et l'utilité réclamée par les intérêts privés, la première de ces deux notions emportant un souci du respect, dans une recherche d'égalité, de toute personne, fût-elle étrangère »⁵¹⁰. Ainsi le résultat du conflit de lois doit être guidé par des considérations substantielles et quelque peu philosophiques. L'idée est louable et véritable en ce que le droit international privé doit s'efforcer de respecter ces principes fondamentaux mis en corrélation avec les intérêts privés.

207. Une méthode soumise à l'arbitraire du juge. L'orientation choisie par l'auteur consiste donc pour chaque tribunal, de chaque pays, à « considérer ce que, sur une question qui l'intéresse, décide son propre droit » et « ce que décident les autres pays intéressés à la même question, dans le dessein de la résoudre par l'adoption d'une solution conciliatrice »⁵¹¹. Or la beauté de l'idée n'en fait pas un système réalisable. En effet, une telle doctrine donne, une fois encore, un pouvoir relativement vaste au juge quant à la solution du conflit de lois. Cette absence d'encadrement peut alors conduire à un pouvoir arbitraire du juge, et potentiellement à une promotion des intérêts étatiques, et non plus privés.

208. Les conceptions fonctionnelles inappropriées eu égard à l'égalité de traitement. Finalement, ces conceptions fonctionnelles du droit international privé constituent nécessairement une évolution dans l'élaboration du système de droit des conflits de lois. Elles ont permis, enfin, de rendre au droit des conflits de lois sa véritable orientation, à savoir la garantie des intérêts privés. Par conséquent, il est effectivement indéniable que toute méthode de solution au problème du conflit de lois doit être érigée de prime abord en considération des intérêts privés, et non pas des intérêts étatiques. Cependant, si le droit des conflits de lois doit être appréhendé conformément aux intérêts privés, il se doit de garantir à chacun une égalité de traitement par le biais d'une approche neutre du conflit de lois. Or, les doctrines fonctionnelles du droit international privé, se contentant d'une analyse concrète et comparative ne peuvent aboutir à un traitement identique du sujet de droit, et ceci d'autant

⁵⁰⁹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 46.

⁵¹⁰ *Ibid.*, § 102.

⁵¹¹ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 54.

moins lorsque la solution du conflit de lois est laissée entièrement aux mains du juge. Ainsi, si le droit des conflits de lois doit être fonction des intérêts des particuliers, il doit nécessairement tendre à l'universel.

209. Vers la réalisation de la neutralité et de l'égalité de traitement en droit des conflits de lois. Au regard de ces diverses doctrines européennes, le droit des conflits de lois a été pensé sous une nouvelle approche laquelle permet d'envisager un système davantage orienté vers l'égalité et la neutralité. Cependant, ces doctrines contemporaines ne sont pas parfaitement réalisables ce qui limite nécessairement leur portée. Néanmoins, pour répondre à la vocation propre du droit des conflits de lois, il est important de conserver certains de leurs traits, notamment en considérant que la discipline se doit de résoudre un conflit de compétences législatives conformément aux intérêts privés en optant pour un système à vocation universelle. Pour y parvenir, les différents mouvements doctrinaux existants depuis l'Ancien Régime invitent à bannir toute forme de partialité et principalement de considérations politiques. Le système devra nécessairement être neutre. Pourtant, durant la période contemporaine, parallèlement à la doctrine européenne, les Etats-Unis ont connu une révolution doctrinale consistant à adopter une approche essentiellement substantielle du conflit de lois. Contrairement à la doctrine française, qui a fait peu de cas du résultat substantiel, sauf à la fin du XXème siècle, la doctrine américaine a érigé celui-ci au rang de principe. Il s'agissait d'une rupture totale avec la méthode classique dite savignienne.

SOUS-SECTION 2 : LE DROIT DES CONFLITS DE LOIS REVISITE PAR LE MATERIALISME AMERICAIN

210. Concomitamment aux doctrines contemporaines européennes, la doctrine américaine a proposé de nouvelles théories en réaction à la méthode classique. Ce mouvement a été qualifié « d'impressionnisme juridique » en ce « qu'(il) procède par petites touches, comme l'Ecole impressionniste en matière picturale »⁵¹². En effet, ces doctrines se recommandent d'un réalisme poussé en « recherchant la meilleure solution dans chaque cas »⁵¹³. Par conséquent, les doctrines américaines contemporaines préconisent une approche purement fonctionnelle du droit des conflits de lois (§1). Cependant partant d'une conception se voulant adaptée à chaque situation, cette doctrine a proposé un système inapproprié à

⁵¹² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 185.

⁵¹³ *Ibid.*

l'objet du droit des conflits de lois c'est-à-dire opposé à la mise en œuvre d'un système neutre et universel (§2).

§ 1 – LE SYSTEME DE DROIT DES CONFLITS DE LOIS AMERICAIN SUBSTANTIELLEMENT FONDE AU REGARD DES INTERETS PRIVES

211. La révolution américaine a donné naissance à un nouveau mouvement doctrinal guidé par le substantialisme⁵¹⁴. Ce dernier consiste à envisager le conflit de lois sur la base d'une analyse concrète de la situation litigieuse permettant ainsi de viser un résultat substantiel particulier répondant d'une politique publique⁵¹⁵. Par conséquent, les doctrines américaines ont promu un système de droit des conflits de lois dont l'objet n'est que son résultat substantiel (A). Parmi ces doctrines, une en particulier s'est attachée à promouvoir les intérêts des particuliers par la prise en compte des points de contact entre la situation litigieuse et la loi applicable (B).

A. LA PROMOTION D'UN SYSTEME CONFORME A UN RESULTAT SUBSTANTIEL ABSTRAIT

212. Afin de contrer la méthode classique et de permettre un résultat plus adapté à chaque situation internationale, la doctrine américaine s'est évertuée à créer de nouvelles méthodes garantissant la mise en place d'un système conformément à un résultat à atteindre. Celui-ci s'est réalisé au regard d'objectifs publicistes, notamment en créant une doctrine favorable à la garantie des intérêts gouvernementaux (1). Puis, il s'est davantage matérialisé au travers d'un principe dit de justice universelle (2).

1) La méthode contestable des intérêts gouvernementaux au regard de la nature du droit international privé

213. A la suite du mouvement révolutionnaire de la doctrine américaine, s'est mise en place la méthode des intérêts gouvernementaux. Celle-ci a été conduite au regard d'une orientation étatique puisque son résultat substantiel vise les intérêts gouvernementaux. Cependant, elle a mené divers auteurs à plusieurs théories dont les résultats se sont avérés différents, certains menant à l'application exclusive de la loi du for (a), d'autres à l'application indifférente de la loi du for et de la loi étrangère (b).

⁵¹⁴ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 221 : « Le dénominateur commun des doctrines qu'on regroupe sous la bannière de « l'école américaine » est de refuser un mode abstrait de désignation du droit compétent, et de préférer induire ce choix du résultat à atteindre ».

⁵¹⁵ S. Clavel, *op. cit.*, § 68.

a) *L'application exclusive de la loi du for au regard d'intérêts politiques étatiques*

214. La méthode des intérêts gouvernementaux. La révolution américaine a été le début d'une nouvelle conception du conflit de lois, basée notamment sur la méthode des intérêts gouvernementaux. Cette nouvelle doctrine considérerait que « c'est simplement lorsque deux ou plusieurs règles se veulent applicables à une même question que l'on est en présence d'un « vrai conflit » et qu'une solution doit être trouvée »⁵¹⁶. Par conséquent, « cette doctrine propose de déterminer l'importance respective des intérêts qu'a chaque Etat en présence à l'application de sa propre loi dans le cas considéré »⁵¹⁷. Par exemple, « un Etat pourrait avoir intérêt à l'application de sa loi en matière contractuelle en vue de la sécurité des transactions »⁵¹⁸.

Cette doctrine est classiquement attribuée à Currie, lequel a développé la théorie suivante : les lois substantielles de tous les Etats sont traitées de la même manière, car toutes sont appliquées selon les mêmes points de contact⁵¹⁹. Par conséquent, pour déterminer la loi compétente, il convient de se référer à ces points de contact. Ainsi, le raisonnement à suivre serait tout d'abord de déterminer quelle politique sert de base à une règle de droit matériel donnée, et ensuite, de vérifier si l'Etat a un intérêt dans l'application de cette politique en l'espèce⁵²⁰. Ainsi, le raisonnement du juge est *a priori*, et surtout fondé sur un résultat à atteindre de nature publiciste. En effet, le juge serait le protecteur des intérêts et de la politique de l'Etat, à défaut des intérêts des particuliers⁵²¹.

215. L'application exclusive de la loi du for. Cette doctrine a aussi été prônée par d'autres auteurs, et notamment par Ehrenzweig, lequel rejoint la position de Currie considérant que tout choix de loi devrait être fondé sur une interprétation consciente de *lege lata*⁵²². Pour aller plus loin, pour ces auteurs, « la solution du vrai conflit passe en principe par l'application de la loi du for »⁵²³. En effet, comme l'ont expliqué Batiffol et le Professeur Lagarde, la compétence de la *lex fori* se justifie, selon Currie, soit par son intérêt réel à

⁵¹⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵¹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 191.

⁵¹⁸ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 221.

⁵¹⁹ G. Kegel, Part. I, Ch. II « Traditional approach », in « Governmental Interests : Brained Currie », *RCADI*, 1964, vol. n° 112, p. 102.

⁵²⁰ G. Kegel, Part. I, Ch. V « Policy and Interest », *op. cit.*, p. 113.

⁵²¹ Pour aller plus loin, voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 358 : « Les intérêts privés ne sont pas ignorés, mais sont « subsumés » sous ceux des Etats ; assurer la réalisation des politiques législatives, c'est donc assurer l'épanouissement des intérêts privés arbitrés démocratiquement par les divers législateurs ».

⁵²² A. A. Ehrenzweig, *Private international law*, Sijthoff, 1967, s. 39, p. 93.

⁵²³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

s'appliquer, soit, en cas de vrai conflit entre deux lois étrangères, par le défaut de pouvoir du juge de trancher entre les intérêts légitimes en conflit de deux Etats étrangers⁵²⁴.

216. Le retour du souverainisme. Le droit des conflits de lois est donc fonction des intérêts gouvernementaux c'est-à-dire d'intérêts politiques étatiques. En sus, le conflit de lois est résolu nécessairement par la *lex fori*. Ainsi, si la révolution américaine s'est voulue en rupture avec les doctrines antérieures, ce n'est pas pour autant que sa volonté a été totalement exaucée. En effet, la doctrine des intérêts gouvernementaux fait état du retour du souverainisme, en raison de ses aspirations publicistes, menant à l'application unique de la loi du for. Ainsi, même les doctrines relatives à la systématisation fonctionnelle du droit des conflits de lois sont imprégnées des anciennes considérations de l'Ancien Régime tendant à confondre la nature même de cette discipline. Ainsi, comme l'a affirmé le Professeur Muir-Watt, « l'isolationnisme politique » s'inscrit « au cœur même de la méthode »⁵²⁵. De surcroît, ces théories prônent une fonction régulatrice de la règle de conflit consistant à « admettre que c'est cette règle peut être utilisée au service de fonctions de régulation publique, c'est-à-dire constituer un instrument de politique publique entre les mains des Etats »⁵²⁶. En tout de cause, la doctrine des intérêts gouvernementaux a connu une certaine évolution sous la plume d'autres auteurs.

b) *Un assouplissement de l'application exclusive de la loi du for conformément aux intérêts individuels*

217. Les intérêts individuels intégrés à la méthode des intérêts gouvernementaux. La théorie des intérêts gouvernementaux a perduré et été reprise par divers auteurs, notamment Trautman et Von Mehren, lesquels l'ont quelque peu assouplie. En effet, ces auteurs ont été amenés à considérer qu'il convenait de prendre en compte les intérêts étatiques et individuels qui deviennent pertinents dans les situations multiétatiques⁵²⁷. Partant de cette idée, ces auteurs étaient moins favorables à une application exclusive de la *lex fori*. Par conséquent, ces auteurs ont considéré qu'il convenait d'appliquer la loi de l'Etat qui a le plus grand intérêt à s'appliquer et *a contrario*, d'appliquer la loi de l'Etat dont les intérêts se trouveraient les moins entravés si sa loi n'était pas appliquée. De plus, selon Trautman et Von

⁵²⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵²⁵ H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes de droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 102.

⁵²⁶ S. Clavel, *op. cit.*, § 71.

⁵²⁷ A. A. Ehrenzweig, *op. cit.*, s. 39, p. 93.

Mehren, si la pesée des intérêts n'aboutit pas, « le juge est invité à élaborer une règle matérielle adaptée à la situation ou, s'il ne le peut, à revenir à sa propre loi »⁵²⁸.

218. L'application indifférente de la loi du for et de la loi étrangère. L'évolution de la doctrine a consisté à inclure les intérêts individuels dans la prise en compte des intérêts en présence pour conduire à une application indifférente de la loi du for ou de la loi étrangère. Un pas est donc fait vers la mise en conformité avec la nature du droit des conflits de lois. Cependant, cette doctrine ne fait pas totalement abstraction des intérêts gouvernementaux. Elle ne conduit pas à une doctrine fonction avant tout des intérêts des particuliers. La marque d'un certain souverainisme est toujours présente. Toutefois, la doctrine des intérêts gouvernementaux a permis de développer une nouvelle méthode fondée sur un autre objectif matériel, à savoir le concept de justice universelle.

2) La méthode matérielle : l'assurance d'une justice universelle

219. Parallèlement à la doctrine des intérêts gouvernementaux, la doctrine américaine a poursuivi un nouvel objectif, celui de la justice matérielle. Par conséquent la méthode conflictuelle devait être fonction de ce résultat substantiel. C'est pourquoi d'une part a été recherchée « la justice dans chaque décision » (a) et d'autre part « l'application de la meilleure loi » (b).

a) « La justice dans chaque décision » : une méthode abstraite idéale

220. La recherche de la solution la plus juste selon Cavers. En réaction à la doctrine des intérêts gouvernementaux, Cavers a choisi de développer une nouvelle doctrine celle de « la justice dans chaque décision »⁵²⁹. Il était convaincu que les intérêts gouvernementaux n'offrent pas de solutions viables et que l'interprétation des règles et des politiques doit être le point de départ pour développer de nouvelles règles de conflit. C'est pourquoi il a proposé de venir en aide aux tribunaux en énonçant des « principes de préférence »⁵³⁰. Sa doctrine est particulièrement liée à l'idée d'une justice matérielle universelle. Il s'est notamment référé à la justice kantienne dans son cours de l'Académie de La Haye en considérant que le critère d'adéquation d'une règle de conflit est de savoir si la règle proposée mérite vraiment d'être incluse dans une loi commune à toutes les nations⁵³¹.

⁵²⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ A. A. Ehrenzweig, *op. cit.*, s. 28, p. 68.

⁵³¹ D. F. Cavers, Ch. IV, 4. « Principles of Preference », in « Contemporary conflicts law in American perspective », *RCADI*, 1970, vol. n°131, p. 151 et s.

Par conséquent, il a considéré que durant tout le raisonnement conflictualiste, le juge doit être dirigé par l'idée de justice qui « constitue l'idéal de tout juriste et dont nul ne saurait méconnaître l'importance »⁵³². Cette idée de justice doit nécessairement s'apprécier dans le « résultat concret que l'application de la loi engendre dans chaque cas », l'idée étant de « parvenir à la solution la plus juste »⁵³³. Par exemple, « en matière de responsabilité, si la loi du lieu du dommage prévoit une réparation plus élevée que celle du lieu du domicile de la victime ou du lieu du fait générateur du dommage, c'est cette loi qui doit s'appliquer »⁵³⁴.

221. D'une méthode abstraite à une méthode arbitraire. La théorie de Cavers semble séduisante en ce qu'elle paraît totalement épargnée d'idéologies dissidentes à la nature du droit des conflits de lois puisque l'objectif de sa méthode est une justice matérielle. Cependant, outre l'utopie dont fait état une telle doctrine, la notion de « justice matérielle » constitue un gouffre juridique. En effet, tout juge, quel qu'il soit, appréciera nécessairement la notion de justice matérielle de manière subjective et par référence à sa propre conception de la justice. Par conséquent, si l'idée est louable sur le plan des intérêts privés, il semble que cette idée ne puisse être mise en pratique à raison de son caractère trop abstrait. En effet, cette doctrine conduit à nationaliser chaque système conflictuel pour l'adapter à la conception que se fait chaque Etat de la « justice matérielle ». Une telle doctrine conduit nécessairement à l'arbitraire du juge et exclut toute idée de neutralité dans la méthode conflictuelle propre au droit des conflits de lois. Pour autant, cette idée de justice matérielle a également été développée par un autre auteur américain contribuant à encadrer davantage cette méthode afin de potentiellement pallier le caractère trop abstrait de la doctrine de Cavers.

b) *L'« application de la meilleure règle » selon le juge saisi*

222. L'application de la *better law*. Contrairement à Cavers, Leflar, épris par cette même idée de justice matérielle, a cherché à encadrer ou définir cette idée en établissant certains objectifs tels que la prévisibilité des résultats, le maintien de l'ordre interétatique et international, la simplification de la tâche judiciaire, la promotion des intérêts gouvernementaux et surtout l'application de la meilleure règle⁵³⁵. Par conséquent, sur la base de ces facteurs, l'idée de justice matérielle serait assurée dans la mise en œuvre de la méthode conflictuelle. Cependant, ces facteurs ne vont pas conduire à une solution linéaire puisque

⁵³² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 192.

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 221.

⁵³⁵ A. A. Ehrenzweig, *op. cit.*, s. 28, p. 69.

« non seulement la *better law* risque d'être, dans l'esprit du juge, la loi du for, mais plus fondamentalement (il paraît) choquant de laisser le juge faire, selon, ses propres convictions, le tri entre les bonnes et les moins bonnes lois »⁵³⁶.

223. La résolution du conflit de lois soumise au libre arbitre du juge. Finalement la critique adressée à la théorie de Leflar peut être attribuée à toute doctrine orientée par l'objectif de justice matérielle puisqu'elle conduit nécessairement à laisser au juge le choix de la bonne ou mauvaise loi et selon des facteurs ou aspirations qu'il détermine lui-même. Ainsi le juge « ayant alors déterminé dans son for intérieur la solution la plus juste, il énoncera a posteriori le raisonnement conflictualiste qui permet d'aboutir au résultat voulu » ainsi « la décision n'est donc le plus souvent que la mise en forme d'un résultat prédéterminé »⁵³⁷ c'est-à-dire d'un résultat laissé à l'arbitraire du juge. En conséquence, un tel système n'est pas cause d'uniformisation puisque chaque Etat estime qu'une loi est la meilleure selon ses conceptions personnelles.

224. L'absence d'égalité sans neutralité. Par conséquent, toutes les doctrines fonctionnelles américaines ne peuvent satisfaire à la nature du droit des conflits de lois dans la mesure où elles sont exemptes de neutralité. Un rapprochement peut notamment être fait avec les règles du droit des conflits de lois conçues à l'aune des considérations archaïques de l'Ancien Régime⁵³⁸. Pourtant, la doctrine américaine s'est développée en recourant à la méthode de la *proper law*.

B. LE DEVELOPPEMENT D'UNE METHODE CONCRETE DE GROUPEMENTS DES POINTS DE CONTACT CONFORME AUX INTERETS PRIVES

225. Parallèlement aux doctrines américaines précédentes, s'est développée une nouvelle doctrine davantage orientée par la promotion des intérêts privés. Celle-ci est traditionnellement qualifiée de méthode des groupements des points de contact. Il s'agit d'une analyse concrète de la situation litigieuse permettant de lui appliquer la loi la plus adaptée (1). Cette théorie a connu un véritable retentissement aux Etats-Unis mais n'a exercé qu'une influence mitigée en Europe, principalement à raison de son impossible portée générale (2).

⁵³⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵³⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 184.

⁵³⁸ Cf. *supra* § 147.

1) L'analyse concrète des situations litigieuses par le groupement des points de contact

226. L'apparition de la méthode du groupement des points de contact a permis de subordonner la règle de conflit à la prise en compte de différents points de contact avec la situation litigieuse afin de déterminer quelle loi est la plus adaptée à résoudre cette situation (a). Pour parvenir à ce résultat, deux méthodes ont été proposées, l'une quantitative, l'autre qualitative. Malheureusement, malgré l'approche concrète de la méthode, celle-ci demeure atteinte de subjectivisme (b).

a) *La subordination judiciaire de la règle de conflit aux points de contact avec la situation litigieuse*

227. La recherche de la loi la plus significative. Le XX^{ème} siècle est également marqué aux Etats-Unis par une nouvelle doctrine : « la méthode du groupement des points de contact », laquelle est désormais fondée sur la technique, plus que sur la finalité⁵³⁹. Cette nouvelle méthode est attribuée à Morris à la suite de son article « *the proper law of the tort* »⁵⁴⁰. Elle a également été soutenue par d'autres auteurs anglais, tels que Westlake et Dicey. La doctrine de Morris fondée originellement sur la loi du délit consiste à considérer qu'il convient de rechercher la loi applicable sur la base d'une prise en compte des éléments localisateurs, afin de justifier la compétence de la loi applicable au regard d'un rattachement considéré comme significatif⁵⁴¹. Ainsi, cette loi sera celle qui semble avoir le lien le plus significatif avec les actes et conséquences dans la situation visée⁵⁴². En réalité, une telle doctrine a été envisagée afin de faciliter la détermination de la loi applicable sur la base de rattachements significatifs afin de mettre un terme à l'utilisation exclusive d'un unique facteur de rattachement, et plus particulièrement, dans l'étude de Morris, de la « *lex loci delicti* »⁵⁴³. Au-delà, il est considéré qu'une telle méthode permettrait de diviser les problèmes juridiques en groupes plus petits et faciliterait ainsi une analyse adéquate des facteurs sociaux en cause⁵⁴⁴.

228. De l'analyse concrète de la situation litigieuse à l'approche neutre du conflit de lois. En réalité, la doctrine de Morris est celle des liens les plus étroits c'est-à-dire qu'il

⁵³⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 189.

⁵⁴⁰ *Ibid.*, note 1. Harvard Law Review, 1951, p. 881.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² F. A. Mann, II. « The proper law of the tort », in « The proper law in the conflict of laws », uniset.ca, 1987.

⁵⁴³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 189.

⁵⁴⁴ F. A. Mann, *op. cit.*

convient à chaque situation de fait d'attribuer la loi avec laquelle cette situation présente les liens les plus étroits, donc les plus signifiants. Cette théorie semble, dans un souci de neutralité et d'égalité, être celle qui prône le moins des intérêts étrangers à ceux des particuliers, puisque serait appliquée concrètement la loi qui présente le lien le plus étroit avec la situation. Il pourrait donc être admis que cette doctrine américaine soit la première à prôner une neutralité de la méthode conflictuelle dont l'objet consiste seulement à déterminer le champ d'application des lois en conflit dans l'espace. Cependant, cela est tout aussi contestable dans la mesure où les facteurs de rattachement ne sont pas prédéterminés et dans la mesure où d'un juge à l'autre, il peut être considéré que tel ou tel facteur est d'une plus grande importance que l'autre. C'est pourquoi Morris a proposé l'utilisation de deux méthodes.

b) *La prise en compte subjective de points de contact au travers des méthodes*

229. Les méthodes quantitative et qualitative. Morris a suggéré, afin de déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation, d'utiliser une méthode quantitative ou une autre qualitative. Ainsi dans la méthode quantitative, « on se contente de compter les points de rattachement, de les additionner et de désigner la loi du pays vers lequel le plus grand nombre de points de rattachement convergent » ; tandis que dans la méthode qualitative, on accorde à chaque facteur de rattachement une certaine valeur qui « peut aussi varier d'un cas à l'autre de telle sorte, que, pour l'apprécier, il faut replacer le rattachement non seulement dans le contexte général, mais aussi dans le contexte du cas considéré »⁵⁴⁵.

230. Des méthodes insuffisantes en termes de neutralité et d'égalité. Ces deux méthodes proposées donnent effectivement une indication sur la manière dont le juge doit procéder pour parvenir à déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits. Cependant, de telles méthodes ne sont pas suffisantes pour, d'une part supprimer l'arbitraire du juge, et d'autre part, créer une méthode de conflit totalement neutre et d'égale application. En effet, l'absence de détermination des facteurs de rattachement pouvant être pris en compte par le juge permet à ce dernier d'utiliser les facteurs de rattachement de son choix. De plus, laisser à l'arbitraire du juge le soin de déterminer au cas par cas la valeur d'un critère de rattachement contraint à évincer toute neutralité dans la méthode. Il pourrait même être jugé finalement que la méthode quantitative semble plus justifiée en ce qu'elle évince tout jugement de valeur de la part du juge. Toutefois, les partisans de cette doctrine considèrent que son but est de

⁵⁴⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 189.

garantir la certitude, la prévisibilité et la flexibilité pour indiquer la loi appropriée en tenant compte de facteurs de rattachement pertinents⁵⁴⁶. Cependant, de tels arguments peuvent être utilisés identiquement à l'inverse. En effet, toute prévisibilité juridique ne peut être garantie par cette méthode dans la mesure où la détermination des facteurs de rattachement significatifs est laissée à l'arbitraire du juge, sans encadrement propre, et dans la mesure où cette détermination se fait au cas par cas.

231. Les premières bases d'une approche neutre du conflit de lois. Par conséquent, la doctrine de la *proper law* semble en tant que telle être la première doctrine sur la base de laquelle une neutralité effective pourrait être prônée. En effet, elle permettrait d'être exempte de tout intérêt substantiel, qu'il soit public ou privé, ne consistant qu'en une analyse concrète de la situation en présence. Cependant, l'absence d'encadrement d'une telle méthode peut conduire à évincer toute neutralité dans la méthode, laissant au juge le libre choix de déterminer selon ses conceptions les facteurs de rattachement significatifs. Comme pour les doctrines orientées par la finalité de la règle de conflit, les juges, en vertu de la loi qu'ils vont retenir applicable sur la base de facteurs de rattachements considérés comme significatifs, vont tendre à promouvoir les intérêts de leur Etat. Ainsi, il semble que l'étape enclenchée par cette méthode soit celle de la neutralité, mais qu'elle ne peut en assurer son effectivité. Néanmoins, en pratique, seule cette méthode a connu un certain succès et notamment en Europe.

2) La réception internationale relative de la méthode de la *proper law*

232. Les doctrines anglo-américaines ont été réceptionnées de manière ponctuelle à l'échelle mondiale⁵⁴⁷. Le droit positif américain a plus ou moins réceptionné les nouvelles doctrines américaines mais pour consacrer finalement dans son second *Restatement* la notion de « liens les plus étroits » (a) tandis qu'en Europe, seule la méthode de la *proper law* a été réceptionnée, mais son intégration au droit positif n'en a été que subsidiaire (b).

⁵⁴⁶ Thailand law forum, *Choice of law in contract and Thai private International law : a comparative study*, Law Journal of Thailand Bar Society on December, 2002.

⁵⁴⁷ Voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, 351 : « Le « principe de proximité », porté successivement par les doctrines de Cavers, de Morris ou de P. Lagarde, trouva sa consécration positive dans la célèbre section 6 du *Second Restatement* américain sur les conflits de lois ou dans l'article 4-1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ainsi que dans de nombreuses codifications contemporaines du droit international privé ».

a) *L'intégration discutable des liens les plus étroits dans le droit positif américain*

233. La réception américaine de la loi la plus significative. Les doctrines américaines ont exercé une réelle influence sur le droit américain, et plus particulièrement la méthode prônée par Morris. En effet, ces idées « ont été synthétisées dans le second *Restatement* sur les conflits de lois, élaboré de 1952 à 1961 par l'*American Law Institute*, sous l'impulsion de Reese » et « l'idée est que ces facteurs doivent en règle générale conduire à la loi de l'État qui a le lien le plus étroit avec la question posée »⁵⁴⁸. En effet, dans le second *Restatement*, « les théories examinées se sont traduites par un rejet des règles de conflit de type traditionnel et une référence constante à la loi qui présente « le lien le plus significatif » avec les faits et la question soulevée »⁵⁴⁹. Ainsi, le second *Restatement* pratique « le dépeçage du rapport de droit en autant de questions en lesquelles il peut se diviser »⁵⁵⁰, ce qui s'inscrit dans une perspective d'analyse précise et rigoureuse du lien significatif existant entre la loi applicable et la situation litigieuse. En sus, « le second *Restatement* énonce une liste de facteurs à prendre en considération » et notamment « la politique législative des Etats concernés et leur intérêt relatif à régir la question », ainsi que « les nécessités des rapports internationaux, la protection des attentes légitimes des personnes, la certitude, la prévisibilité et l'uniformité des solutions »⁵⁵¹. Cependant, les indications données quant à la loi applicable ne sont pas des règles s'imposant au juge⁵⁵². Ainsi les critiques applicables à la doctrine le sont tout autant à l'égard des textes⁵⁵³.

234. Une réglementation insuffisamment respectueuse de la neutralité du droit des conflits de lois. L'idée d'une méthode conflictuelle basée sur les liens plus étroits peut en tant que telle être considérée comme un mécanisme neutre dont l'analyse passe par une observation concrète de la situation litigieuse et des liens significatifs qu'elle entretient avec la loi applicable. Néanmoins, au regard de la réglementation américaine, il semble que cette méthode ne puisse en réalité être neutre. En effet, si la mise en place d'une liste prédéterminée

⁵⁴⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵⁴⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 186.

⁵⁵⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵⁵¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 186.

⁵⁵² H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵⁵³ M. Attal et A. Raynouard, *Droit international privé*, Tome 1 : « Principes généraux », Larcier, 2013, § 668 : « Le *Restatement Second* a donc pris en compte les méthodes américaines, sans aller jusqu'à les consacrer sous leur forme pure. Sur cette base, chaque Etat fédéré a pu décider d'adopter intégralement ces principes, ou les amender. Aujourd'hui, la situation n'est donc absolument pas homogène : certains Etats continuent d'appliquer des règles de conflit de lois que l'on pourrait qualifier d'européennes ; d'autres ont résolument opté pour une conception américaine des conflits de lois ; d'autres enfin consacrent des solutions mixtes ».

de facteurs de rattachement est suggérée, il apparaît que ceux choisis par le second *Restatement* favorisent les intérêts privés mais aussi les intérêts publics en ce que sont pris en compte, au même titre, les intérêts et la politique de l'Etat. Finalement, n'est plus très loin la doctrine des intérêts gouvernementaux. Une nouvelle fois, la pratique démontre qu'il semble presque utopique de penser que la méthode applicable au droit des conflits de lois puisse un jour être neutre, et donc universelle. De plus, d'après le droit positif américain, le juge n'étant pas tenu par les indications données quant à la loi applicable, la mise en œuvre de toute règle de conflit pourrait être arbitraire et conduire à des résultats bien différents selon le juge saisi. Ainsi, s'il faut soutenir la théorie des liens les plus étroits, il faut en rejeter son application actuelle. C'est pourquoi sa réception et son application en Europe ont été moindres.

b) *L'avènement des liens les plus étroits dans le droit positif européen*

235. L'intégration européenne des liens les plus étroits en tant que correctif. Si la méthode de la *proper law* a connu un réel retentissement aux Etats-Unis, cela n'a pas été le cas en Europe. Contrairement aux autres doctrines américaines, seule cette doctrine a été reçue en Europe, bien que « l'étude du droit positif révèle que la *proper law* ne s'est que très rarement élevée au rang de principe général de solutions du conflit de lois », « elle se présente sous la forme d'un correctif apporté à tel ou tel rattachement, lorsque ce rattachement se révèle trop éloigné des circonstances de la cause »⁵⁵⁴.

En France, la réception de cette doctrine est inégale en droit des conflits de lois, elle a connu un certain succès en droit des obligations mais n'a jamais réussi à intégrer le champ d'application du statut personnel⁵⁵⁵. En revanche, en droit européen, il est notable que les liens les plus étroits ont su intégrer le champ d'application des règlements européens en matière de conflit de lois mais pour être davantage un correctif qu'un principe général. Tel est notamment le cas du règlement Rome I en son article 4, lequel prévoit à la fois une clause d'exception ainsi que le rattachement aux liens les plus étroits⁵⁵⁶. Le même procédé a été employé avec le règlement Rome II en son article 4⁵⁵⁷. Finalement, tout comme en droit des conflits de lois français, le rattachement des liens les plus étroits est utilisé en tant que correctif en matière de conflits de lois, et principalement à l'égard des actes et faits juridiques,

⁵⁵⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 193.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

⁵⁵⁷ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Rome II*.

puisque tout comme en droit des conflits de lois français, ce correctif n'a pas atteint le statut personnel.

236. Un rattachement subsidiaire politisé. Quoi qu'il en soit, les liens les plus étroits n'ont pu acquérir une portée générale⁵⁵⁸, mais sont bien intégrés aux règles de conflit européennes dans certains domaines de manière subsidiaire. Ceci semble justifié en ce sens qu'en l'absence d'encadrement strict, il pourrait conduire à toute sorte de résultats, ce qui serait contraire à toute prévisibilité juridique. Néanmoins, le fait de retenir ce type de rattachement, en tant que rattachement subsidiaire, est probablement issu d'une volonté de permettre la compétence du juge ou de la loi européen(ne). En effet, dès lors que la compétence d'un Etat tiers est retenue, elle pourrait facilement être évincée par le recours à ce rattachement subsidiaire lequel ne fait l'objet d'aucun encadrement. Il est donc difficile de considérer que le recours à ce type de rattachement soit exempt de toute aspiration politique ou du moins étatique à ce jour. Ainsi, si la méthode des liens les plus étroits pourrait s'avérer être une méthode neutre, elle est aujourd'hui l'outil de politiques législatives, en l'occurrence européennes.

§ 2 – L'EDIFICATION D'UNE METHODE SUBSTANTIELLE UNILATERALE EXEMPT DE NEUTRALITE

237. L'avènement au XXème siècle des nouvelles doctrines américaines a conduit à envisager le droit des conflits de lois différemment en droit positif mais demeurant étranger aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. En effet, la promotion d'un système substantiel a provoqué le rejet de la méthode classique bilatérale (A), et conséquemment, la mise en place d'une méthode moderne unilatérale orientée par la recherche d'un résultat substantiel (B).

A. LE REJET DE LA METHODE BILATERALE CLASSIQUE AU REGARD DE SES IMPERFECTIONS

238. L'apparition de la doctrine américaine n'est pas le fruit du hasard. Cette doctrine a notamment été qualifiée de révolution américaine en ce qu'elle consistait à proposer une nouvelle doctrine en remettant totalement en cause la méthode classique. Pour cela, la

⁵⁵⁸ Voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 346 : « Aujourd'hui, le bilan de la révolution réaliste américaine tend à se réduire à la formulation de solutions qu'aurait pu apporter l'affinement du raisonnement conflictuel, lequel n'est pas dépourvu au demeurant d'une forte dimension fonctionnaliste ».

doctrine américaine a avancé que cette dernière était d'une part trop rigide (1), et d'autre part trop carencée, notamment par manque d'adaptation et d'unification (2).

1) La rigidité du système classique bilatéral

239. Les Etats-Unis, tout comme l'Europe, ont construit leur système sur la base de la méthode conflictuelle classique. Plus particulièrement, au XXème siècle, le premier *Restatement* de 1934, sous l'impulsion de Beale était fondé sur la théorie des droits acquis, ou plus précisément des *vested rights*⁵⁵⁹. La réaction moderne est alors due au rejet de cette méthode classique fondée sur la théorie des droits acquis, considérant qu'il s'agit d'un système général et abstrait (a), mais également d'un système automatique (b).

a) L'exclusion d'un système général abstrait

240. Le rejet des caractères général et abstrait du bilatéralisme savignien. La doctrine américaine a justifié le rejet de la doctrine classique en considérant tout d'abord que celle-ci « formulait des règles trop générales et trop abstraites pour permettre de donner, dans chaque cas concret, la solution la mieux adaptée »⁵⁶⁰. En effet, le système conflictuel de l'époque, construit sur la base de la théorie des statuts, se traduisait par la mise en place de règles qui « désignent une loi et une seule, puisque le problème est au fond celui de l'Etat compétent pour créer des droits et obligations entre les particuliers » ; et « cet Etat est, suivant un principe territorialiste, celui sur le territoire duquel s'est déroulé le dernier événement nécessaire à la création du droit »⁵⁶¹. Par conséquent, « les règles ainsi posées sont de structure typiquement savignienne ; elles associent un rattachement à une catégorie et conduisent indifféremment à l'application de la loi du for ou d'une loi étrangère, sous la réserve de l'ordre public »⁵⁶² ; d'où le caractère général. Le caractère abstrait se traduisait quant à lui en l'absence de prise en compte de la situation factuelle concrète. En effet, un rattachement unique est choisi pour telle ou telle catégorie de rattachement sans que soit pris en compte d'autres facteurs de rattachement qui pourraient légitimement être rapportés à la situation litigieuse.

241. La préférence *a priori* justifiée pour une analyse concrète. La réaction de la doctrine américaine a donc consisté à évincer une théorie générale et abstraite, car considérée

⁵⁵⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵⁶⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 186.

⁵⁶¹ B. Audit, Ch. I, S. I « Les conflits de lois au milieu du XXème siècle », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI*, 1984, vol. n°186, p. 231 et s.

⁵⁶² *Ibid.*

comme inadaptée en ce qu'elle ne peut promouvoir une solution adaptée à chaque situation litigieuse⁵⁶³. La critique semble justifiée puisque, *a priori*, la méthode conflictuelle classique s'est construite davantage sur de vieilles aspirations promouvant davantage les intérêts de l'Etat que ceux des particuliers. Par conséquent, la méthode conflictuelle classique peut être rejetée sur cette base. Néanmoins, admettre que le rattachement à substituer devait être celui des liens les plus étroits basés sur une analyse purement concrète de la situation litigieuse n'est qu'une réponse partiellement adaptée puisqu'elle constitue un facteur d'imprévisibilité juridique, ce qui n'est pas le cas de la méthode classique⁵⁶⁴. Il conviendrait sûrement de réadapter la méthode conflictuelle classique sur la base de considérations conformes à la nature du droit des conflits de lois et d'intégrer le caractère concret de la situation litigieuse dans la construction de la règle de conflit. Pour autant, ce n'est pas ce que préconise la doctrine américaine. En sus, elle rejette la méthode classique en ce qu'elle s'illustre comme automatique.

b) *Le refus de toute automaticité du système classique*

242. L'exclusion de solutions mécaniques. La doctrine américaine, poursuivant son raisonnement, se prononçait également en faveur du rejet de tout système de droit des conflits de lois automatique c'est-à-dire tout système dans lequel les solutions du conflit de lois seraient mécaniques. En effet, « ils (critiquaient) la rigidité de la méthode syllogistique en vigueur »⁵⁶⁵. Plus précisément est repoussée la rigidité excessive du raisonnement syllogistique consistant d'une part à qualifier la situation internationale par référence à une catégorie de rattachement et d'autre part à appliquer la règle de conflit correspondant à cette dite catégorie de rattachement⁵⁶⁶. Ainsi, « le juge est prisonnier de la rigueur du syllogisme » et « à partir du moment où les prémisses ont été posées, la conclusion est inéluctable ». Par conséquent le raisonnement juridique a consisté nécessairement en « une loi donnée qui est toujours la même dans un domaine donné »⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Voir en ce sens : M. Attal et A. Raynouard, *op. cit.*, § 658 : « Le point de départ consiste à pointer du doigt le fait que la méthode savignienne se préoccupe uniquement d'ordre juridiques, de législations nationales prises en de manière abstraite, pour décider à laquelle une situation concrète doit être soumise. A aucun moment, il n'est question des contenus desdites lois nationales. Pourtant, les différences de contenus peuvent changer la solution du tout au tout ».

⁵⁶⁴ Cf. *supra* § 162 et s.

⁵⁶⁵ B. Audit, Ch. I, S. II « Les éléments de la crise », *op. cit.*, p. 241 et s.

⁵⁶⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 187.

⁵⁶⁷ *Ibid.*

243. D'un automatisme abstrait à un substantialisme concret. En outre, la doctrine américaine était donc favorable à un raisonnement moins mécanique prenant en compte la solution au fond. Par conséquent, elle a favorisé une appréciation *in concreto* de la situation internationale en préconisant « la recherche d'une solution pragmatique au conflit de lois »⁵⁶⁸. Une telle démarche est légitime en ce que la recherche d'un résultat substantiel peut conduire à la prise en compte des intérêts du sujet de droit. Cependant, cette démarche conduit d'une part à l'arbitraire du juge et à l'aléa des solutions, et d'autre part à promouvoir toute sorte d'intérêts dont ceux de l'Etat. Il aurait sans doute été mieux de conserver la méthode classique, en principe neutre, et fondée sur cette idée de syllogisme. Pourtant la doctrine américaine semble convaincue du contraire considérant que ce système constitue un obstacle à toute adaptation et unification du droit des conflits de lois.

2) Les carences imputables au système classique : adaptation et unification

244. Outre la rigidité imputable au système classique, la doctrine américaine s'est efforcée de démontrer que celui-là était inadaptable aux solutions, et par conséquent ne prenait pas en compte les intérêts en présence dans chaque situation (a). De plus, elle en a déduit que ce manque d'adaptation et cette rigidité de raisonnement conduisaient inévitablement à une impossible unification des solutions, celles-ci étant fonction des catégories de rattachement internes (b).

a) *La malheureuse absence d'adaptation des solutions à la situation litigieuse*

245. Le rejet de la rigidité du système bilatéral savignien. De la rigidité du syllogisme, la doctrine américaine a avancé que la méthode classique était inadaptée en ce qu'elle « interdit au juge de s'interroger suffisamment sur le point de savoir si la règle de conflit qu'il applique est ou non adaptée au cas concret qu'il doit résoudre »⁵⁶⁹. C'est pourquoi la doctrine américaine s'est efforcée de créer une nouvelle méthode qualifiée de fonctionnelle. Cette doctrine américaine a donc proposé de considérer « qu'à la désignation d'un ordre juridique par une règle de conflit, on tend(e) à substituer une évaluation des règles de fond en présence, en vue d'une réglementation satisfaisante de la situation concrète »⁵⁷⁰. Ainsi, les théoriciens américains, et notamment Currie, ont admis qu'il convient d'appliquer

⁵⁶⁸ B. Audit, Ch. I, S.II « Les éléments de la crise », *op. cit.*, p. 241 et s.

⁵⁶⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 187.

⁵⁷⁰ B. Audit, Ch. I, S. II « Les éléments de la crise », *op. cit.*, p. 241 et s.

la loi de l'état dont le droit substantiel conduira au meilleur résultat⁵⁷¹. Finalement, cela revient à dire que la loi applicable à la situation litigieuse doit être la loi la plus adaptée au résultat substantiel recherché. Cependant, une fois encore, cette méthode peut conduire indéniablement à la promotion des intérêts de l'Etat du juge saisi.

246. La remise en cause de la neutralité issue du bilatéralisme savignien. Or, contrairement à la méthode classique, l'adaptation des solutions permettrait de mettre fin à l'application indifférente de la loi du for et de la loi étrangère pour conduire à une application privilégiée de la loi du for. Finalement, si la méthode savignienne semble contestable sur le plan de la neutralité en raison de sa construction historique, elle l'est toujours plus que la méthode contemporaine américaine qui laisse la porte ouverte à une application exclusive de la loi du for aux mains du juge. Pourtant, outre l'inadaptation des solutions invoquées par la doctrine américaine, celle-ci a également établi que la méthode classique empêche toute unification des solutions.

b) L'impossible unification des solutions sur le plan international

247. Le rejet du bilatéralisme en l'absence d'unification du droit. De la rigidité du système classique et de son inadaptation aux situations juridiques, la doctrine américaine en a conclu que celui-ci ne permettra jamais d'aboutir à une unification des solutions sur le plan international. En effet, à raison de la qualification *lege fori*, la doctrine américaine en a critiqué son procédé considérant que « les catégories de rattachement voient leurs contours précisés en fonction des catégories du droit interne et que les qualifications puisent leurs racines dans la nature juridique des institutions dans ce même droit interne ». Elle a donc relevé que cette référence automatique conduit nécessairement à une impossible unification du droit international.

248. L'inatteignable unification du droit par les méthodes américaines. Pour autant le recours à la méthode contemporaine classique ne permet pas davantage l'unification des solutions. En effet, si le juge détermine la règle de droit en fonction du résultat substantiel, la question de la qualification serait en quelque sorte un préalable à supprimer puisque finalement seul compterait le résultat substantiel. Par conséquent abolir une telle étape pourrait *a priori* conduire à une unification des solutions, mais en réalité tel ne serait pas le cas. Cela conduirait seulement à une unification de méthode, ce qui était déjà le cas avec la méthode classique, mais en aucun cas à une unification de résultat. Dans la mesure où le juge

⁵⁷¹ G. Kegel, Part. I, Ch. IV, « Currie's predecessors », *op. cit.*, p. 110 et s.

va déterminer la loi la plus adaptée à la situation litigieuse, ce choix pourra varier d'un Etat à l'autre, ne créant donc pas une unification du droit⁵⁷². Par conséquent, l'argument est totalement contestable en ce que l'unification du droit ne peut être reconnue que sur le plan méthodologique que l'on utilise la méthode classique ou contemporaine.

249. La neutralité mise à mal tant par le bilatéralisme savignien que par le substantialisme américain. En outre, les arguments utilisés par la méthode contemporaine pour contrer le système classique lui sont tout aussi imputables et permettent de considérer que l'un comme l'autre, que ce soit dans un raisonnement syllogisé ou dans un raisonnement *a priori*, sont dépourvus de neutralité puisque les intérêts de l'Etat s'y retrouvent ou bien en amont ou en aval. Pour autant, la doctrine américaine s'est convaincue qu'il fallait promouvoir cette nouvelle méthode adaptable et concrète et qui pour autant n'est pas facteur d'unification.

B. LA MISE EN PLACE D'UNE METHODE UNILATERALE CONCRETE OPPOSEE A L'UNIFICATION DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

250. Afin de révolutionner le droit des conflits de lois, et pour parer à la rigidité et aux carences de la théorie classique, la doctrine américaine a donc choisi d'opter pour un système d'analyse concrète permettant ainsi de créer un système adapté et adaptable conformément à la tradition anglo-saxonne (1). Cependant, il s'est avéré que ce nouveau système, s'il a effectivement contrecarré la méthode classique, n'a pas permis de créer un système de droit des conflits de lois harmonisé, mais a plutôt favorisé un système unilatéraliste (2).

1) La remarquable souplesse d'un système d'analyse concrète

251. La doctrine américaine a mis en place une nouvelle méthode conflictuelle que l'on pourrait qualifier de système d'analyse concrète. Cependant, ce dernier est le fruit de la tradition anglo-saxonne et plus précisément des pays de *common law* (a). Ainsi, cette méthode n'est que la traduction de la technique juridique de ces pays, laquelle se traduit par une volonté de souplesse en créant un système à la fois adapté et adaptable (b).

⁵⁷² Voir en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 221 : « Le grief qu'en courant pareillement ces diverses méthodes est leur inaptitude à être généralisées. Elles ne sauraient donc se substituer au procédé classique de la règle de conflit, conçu comme un mode de sélection d'un ordre juridique. Mais elles peuvent constituer d'utiles compléments ou tempéraments à ce procédé pour corriger les excès d'une démarche purement abstraite ».

a) *La création d'une méthode concrète au regard de la tradition juridique des pays de common law*

252. La consécration de la tradition anglo-saxonne par les doctrines américaines.

Le système moderne proposé par la doctrine américaine est le fruit de la tradition historique et politique. Ainsi, il est issu de la tradition anglo-saxonne régnant aux Etats-Unis⁵⁷³. Par conséquent, la méthode moderne repose donc sur « l'induction, le pragmatisme et l'intuitionnisme » alors que la méthode classique, et plus exactement européenne, repose sur « la déduction, le dogmatisme et le cartésianisme »⁵⁷⁴. En réalité, on peut transposer de nouveau l'idée selon laquelle les pays civilistes et les pays de *common law* ne peuvent adopter une méthode identique dans la mesure où leur tradition est différente. En effet, il ne faut pas omettre que « les méthodes proposées pour remplacer les règles de conflit ont été conçues dans le contexte des conflits interétatiques américains »⁵⁷⁵. Par conséquent, cette différence de tradition s'est traduite par une « différence de technique juridique ». Pour reprendre les propos des Professeurs Bernard Audit et d'Avout, les pays civilistes énoncent « le droit sous forme de propositions générales, sans s'engager trop loin dans l'examen des difficultés particulières » et se satisfont « d'une règle qui énonce un rattachement pour une catégorie assez vaste et dont on pense pouvoir tirer la solution d'un cas donné par voie déductive », tandis que le pays de *common law*, « attachés à apporter une solution juste et rationnelle à chaque cas d'espèce, ne se satisfont pas de cette généralité et préfèrent s'engager dans une analyse approfondie de chaque cas en fonction de ses données propres »⁵⁷⁶. La doctrine moderne s'est donc emparée de la tradition anglo-saxonne, laquelle est « réaliste et empiriste : elle s'attache à déceler ce que font les tribunaux, au travers de ce qu'ils déclarent faire ; elle voit dans le droit un instrument des relations sociales, obéissant à des politiques et poursuivant certaines finalités »⁵⁷⁷.

253. Le retour de méthodes fonction d'identités politiques. Finalement, si la doctrine moderne est en rupture avec la méthode classique au regard de son caractère abstrait,

⁵⁷³ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *op. cit.*, p. 425 : « au XIXème siècle, à l'instar de la doctrine continentale, le droit anglo-américain considérait comme étant indissociables le domaine de la loi et la sphère de la souveraineté qui l'édicte, et conférait par-là même à la règle de conflit la fonction de répartir les souverainetés législatives ; En même temps, cette notion exprime la profonde influence de la tradition juridique particulières des pays de *Common law* sur la structure de leur droit international privé ».

⁵⁷⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 185.

⁵⁷⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 187.

⁵⁷⁶ *Ibid.*

⁵⁷⁷ B. Audit, Ch. I, S.II « Les éléments de la crise », *op. cit.*, p. 241 et s.

elle l'a en réalité rejetée en raison de différences culturelles et historiques. Par conséquent, une nouvelle fois, le droit des conflits de lois, ou plutôt ses méthodes sont fonction d'une identité politique, historique et culturelle propre à chaque ordre juridique. Aucune méthode ne serait alors neutre et la création du nouveau système américain en atteste.

b) *Une méthode fonctionnelle synonyme de variabilité*

254. Une méthode fonctionnelle. Pour « toutes ces doctrines, le point commun est de faire varier la solution du conflit en fonction du contenu matériel des règles en conflit »⁵⁷⁸ et ceci en passant par une analyse concrète de la situation internationale en présence. En effet, on qualifie ces doctrines de « fonctionnelles » considérant que « la méthode des conflits de lois » doit avoir comme but « de permettre une solution satisfaisante dans chaque litige pris individuellement »⁵⁷⁹ ; et de telles solutions doivent être recherchées et trouvées par le biais d'une analyse réaliste de la situation factuelle avec les politiques des Etats en cause⁵⁸⁰. En d'autres termes, la doctrine américaine a préconisé une appréciation *in concreto* par les juridictions, afin que toute loi déclarée compétente soit la plus adaptée à la situation.

255. Une méthode casuistique. Cette doctrine conduit à mettre en place une méthode au cas par cas fondé sur les intérêts, ou du moins sur les résultats substantiels, visés par la juridiction en cause. Par conséquent, cette méthode ne permet pas du tout de s'extraire des considérations étatiques, il s'agit toujours d'une méthode encadrée par la promotion d'intérêts publics, qui est soi-disant orientée par un résultat substantiel en faveur des intérêts privés. Or, l'absence d'encadrement conduit à une variabilité de solutions en ce que les juridictions sont libres de choisir entre une méthode quantitative ou qualitative, leur permettant de donner au rattachement qu'elles souhaitent une valeur supérieure aux autres.

256. Une méthode orientée par les intérêts étatiques. La doctrine américaine n'a donc préconisé qu'une approche alternative à la méthode classique mais ne résout en rien les problèmes de fond de celle-ci, problèmes touchant en tout et pour tout uniquement à l'encouragement des intérêts de l'Etat. Le problème demeure que chaque système juridique promeut les intérêts de son propre Etat. En outre, si cette méthode est facteur d'adaptation des solutions, elle est en revanche facteur d'inadaptation à une échelle mondiale.

⁵⁷⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

⁵⁷⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 188.

⁵⁸⁰ A. A. Ehrenzweig, *op. cit.*, s. 38, p. 89.

2) Un système exempt de l'objectif d'unification du droit

257. La technique juridique utilisée par la doctrine américaine, à savoir l'intégration du résultat substantiel dans la méthode conflictuelle, a, contrairement à la fonction du droit des conflits de lois, créé un système fragmenté. En effet, en recourant à une appréciation *in concreto*, le système conflictuel devient une justice au cas par cas empêchant toute unification des règles du droit des conflits de lois et conduisant à un certain isolement (a). Ainsi, le droit des conflits de lois n'est pensé qu'au regard des intérêts de l'Etat du for c'est-à-dire de manière unilatéraliste (b).

a) *De solutions casuistiques à l'inexistence d'un système commun*

258. Une méthode contraire à l'égalité de traitement des situations internationales. Hormis le fait que la méthode au cas par cas conduise le juge à promouvoir les intérêts de tel ou tel Etat, il en ressort surtout une variabilité des solutions. Cette variabilité, qu'elle soit d'un Etat à l'autre, ou entre Etats fédérés comme aux Etats-Unis conduit à un simple constat. Cette méthode rend impossible une unité de solutions et indirectement conduit, à raison de cette imprévisibilité juridique, à une absence d'égalité dans le traitement des sujets de droit. Concrètement si la méthode en tant que telle est universalisable en ce que tout juge pourrait déterminer la loi applicable en fonction de l'analyse concrète de la situation et du résultat substantiel visé, il n'empêche qu'aucune harmonisation des règles du droit des conflits de lois ne pourra être menée. Cela conduirait, en l'absence d'encadrement, à une justice au cas par cas, fonction de l'arbitraire du juge et favorisant nécessairement la fraude. En effet, tout sujet de droit ferait en sorte de saisir le juge qui lui permettra d'atteindre le résultat substantiel qu'il recherche.

259. Une méthode isolationniste. Par conséquent, il semble que la critique adressée à la doctrine classique en ce qu'elle empêche toute unification à raison de l'emploi d'un système de qualification *lege fori*⁵⁸¹, puisse être retournée à la doctrine moderne également. Comme l'ont affirmé Niboyet et Pillet à propos du caractère national des règles de conflits de lois, « la détermination de la loi compétente ne peut pas être connue *a priori* », « elle dépend du tribunal compétent, c'est-à-dire du pays où la question se pose et où le procès s'engage » et « il en résulte beaucoup d'incertitudes dans les relations juridiques »⁵⁸². Il s'agit donc bien

⁵⁸¹ Cf. *infra* § 1063 et s.

⁵⁸² A. Pillet et J.-P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Recueil Sirey, 2^{ème} fasc., 1924, § 298.

d'une méthode contraignant à un isolement du système de droit des conflits de lois. C'est pourquoi cette doctrine a pu être qualifiée d'unilatérale.

b) *La méthode fonctionnelle anglo-saxonne équivalente à l'unilatéralisme*

260. L'assimilation du fonctionnalisme à l'unilatéralisme. L'adoption d'une telle méthode a conduit à démontrer une impossibilité d'unification des solutions de conflit de lois et une importante prise en compte des intérêts de l'Etat dans le choix de la solution du conflit de lois. En outre, cela signifie qu'une telle proposition engendre un privilège à l'égard de l'application de la loi du for, et donc implicitement, une préférence pour l'approche unilatéraliste⁵⁸³. En effet, comme l'a affirmé le Professeur Bernard Audit, il s'agit d'« une sorte de retour à l'unilatéralisme, c'est-à-dire à une méthode qui part de la loi pour déterminer les situations entrant dans son champ d'application »⁵⁸⁴. Or, l'unilatéralisme est en totale rupture avec la méthode classique bilatérale. Il conduit à ne se soucier que de la loi du for et indirectement des intérêts de l'Etat du for. Par conséquent, il semble que cela ne soit pas dans l'intérêt des sujets de droit que de bâtir un tel système, ou du moins ça ne l'est que pour les sujets de droit du for. Par conséquent, aucune neutralité ni égalité de traitement ne peuvent être espérées, puisque seuls les ressortissants de l'Etat du for sont visés par ce système, lequel crée un cloisonnement total.

261. Neutralité et égalité de traitement exclus. Pour reprendre les propos de Batiffol et du Professeur Lagarde, il convient donc de s'interroger « sur la constitutionnalité d'une méthode qui rompt à ce point l'égalité entre la loi du for et les lois étrangères »⁵⁸⁵. En effet, une telle méthode, en l'absence d'encadrement, est purement orientée vers le for c'est-à-dire vers l'unilatéralisme et conduit à faire abstraction de toute neutralité dans l'élaboration de la règle de droit des conflits de lois. En d'autres termes, la doctrine américaine s'est voulue

⁵⁸³ Voir en ce sens : F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1989, vol. n° 213, § 89 : « Pour bien comprendre l'unilatéralisme doctrinal, purement théorique — car il ne trouve appui ni dans la jurisprudence ni dans la pratique législative ou conventionnelle — d'une poignée d'auteurs, il faut d'abord retourner aux sources américaines d'une méthode qui, en droit international privé, opère un total renversement de la démarche suivie par Savigny. Au lieu de localiser le rapport de droit pour déterminer la loi qui y est applicable, il y a lieu de partir de la loi et de rechercher à quelles situations l'auteur de la norme entend que celle-ci s'applique. Au rattachement de la situation particulière est substituée la détermination du domaine d'application de la loi dans l'espace, compétence connexe au choix de la solution de droit matériel et qui serait exercée par chaque législateur, tel un prolongement de sa compétence matérielle. Les règles de conflit de la *lex fori* se bornent à désigner les catégories de situations auxquelles sont applicables les dispositions matérielles de la même loi, tandis que les lois étrangères ne doivent être appliquées que pour autant qu'elles s'attribuent à elles-mêmes pareille compétence ».

⁵⁸⁴ B. Audit, Ch. I, S.II « Les éléments de la crise », *op. cit.*, p. 241 et s.

⁵⁸⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-1.

révolutionnaire parce qu'elle a donné à la méthode du droit des conflits de lois un caractère concret et adapté. Cependant, les critiques émises par cette doctrine à l'encontre de la méthode classique, bien que justifiées, n'ont pas permis d'aboutir à un système plus performant en termes de neutralité et d'universalisation de la méthode.

262. L'avancée majeure du rattachement aux liens les plus étroits. Néanmoins le rattachement aux liens les plus étroits est pertinent puisqu'il semble répondre à un traitement des situations juridiques neutre et conforme aux intérêts privés. La difficulté reste de déterminer son encadrement. C'est pourquoi si la doctrine américaine n'est pas parvenue à résoudre les imperfections de la méthode classique, elle a tout de même permis d'envisager le droit des conflits de lois de manière plus concrète, ce qui est indispensable pour assurer une égalité de traitement des sujets de droit.

263. L'absence de méthode neutre et égalitaire en droit positif. Finalement, au regard des différents mouvements doctrinaux modernes, il apparaît que la discipline du droit des conflits de lois n'est pas parvenue à créer une méthode neutre et égalitaire. En effet, chaque méthode est tributaire d'un contexte historique, politique et culturel. Ainsi, comme l'a affirmé le Professeur Muir-Watt, « politiquement, l'universel libéral se heurte à la relativité culturelle ; sa neutralité est contestée pour des raisons structurelles ; l'égalité qu'il affiche n'est que très partielle »⁵⁸⁶. Néanmoins, les doctrines contemporaines permettent de déterminer quels sont les éléments qui doivent nécessairement être investis dans la construction du système de droit des conflits de lois pour répondre à la nature même du droit des conflits de lois.

264. Les préalables à une méthode neutre et égalitaire. Ainsi, toute méthode applicable au droit des conflits de lois doit avoir pour objet de garantir de prime abord les intérêts privés dans la mesure où elle solutionne des conflits de compétences législatives, lesquels constituent des conflits d'intérêts particuliers. Cependant, pour garantir les intérêts privés, il convient d'organiser un système parfaitement neutre c'est-à-dire dont l'objet consiste simplement à résoudre le conflit de lois au regard de la situation litigieuse. Autrement dit, toute dimension substantielle doit être évincée de la résolution de ce conflit. Il s'agit du préalable à tout universalisme, lequel constitue lui-même le prérequis à une égalité de traitement des sujets de droit. En effet, ce dernier aspect constitue un des objectifs de la

⁵⁸⁶ H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes de droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 141.

justice du droit des conflits de lois, puisque celle-ci ne peut garantir un résultat matériel, mais bien un résultat structurel consistant à déterminer conformément à chaque situation quelle est la compétence législative valable. En sus, les doctrines contemporaines apprennent donc à envisager le droit des conflits de lois au regard de sa vocation propre en adoptant une idéologie universaliste mais en maintenant une idéologie réaliste grâce à une approche concrète de chaque situation litigieuse.

CONCLUSION DU CHAPITRE I :

265. La construction historique du droit des conflits de lois confrontée à la neutralité et à l'égalité de traitement. L'étude des diverses origines du droit international privé, qu'elles soient traditionnelles ou contemporaines, permet de considérer sur quelles bases la matière a été édifiée afin de déterminer ce qui doit être exclu, et ce qui doit être maintenu pour garantir un traitement neutre et égalitaire des situations internationales. Par conséquent, il est permis de considérer que la construction de la méthode en droit des conflits de lois a été l'objet de différents contextes politique, économique, culturel et historique. Elle se divise donc par la multitude d'identité culturelle qui compose la société internationale⁵⁸⁷.

266. L'incompatibilité du souverainisme avec la nature de la discipline. Les racines traditionnelles du droit international privé sont, en raison de la difficile scission avec le droit international public, essentiellement souverainistes. Cependant, si ces racines ont perduré dans le temps, elles ne sont pas conformes à la nature du droit international privé, et spécialement du droit des conflits de lois. En effet, cette matière a pour vocation de traiter avant tout du sort des particuliers puisqu'il est question d'un conflit de compétences législatives propre aux intérêts particuliers. C'est donc, en principe, au droit international public que revient le rôle de garantir les intérêts de l'Etat. C'est pourquoi les anciennes considérations au fondement du droit international privé devraient être évincées pour élaborer un système conforme à la nature même de la discipline. De plus, il apparaît que ce sont bien ces aspirations qui empêchent la construction d'un système international puisque chaque Etat cherche à faire prévaloir ses intérêts. Ainsi, il convient d'extraire de la méthode du droit des conflits de lois les doctrines archaïques défendues durant la période de l'Ancien Régime dans la société internationale.

267. L'exclusion de tout système objet de traditions ou cultures juridiques. Néanmoins, les doctrines plus récentes, si moins influencées par les intérêts de l'Etat et plus conformes à la nature de la matière, ne répondent également pas à une approche en

⁵⁸⁷ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 311, laquelle expose notamment que : « il faut accepter de faire un détour intellectuel par la question lancinante de l'identité culturelle. Sous-jacentes en effet aux discussions et crispations sur le pluralisme, sont celles qui opposent aussi bien différentes utilisations de la culture que diverses facettes de la politique identitaire. Ethno-nationalisme, communautarisme, essentialisation : des reproches fusent encore mutuellement de part et d'autre de l'échiquier politique et divisent par ailleurs les sciences sociales. Or, alors même que l'identité culturelle n'est pas une catégorie juridique, le droit est profondément affecté à son tour par la double évolution, culturelle et identitaire, qui traverse les champs voisins » et « le droit international privé ne reste pas à l'écart de ces débats ».

adéquation avec la justice du droit des conflits de lois. En effet, les mouvements doctrinaux contemporains se sont davantage adaptés à la nature de cette discipline afin de faire prévaloir les intérêts des particuliers. Cependant, aucun système proposé n'a permis de créer un dispositif viable à l'échelle internationale. La raison tient au fait que tous les systèmes qui ont été proposés, qu'ils soient plutôt abstraits ou concrets, ont été conceptualisés sur la base de traditions juridiques ou de cultures identitaires. Par conséquent, aucune méthode n'a été construite en toute neutralité, mais en fonction de considérations substantielles propres. Or, tant qu'aucun système de droit des conflits de lois ne sera édifié en toute impartialité c'est-à-dire indépendamment de toute politique matérielle, aucune méthode ne pourra devenir universelle.

268. La neutralité de la méthode préalable à l'égalité de traitement. Il serait regrettable qu'aucune méthode en droit des conflits de lois ne puisse tendre à l'universalisme car il s'agit de l'essence même de ce droit. Effectivement, la justice conflictuelle a pour objet de déterminer le champ d'application dans l'espace des lois en présence en recourant à une méthode garante d'un traitement égalitaire des situations juridiques internationales. Par conséquent, l'étude des différents mouvements doctrinaux amène à considérer que la méthode applicable au droit des conflits de lois doit être neutre pour parvenir à instaurer une égalité de traitement entre sujets de droit placés dans une situation équivalente. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il faille mettre de côté toutes les doctrines existantes. Il est en effet pertinent de retenir les principes de certaines d'entre elles. Il conviendra simplement de les adapter pour évincer toutes les difficultés qu'elles engendrent et pour garantir la neutralité de la méthode⁵⁸⁸. En effet, pour reprendre les propos du Professeur Lequette, « l'histoire apparaît comme le conflit indéfini des instincts et des intérêts individuels ; mais le conflit de tous contre tous a pour résultat paradoxal de limiter les instincts et intérêts de chacun par ceux de tous les autres, de fournir à la raison l'occasion de manifester le côté sociable de l'homme et d'aboutir à une stabilité de fait qui s'exprime dans la société civile et le droit qui la régit ... Grâce à sa dépendance à l'égard d'une législation civile, la liberté de l'individu ne peut pas être la liberté du « faire ce qu'on veut mais se trouve orientée vers sa vraie vocation, qui est

⁵⁸⁸ Cf. *infra* § 632 et s., et plus spécialement § 692 et s.

l'universalité du bien commun » »⁵⁸⁹. C'est pourquoi, la recherche de l'universalisme de fait doit demeurer la ligne directrice du droit des conflits de lois.

269. L'étude complémentaire des sources du droit. En outre, pour parvenir à l'établissement d'une méthode neutre, et donc universelle, il est indispensable d'étudier, au-delà des origines essentiellement doctrinales du droit des conflits de lois, les sources sur lesquelles se fonde la discipline. En effet, en combinant cette étude avec celles de ses origines, il sera possible de déterminer parfaitement ce qu'il convient de rejeter, et ce qu'il est nécessaire de conserver pour permettre une approche neutre et égalitaire des conflits de lois.

⁵⁸⁹ Y. Lequette, *op. cit.*, § 17 ; reprenant expressément les propos de S. Abou, *Culture et droits de l'homme*, Leçons prononcées au Collège de France, mai 1990, Hachette, 1992, p. 94 et 95.

CHAPITRE II : LE FRACTIONNEMENT DES SOURCES DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS EN RUPTURE AVEC L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES

270. Les sources du droit des conflits de lois envisagées à l'aune de l'égalité de traitement. Le droit des conflits de lois, comme toute matière, est encadré par de nombreuses sources, lesquelles sont fortement variées au regard de leur nature. Or, si le droit des conflits de lois manque de neutralité eu égard aux fondements juridiques sur lesquels il s'est construit, il est intéressant de s'interroger aussi sur ses sources. Ainsi, il sera permis de considérer, si en l'absence de système neutre, la discipline a pu, au regard de ses sources, parvenir à un traitement neutre, mais surtout égalitaire des sujets de droit.

271. Les sources directes. Comme tout système de droit positif actuel, la discipline est régie par des sources classiques, lesquelles sont dotées d'un effet direct à l'égard de sa construction. Effectivement, traditionnellement ces sources sont celles du législateur et de la jurisprudence, lesquelles tendent à s'installer au niveau international sans pour autant supprimer toute réglementation nationale (section 1).

272. Les sources indirectes. En outre, d'autres sources, plutôt indirectes, régissent également la discipline en ce qu'elles exercent sur celle-ci une influence considérable. Il s'agit tant des autres sources classiques, à savoir la doctrine et la coutume, que de sources contemporaines, notamment des objectifs internationaux (section 2).

SECTION 1 : DE L'INACHEVEMENT D'UNE REGLEMENTATION INTERNATIONALE A LA SAUVEGARDE DE REGLEMENTATIONS NATIONALES

273. Classiquement, dans toute matière juridique, deux sources principales sont admises, le législateur et le juge. En droit international privé, conformément à ces références traditionnelles, deux sources primordiales se sont développées. Premièrement le droit des conflits de lois est encadré par la législation, laquelle a une double facette dans la mesure où elle peut être aussi bien supranationale que nationale (sous-section 1). Deuxièmement la discipline est traitée par la jurisprudence, laquelle, tout comme son corollaire, est aujourd'hui aussi bien supranationale que nationale (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : DE L'ÉCHEC D'UNE LEGISLATION INTERNATIONALE AU MAINTIEN INÉVITABLE D'UNE LEGISLATION NATIONALE

274. Comme dans la plupart des systèmes occidentaux, le droit des conflits de lois, et plus généralement le droit international privé est principalement fondé sur des sources textuelles lesquelles émanent du législateur. Cependant, à la suite de divers mouvements historiques, politiques et juridiques dont a fait objet la matière, deux formes de législation la régissent. D'une part, à raison d'une véritable volonté de parvenir à une uniformisation du droit international privé, s'est implantée une législation supranationale (§1). D'autre part, en raison de leurs vocations premières à exister et perdurer, mais également de l'échec d'une totale internationalisation des règles de droit des conflits de lois, se sont maintenues les législations nationales (§2).

§ 1 – LA TENTATIVE D'UNIFICATION DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS PAR LE BIAIS DE LEGISLATIONS SUPRANATIONALES

275. Le droit international privé et spécialement le droit des conflits de lois, depuis la fin de l'Ancien Régime, est classiquement régi par des sources autres que nationales. En effet, dans l'objectif d'une universalisation de ses règles, a été enclenché un nouveau mouvement conduisant à penser la matière à l'international conformément à sa nature. Ainsi, la discipline est, aujourd'hui, l'instrument de plusieurs sources supranationales (A) et plus particulièrement du droit dérivé de l'Union européenne (B).

A. L'APPARITION DE LEGISLATIONS SUPRANATIONALES PAR LA REUNION D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

276. Les organisations internationales ont été les actrices d'un nouveau droit international privé (1). Ces dernières, internationales ou régionales, ont, de surcroît, permis de créer de nouvelles sources, c'est-à-dire des textes internationaux sur la base desquels le droit international privé est désormais fondé (2).

1) Le droit international privé supranational embrigadé à l'état de région

277. Depuis le mouvement universaliste impulsé par Mancini et Savigny, diverses organisations internationales ont été édifiées afin de répondre à l'une des vocations du droit international privé, à savoir l'unification de ses règles. Pour y parvenir, ont tout d'abord été créés des organismes à échelle internationale afin de répandre un droit international privé de la manière la plus extensive qui soit (a). Cependant, il s'est avéré que cette volonté fût insuffisante pour élaborer un droit international privé mondial notamment en droit des conflits

de lois. C'est pourquoi afin de faciliter une telle construction, d'autres organisations internationales sont apparues, mais cette fois-ci à une échelle régionale (b).

a) *L'insuccès des organisations à échelle internationale*

278. L'élaboration d'un corps de règles internationales. Depuis l'avènement de la Conférence de La Haye sous l'impulsion de Mancini, aucune autre organisation internationale n'a été créée pour résoudre spécialement les règles de droit international privé. Néanmoins, une autre organisation internationale, à savoir la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, a été édiflée en 1966 dans un but d'harmonisation du droit commercial international.

De nos jours, la Conférence de La Haye, malgré des échecs à répétition depuis le XIXème, a contribué à l'élaboration d'un certain corps de règles de droit international privé sur le plan international. En effet, « dans un effort systématique d'unification des règles de conflit de lois », « ce n'est véritablement qu'après la Seconde Guerre mondiale que la Conférence de La Haye (...) a trouvé un second souffle »⁵⁹⁰. Par conséquent, depuis 1951, les travaux de la Conférence de La Haye ont abouti à l'adoption de nombreuses conventions, comme la Convention du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ou encore la Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires⁵⁹¹. La Conférence de La Haye a donc dans une certaine mesure permis d'universaliser la méthode conflictuelle⁵⁹² à une

⁵⁹⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 33.

⁵⁹¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 40.

⁵⁹² Pour aller plus loin, voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 120 : « Transformée en organisation intergouvernementale, pourvue d'un bureau permanent, la Conférence de La Haye devint une organisation semi-ouverte, ce qui conduisit à un élargissement progressif du cercle des Etats participants. Centrée à l'origine exclusivement sur l'Europe, elle réunit progressivement des pays représentant toutes les parties du monde, Amérique latine, Amérique du Nord, Asie, Proche-Orient, Maghreb, Pacifique, et appartenant à des familles de droit différentes, ce qui, on le verra, n'est pas sans influencer sa démarche. Enfin, manifestation de cette aspiration à l'universalisme, on constate un abandon de la condition de réciprocité ; les Conventions de La Haye de deuxième génération revêtent un caractère universel, en sorte qu'elles s'appliquent sans avoir égard au fait que la loi désignée est celle d'un Etat contractant ou non ».

échelle internationale parvenant ainsi à une unité de législation⁵⁹³. Cependant celle-ci n'est demeurée qu'une utopie.

279. Le cantonnement des règles internationales aux questions pratiques. Si l'uniformisation internationale a semblé apparaître grâce à la Conférence de La Haye, elle est en réalité inachevée. Les diverses conventions émanant des travaux de ladite Conférence sont limitées en ce qu'elles ne concernent que des sujets « d'importance pratique »⁵⁹⁴. Cet aspect révèle l'impossibilité d'unifier les règles de conflit sur des questions juridiques qui ne sont pas pratiques. L'exemple du statut personnel en est le meilleur. La seule difficulté de parvenir à un accord entre le rattachement au domicile ou à la nationalité suffit à démontrer le désaccord auquel sont confrontés les Etats réunis au sein de la Conférence de La Haye. D'ailleurs, les premiers échecs de cette organisation internationale sont en partie dus à ces controverses doctrinales puisque, opposés à l'inspiration personnaliste dont a émané l'organisation, les pays de *common law*, d'inspiration territorialiste, s'en sont tenus à l'écart⁵⁹⁵. Tout comme, même entre Etats participants, des « désaccords d'ordre politique et juridique » ont eu lieu⁵⁹⁶.

280. Un cantonnement lié aux cultures juridiques des Etats. Ces difficultés auxquelles tout organisme international en droit international privé est confronté s'expliquent à raison des différences culturelles, historiques et politiques propres à chaque Etat. Par conséquent, un lien doit être fait avec les origines du droit international privé puisque celles-ci vont impacter l'unification de la matière. Ainsi, plus les considérations culturelles d'un Etat sont effacées, plus l'unification est propice. Ceci a justifié la création de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international. Néanmoins, cette Commission ne traite à ce jour que du droit commercial et d'aucune autre matière. Grâce à celle-ci, est notamment apparue la Convention des Nations unies sur la vente internationale de marchandises de 1980 ainsi que d'autres Conventions propres au droit commercial. La nouveauté de cette

⁵⁹³ Voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 62 : « La conférence de La Haye, dans l'exercice de sa mission, a indéniablement connu des succès importants. Elle a touché à tous les domaines du droit, du droit des contrats, au droit des personnes et de la famille, en passant par le droit des biens, et le droit patrimonial de la famille. Elle a non seulement œuvré pour l'unification du conflit de lois, mais aussi pour l'unification du conflit de juridictions et de la procédure internationale. En tout, on dénombre près de quarante conventions à ce jour, dont la destinée a été plus ou moins favorable, certaines signées par une soixantaine d'Etats tandis que d'autres n'entraient jamais en vigueur voire même ne recueillaient aucune signature (par ex. : Conv. du 15 nov. 1965 relative à la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption) ».

⁵⁹⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 33.

⁵⁹⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 43.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

organisation internationale est la création de règles matérielles et non plus conflictuelles afin d'unifier le droit international commercial. Il est donc possible de considérer que l'universalisme préconisé par Savigny a, en quelque sorte, réussi à s'imposer. Il n'en demeure pas moins que cela se cantonne au droit commercial et que cela ne peut s'étendre à toutes les autres matières privatistes qui concernent le droit international privé.

281. La création *a priori* irréalisable d'un système international. Ainsi, comme l'a affirmé Niboyet, « la méthode du droit conventionnel peut donc consister soit dans l'unification du droit, soit seulement dans l'élaboration de règles communes destinées à résoudre les conflits en opposition des législations »⁵⁹⁷. Le fusionnement des règles du droit international passe donc nécessairement par la méthode conflictuelle ou la méthode matérielle envisagée à l'échelle internationale. Cependant à raison des divergences culturelles, historiques, économiques, politiques, mais surtout doctrinales des Etats, il paraît difficilement envisageable de créer un système de droit des conflits de lois à l'échelle mondiale. En effet, « en l'état actuel du monde, avec les différences de races, de civilisation, de besoins d'expansion ou d'importation, une réglementation totale du droit international privé conventionnelle et universelle est irréalisable »⁵⁹⁸. C'est pourquoi d'autres organisations internationales ont pensé le droit international privé de manière plus restrictive, soit à une échelle régionale.

b) La réussite limitée des organisations à échelle régionale

282. La création d'un corps de règles supranational par les communautés régionales. En raison de l'irréalisable uniformisation du droit international privé à une échelle mondiale, les Etats se sont tournés vers une unification plus restreinte c'est-à-dire régionale. Ceci s'est justifié par les similitudes culturelles, politiques et juridiques de certaines régions du monde. A ce titre, un parallèle doit être fait, une fois encore, avec les origines du droit international privé, puisqu'une construction régionale sera nécessairement favorisée entre pays de droit civil, tout comme cela sera également le cas entre pays de *common law*. Par conséquent dès le XIX^{ème} siècle, divers organismes internationaux ont été fondés et dont l'objet a été celui de l'élaboration d'un corpus de règles de droit international privé commun. Ainsi, sur le continent américain est apparue l'Union panaméricaine en 1889 laquelle a donné

⁵⁹⁷ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 22.

⁵⁹⁸ P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *op. cit.*, § 66.

naissance au Code Bustamante⁵⁹⁹, un Code de droit international privé⁶⁰⁰. Également, les pays scandinaves ont créé l'Union nordique, laquelle a élaboré diverses conventions en droit international privé⁶⁰¹. Parallèlement, en Europe, d'autres organisations internationales ont été les promotrices de Conventions internationales en droit international privé, comme le Benelux, l'Association européenne de libre-échange ou encore la Communauté européenne.

283. Le pas vers une unification régionale. En outre, à la suite de la décolonisation, à une échelle plus réduite, c'est-à-dire bilatérale, de nombreuses conventions ont été conclues entre Etats européens et Etats maghrébins et africains. Toutes ces conventions multilatérales et bilatérales conduisent à considérer que le droit international privé a bien enclenché le pas vers l'unification. Cependant, si la volonté des Etats, à une échelle régionale, est celle de la concentration des règles du droit international privé, cette volonté crée un système à multiples niveaux. En effet, l'unification n'est que régionale et ne permet donc pas la mise en place d'un système universel de droit des conflits de lois. De plus, au sein même des organisations internationales, il ne peut être établi que le droit international privé ait fait l'objet d'une réglementation intégrale. En effet, comme cela a été le cas avec la Conférence de La Haye, les conventions issues des organisations internationales régionales se sont cantonnées à des domaines ou à des matières précises. En aucun cas, le droit international privé n'a fait l'objet d'un encadrement général à l'échelle régionale, dans la mesure où « les législations n'évoluant pas au même pas, des distorsions peuvent apparaître, dont on ne sait pas si elles sont appelées à s'effacer ou à perdurer »⁶⁰². De plus, « certaines conventions ne sont ratifiées que par un nombre restreint d'Etats, des conflits surgiront inévitablement entre le système conventionnel et ceux des Etats non contractants »⁶⁰³.

284. Vers un droit des conflits de lois à plusieurs vitesses. Finalement, comme à l'échelle internationale, le droit international privé régional tend à s'universaliser mais pour autant n'y parvient pas globalement en raison des différences culturelles, politiques et juridiques de chaque Etat. De plus, même si l'unification est consacrée au regard de certaines

⁵⁹⁹ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 23.

⁶⁰⁰ Pour aller plus loin, voir en ce sens : A. M. Villela, « L'unification du droit international privé en Amérique latine », *RCDIP* 1984, p. 233, laquelle affirme notamment que : « l'existence de règles de droit matériel uniforme ne permet pas de se passer du droit international privé et en Amérique latine, c'est l'unification des règles de droit international privé qui a été la plus grande réussite ».

⁶⁰¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 34.

⁶⁰² B. Audit, P. I « L'uniformisation du droit international privé vue à travers ses sources », in « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *RCADI*, 2003, vol. n°305, p. 35 et s.

⁶⁰³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 35.

conventions, elle ne l'est qu'à une échelle régionale. Cela a pour incidence de créer un droit des conflits de lois à plusieurs vitesses empêchant tout universalisme. Néanmoins, les textes internationaux issus de ces entités régionales ont conduit à mettre en place des règles universelles conformément à l'objet du droit international privé.

2) Un droit fractionné au regard des textes issus des organisations internationales

285. Les organisations internationales créées dans un but d'unification des règles du droit international privé ont permis la réalisation de divers textes internationaux. Cependant ces textes n'ont pas tous eu le même objet ni la même portée. En effet, certains d'entre eux ont élaboré quelques règles matérielles internationales en droit commercial (a). D'autres ont préféré davantage des règles conflictuelles régionales dans toute matière (b).

a) Les rares textes internationaux portant règles matérielles en droit commercial

286. L'élaboration de règles matérielles communes. Depuis le XIX^{ème} siècle, chaque organisation internationale, que ce soit à l'échelle mondiale ou régionale, a produit divers textes dont certains ont directement tendu à l'unification des règles de fond. En effet, diverses conventions ont procédé par le biais de règles matérielles à la réglementation de plusieurs matières comme les transports, la propriété intellectuelle, les titres de crédit, la vente, le crédit-bail, etc. Cependant, hormis le fait que toutes les conventions de droit matériel ne soient pas issues de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, il est établi que toutes les réglementations relatives aux règles de fond en droit international privé ne relèvent que de la matière commerciale. En effet, les seuls pans de droit international privé ayant pu faire l'objet d'une législation au fond ne concernent que des aspects pratiques.

287. Des règles matérielles limitées au droit commercial. Comme pour les textes issus des Conférences de La Haye, deux raisons justifient ce cantonnement minime à une seule et unique matière. Premièrement, la mise en place de règles de fond à l'égard du droit commercial se justifie en ce que ce droit est facilement universalisable. En effet, les échanges économiques du monde entier ont permis de construire un système de règles commerciales semblables afin de faciliter les rapports entre les divers Etats du monde. Par conséquent, cette tendance à un rapprochement législatif permet aujourd'hui de créer un corpus de règles

donnant directement une solution au fond en droit commercial⁶⁰⁴. *A contrario*, tout ce qui ne relève pas de la sphère économique, et concerne les autres matières de droit privé ne peut faire l'objet de réglementation au fond. Ceci s'explique à raison de l'identité de chaque Etat à l'égard de ses propres règles de droit dans chaque matière privée. Il est difficilement envisageable de penser que des Etats acceptent de se soustraire à leur propre identité dans un but d'unification du droit à l'échelle mondiale. Deuxièmement, au-delà de la diversité nationale entre chaque Etat, tout système de droit matériel doit être rejeté dans toute autre matière que le droit commercial, voire même de manière générale, puisqu'il a pour conséquence de figer le système et de cantonner les règles à la période à laquelle elles ont été promues⁶⁰⁵.

288. L'inadaptation de la méthode matérielle en droit international privé. La méthode matérielle a donc peu de succès en raison des inconvénients qu'elle procure. C'est pourquoi le droit international privé, afin de parvenir à l'unité de ses règles, ne devrait user que de la méthode conflictuelle⁶⁰⁶. En effet, « le législateur qui, dans chaque système juridique, a édicté les règles de rattachement, (...) s'est inspiré de la condition sociale et économique des mœurs, des usages, des traditions, des besoins du système juridique pour lequel il légiférait, il a tenu compte de la raison d'être de l'institution en cause : mariage, propriété, contrat, etc... telle que le concevait et le définissait la législation de ce système »⁶⁰⁷. Cette citation d'Arminjon suffit à considérer que seule la méthode conflictuelle permet de créer une coordination entre les systèmes de chaque Etat, sans remettre inévitablement en cause leurs aspirations respectives.

b) Les nombreux textes régionaux portant règles conflictuelles dans toute matière

289. L'élaboration de règles de conflit communes. Parallèlement aux quelques règles matérielles établies par conventions internationales depuis le XIX^eme, les organisations internationales ont davantage eu pour rôle d'unifier le droit international privé en matière de

⁶⁰⁴ S. Clavel, *op. cit.*, § 199 : « Les Etats ont souvent adopté collectivement des conventions internationales de droit matériel destinées à harmoniser leur réglementation des relations internationales entre personnes privées. Là encore, les Etats ont principalement, pour ne pas dire exclusivement, œuvré en matière de relations économiques, en réglementant certains contrats internationaux. Les relations familiales sont restées quant à elles essentiellement régies par les règles de droit interne, que les Etats se sont efforcés de coordonner en harmonisant, par voie conventionnelle, les règles de droit international privé. La raison en est, on peut le penser, que les relations familiales même « internationales » sont fortement ancrées dans un ou plusieurs ordres juridiques nationaux, tandis que les relations commerciales internationales se développent presque indépendamment de ces ordres juridiques ».

⁶⁰⁵ Cf. *infra* § 529 et s.

⁶⁰⁶ Cf. *infra* § 563 et s., et spécialement § 568.

⁶⁰⁷ P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 18.

conflit de lois. En effet, « la tentative la plus importante d'élaboration de conventions multilatérales tendant à l'unification des règles de conflit a été faite par la Conférence de La Haye de Droit international privé »⁶⁰⁸ grâce à laquelle de nombreuses conventions ont édicté des règles de conflit de lois dans diverses matières, lesquelles ne tenaient pas uniquement au droit commercial. Par exemple, ont été visés les obligations alimentaires ou encore la protection des mineurs. Ce procédé a également été employé à l'échelle régionale et a suscité le développement d'un mouvement conventionnel de conflit de lois dans diverses matières, et notamment en Europe. Ainsi, différents textes sont apparus dans diverses matières, et notamment en matière de régimes matrimoniaux, de successions, etc. De plus, le processus s'est étendu par la création de textes internationaux propres aux conflits de juridictions.

290. Le recours plus aisé à la méthode conflictuelle. Ainsi, à toutes les sphères supranationales envisageables, les textes internationaux ont favorisé le règlement des litiges par la méthode conflictuelle et ceci en toute discipline. Ce mouvement unificateur s'explique en raison d'une transposition des règles de droit international privé essentiellement de structure conflictuelle et bilatérale. Il est bien moins délicat de recourir à la méthode conflictuelle puisqu'elle ne nécessite pas un accord entre Etats sur les règles de fond applicables à une matière, mais seulement une entente relative aux règles permettant de mettre un terme au conflit de lois en cause. Le consensus opéré par les Etats ne s'opère qu'à l'égard du rattachement qui devra être choisi pour chaque discipline. Ceci est plus facilement réalisable à une échelle supranationale et principalement régionale à raison des cultures politiques, historiques et juridiques des Etats.

291. Une réglementation uniquement régionale. Néanmoins, si la méthode conflictuelle est celle qui conduit le plus sûrement à une unification des règles de droit international privé, il n'en demeure pas moins que le choix des rattachements reste une lourde difficulté puisqu'il suppose une entente préalable entre les Etats. « Pour qu'une règle de rattachement puisse être admise dans deux systèmes juridiques, il est donc nécessaire que leurs législations la motivent par des raisons identiques » et « tant que cette condition ne sera pas réalisée, il est chimérique de songer à un droit international privé uniforme »⁶⁰⁹. Ceci justifie donc, à l'heure actuelle, que la plupart des textes internationaux en matière de conflit de lois ne dépassent pas le stade régional. En effet, c'est à raison de leurs similitudes que les

⁶⁰⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 40.

⁶⁰⁹ P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 18.

Etats parviennent à établir des règles de droit uniformes. Il s'agit en réalité de revenir à la conception de Savigny fondée sur l'idée d'une communauté de droit. Cependant, si sa conception est véridique, elle ne permet de construire qu'un système de droit des conflits de lois limité et ceci particulièrement en raison des facteurs de rattachement, lesquels diffèrent d'une région à l'autre, ou d'une culture à l'autre⁶¹⁰. En d'autres termes, doit être soutenu un développement de la méthode conflictuelle en ce qu'elle seule permet, en pratique, une universalisation du droit des conflits de lois de toutes les disciplines. Cependant, en l'état actuel, cette méthode telle qu'elle est conçue ne permet pas la mise en place d'un système plus que régional. Or, il est malheureux que le droit international privé n'ait pas encore dépassé le stade régional.

292. Des sources législatives fragmentées. S'il est indéniable que le droit international privé s'est édifié dans l'optique d'une universalisation, il n'en demeure pas moins que ses débuts créent en réalité une justice à plusieurs niveaux. En effet, les sujets de droit sont traités au sein de différentes sphères juridiques (internationale, régionale, nationale) lesquelles s'articulent parfois difficilement et peuvent varier selon le point de vue duquel on se place. En cela le système mis en place, ou du moins les systèmes, sont critiquables puisqu'ils provoquent une insécurité juridique en mettant en place une justice à plusieurs vitesses. Or, tel ne doit pas être la finalité du droit international privé ni du droit des conflits de lois. Ce dernier devrait pouvoir être commun par mesure d'égalité de traitement. Néanmoins, il semblerait que le droit de l'Union européenne tende vers une certaine unification.

B. LES PREMICES D'UN DROIT UNIFIE AU TRAVERS DU DROIT DERIVE DE L'UNION EUROPEENNE

293. L'étude de l'Union européenne permet de constater à une échelle plus réduite, à savoir régionale, quelle procédure législative permet l'unification des règles de droit international privé (1) et quels sont les résultats de cette procédure à savoir les textes qui ont pu être élaborés (2).

⁶¹⁰ Voir en ce sens : P. Lagarde, « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », *RCDIP* 1989, p. 249, à propos de la difficulté d'élaborer une telle convention : « La tâche était difficile, plus peut-être en cette matière qu'en d'autres, car la diversité des règles de conflit de lois entre Etats membres de la conférence se doublait d'une opposition séculaire des droits matériels, tant pour la dévolution que pour la transmission et le partage de la succession, certains droits restant fidèles à l'idée de continuation de la personne du défunt par l'héritier tandis que d'autres adoptaient un régime de succession aux biens ».

1) L'illusoire réglementation commune du droit international privé au sein de l'Union européenne

294. La création d'une communauté européenne, puis de l'Union européenne, a permis au législateur régional de légiférer en matière de droit international privé et notamment en droit des conflits de lois afin d'aboutir à une réglementation commune au sein des pays membres. Par conséquent, le droit international privé et le droit des conflits de lois ont, *a priori*, fait l'objet d'une communautarisation (a). Cependant, cette discipline est simplement demeurée l'instrument d'une coopération entre Etats membres (b).

a) *La communautarisation présumée du droit international privé*

295. La communautarisation de la discipline depuis le Traité d'Amsterdam. Si la Communauté européenne, notamment depuis la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence et les jugements étrangers en matière civile et commerciale, a procédé à la construction de réglementations conventionnelles en droit international privé, cette construction s'est affinée avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam de 1997. En effet, grâce à ce traité, la coopération judiciaire en matière civile a intégré le premier pilier permettant ainsi au droit international privé, qui faisait l'objet de conventions internationales, de désormais faire l'objet de décisions prises dans le cadre d'institutions communautaires. Et c'est ainsi, que se sont fortement développés les règlements européens en droit international privé et plus particulièrement en matière de conflit de lois. Par conséquent « le traité d'Amsterdam marque une étape importante sur la voie du droit international privé européen »⁶¹¹ puisque la coopération en matière civile, ayant été transférée du troisième au premier pilier, a bien eu pour objet de favoriser « la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflit de lois et de compétence »⁶¹².

296. Vers l'élaboration d'un droit international privé commun.

Cette communautarisation du droit international privé a permis de faciliter la construction d'un corpus de règles communes au sein de l'Union européenne, les institutions de l'Union pouvant désormais élaborer des règlements européens directement applicables aux Etats membres et s'adressant directement aux sujets de droit de l'Union européenne. Par conséquent l'absence de recours à une convention internationale au sein d'une organisation internationale telle que l'Union européenne a facilité l'harmonisation du droit international

⁶¹¹ S. Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel : pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Thèse, Paris 10, 2006, LGDJ, 2007, § 54.

⁶¹² *Ibid.*, citant l'art. 65 du titre IV du Traité CE.

privé et tend à l'universalisation⁶¹³. Le modèle de l'Union européenne pourrait alors être le modèle à adopter à une échelle supranationale pour parvenir à une totale uniformité des règles de droit international privé. De plus, « le développement des règles de conflit d'origine européenne (...) a un impact sur les règles de conflit nationales puisque, dans leur domaine d'application, les règles communautaires se substituent purement et simplement aux règles de conflit des Etats membres »⁶¹⁴. Cependant, si le développement des règles de conflit européennes tend à l'universalisme, il s'agit d'un leurre dans la mesure où le droit international privé de l'Union européenne fait l'objet d'une coopération judiciaire laquelle ne contraint pas, de manière générale, tous les Etats membres à une adhésion, sans marge de manœuvre, à chaque règlement européen.

b) *L'unique coopération européenne en droit international privé*

297. La faculté d'adhésion de certains Etats membres. Si le droit international privé a fait l'objet d'une communautarisation au sein de l'Union européenne, celle-ci reste limitée. Avant tout, le droit international privé peut ne pas être appliqué de manière unanime au sein des 28 Etats membres dans la mesure où certains d'entre eux bénéficient d'une option d'adhésion aux textes de l'Union européenne dans l'espace liberté, sécurité et justice⁶¹⁵. En effet, à ce jour encore, le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande ne sont pas directement liés de plein droit aux instruments négociés, ils doivent user de leur *opt-in* pour adhérer à un règlement européen. Par conséquent, sur cette base, la lisibilité des règlements européens est

⁶¹³ Voir en ce sens : A.-M. Rouchaud-Joët, « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *RCDIP* 2004, p. 2 : « Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, la Communauté s'est prévaluée de cette nouvelle compétence à plusieurs reprises en adoptant divers instruments en matière de droit international privé et, en ce faisant, s'est conférée de nouvelles compétences externes exclusives dans les domaines relevant de ces instruments. Au fur et à mesure que la Communauté adoptera d'autres instruments, les Etats membres perdront, au profit de la Communauté, de plus en plus de leur compétence externe dans les domaines couverts par ceux-ci. Cette circonstance aura sans aucun doute une influence considérable non seulement dans la pratique des Etats membres, qui avaient l'habitude dans le passé de négocier et de conclure des accords dans ce domaine de manière assez autonome, mais également sur le mode de fonctionnement de certaines enceintes internationales, en particulier la Conférence de La Haye de droit international privé, le Conseil de l'Europe, l'Unidroit et la CNUDCI ».

⁶¹⁴ S. Clavel, *op. cit.*, § 65, laquelle poursuit en précisant que si « les règles nationales subsistent pour régir les questions qui n'entrent pas dans le domaine d'application des règles communautaires ; (...) force est de constater que, là où l'Union européenne est intervenue, le rôle des règles de conflit nationales est devenu très résiduel » ; « Ce désengagement des Etats membres est d'autant plus manifeste que, empruntant à la jurisprudence de la Cour de justice, le TFUE institue une *quasi* compétence exclusive de l'Union en droit international privé ».

⁶¹⁵ Voir en ce sens : Ph. Malaurie, « Loi uniforme et conflits de lois », *op. cit.*, p. 83-109, lequel affirmait que : « Les brèches de l'unification sont également patentées lorsque les Etats ont assorti leur entente de réserves au sens large du terme, accordant ainsi à certains d'entre eux une possibilité d'indépendance, source de discordances. Mais le conflit de lois qui en résulte fait généralement entre eux l'objet d'une règle unifiée de conflit ».

délicate en ce qu'ils ne s'appliqueront pas nécessairement à tous les pays membres de l'Union européenne⁶¹⁶.

298. La procédure particulière de coopération renforcée. De surcroît, le Traité d'Amsterdam a permis, outre une communautarisation du droit international privé, la mise en place d'une nouvelle procédure qui est celle de la coopération renforcée, laquelle a été maintenue par le Traité de Lisbonne⁶¹⁷. Il s'agit d'une procédure législative par laquelle une directive ou un règlement ne s'applique pas aux 28 Etats membres de l'Union européenne mais uniquement à ceux qui le souhaitent. Par conséquent, dès que neuf pays membres de l'Union s'associent afin de mettre en œuvre un règlement européen en matière de conflit de lois ou de juridictions, peut naître ledit texte, sans qu'il soit nécessaire que tous les Etats membres de l'Union soient d'accord. C'est ainsi qu'ont été élaborés notamment le Règlement Rome III en 2010⁶¹⁸, et récemment les deux règlements de 2016 relatifs aux partenariats enregistrés⁶¹⁹ et aux régimes matrimoniaux⁶²⁰.

299. De l'uniformisation à l'harmonisation minimale. L'intégration d'une telle procédure législative au sein de l'Union européenne constitue la preuve de l'absence voire même de l'impossible harmonisation du droit international privé au sein de l'Union européenne. La philosophie de l'organisation régionale n'est pas réellement celle d'un universalisme privatiste européen, mais plutôt celle d'une harmonisation minimale européenne. Or tel n'est pas l'objet du droit international privé, et plus spécifiquement du droit des conflits de lois. La matière tend effectivement à une harmonisation de ses règles mais dans une optique du meilleur traitement du justiciable impliquant la suppression de tout système fragmentaire. Pourtant, aujourd'hui, au sein même de l'Union européenne, le droit international privé fait l'objet d'une application à plusieurs vitesses.

300. L'absence d'alignement des législations nationales. De plus, les règlements européens de droit international privé, s'ils sont d'effet direct et sont directement invocables

⁶¹⁶ C. Brière, « Le droit international privé européen des contrats et la coordination des sources », *JDI* n°3, juill. 2009, doctr. 6, § 2.

⁶¹⁷ Art. 81 du TFUE.

⁶¹⁸ Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *Rome III*.

⁶¹⁹ Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés.

⁶²⁰ Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

par les sujets du droit ne font pourtant pas partie intégrante des droits nationaux des Etats membres. Plus exactement, les règles de conflit établies par les textes européens ne s'imposent pas comme règle de conflit de droit interne. Par conséquent, les relations extra-européennes demeurent traitées par les règles de conflit nationales de chaque Etat membre. Ceci semble *a priori* justifié en ce que le droit européen n'a pas vocation à régir une situation extraterritoriale. Pour autant, dans une optique d'universalisation du droit international privé, les Etats membres de l'Union pourraient aligner leurs propres règles de conflit nationales sur celles du droit de l'Union afin de créer un droit uniforme. L'harmonisation du droit international privé reste donc nettement limitée puisque certaines règles de conflit nationales peuvent être bien différentes de celles prévues au sein de l'Union européenne, Union dont ils font partie⁶²¹. Il pourrait être envisagé qu'aux fins d'une harmonisation maximale, et non pas minimale, les pays membres modifient leur propre législation afin d'étendre davantage leur philosophie juridique du droit international privé. Néanmoins, l'Union européenne a permis l'adoption de divers textes européens portant règles de conflit.

2) La multiplicité des règles de conflit européennes

301. Le législateur européen, sous l'empire de la Communauté européenne, puis de l'Union européenne, a participé à l'édification d'un corpus de règles propres aux règlements de situations litigieuses impliquant un élément d'extranéité. C'est pourquoi ont été élaborés d'une part des règlements en matière de conflit de juridictions (a), et d'autre part en matière de conflit de lois (b).

a) Une législation quasi intégrale en matière de conflit de juridictions

302. La création d'un corpus de règles de conflit de juridictions. De la communauté européenne, puis de l'Union européenne, ont été effectués certains compromis entre Etats membres consistant en l'élaboration d'un corpus de règles européennes propres au conflit de juridictions. Par conséquent, existent aujourd'hui plusieurs règlements européens traitant de la compétence ainsi que de la reconnaissance et de l'exécution des jugements. Ces textes régissent plusieurs matières comme la matière civile et commerciale, la matière

⁶²¹ Voir en ce sens : B. Oppetit, « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit : mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 et s., lequel exprime notamment l'idée selon laquelle l'unification du droit européen présente « un caractère partiel » et ne suffit pas « à fonder un véritable système juridique commun » notamment en droit international privé ; et ajoute que « surtout, ce dont souffre cet embryon de droit commun, c'est de son manque d'autonomie à l'égard des droits nationaux ».

matrimoniale, la responsabilité parentale, les successions ou encore les régimes matrimoniaux.

303. Un corpus étendu quant à son champ d'application. Si beaucoup de matières ont fait l'objet d'une réglementation européenne en matière de conflit de juridictions, il n'existe pas encore une harmonie absolue dans toutes les matières du droit international privé. Néanmoins, dans toute situation européenne ou mettant en jeu un pays membre de l'Union, il semble qu'un texte européen ait vocation à s'appliquer en raison de la prolifération de ces textes. En effet, il est peu de cas européens qui sont, aujourd'hui, directement traités par les règles de conflit de juridictions nationales. Chaque situation impliquant un Etat européen, justifie de s'intéresser au règlement européen qui concerne la situation litigieuse, puis de recourir aux règles de conflit nationales si ledit texte n'est pas applicable.

304. Vers une harmonisation des règles de conflit. En conséquence, le droit international privé européen a réussi à créer un corps de textes permettant de prendre en compte tout conflit de juridictions quasiment en toute matière. De cela, il convient d'en déduire qu'une harmonisation des règles de conflit de juridiction semble réalisable. L'étude des règles de conflits de lois issues de l'Union européenne ne fait que le confirmer.

b) Une législation plus réduite en matière de conflit de lois

305. L'élaboration d'un ensemble de règles de conflit de lois plus restreint. « L'unification des règles de conflit de lois des matières de tradition est un objectif louable au niveau régional »⁶²². C'est pourquoi la communauté européenne et l'Union européenne, ont, parallèlement aux règles de conflit de juridictions, créé un corpus de règles en matière de conflits de lois. Tout comme son corollaire en matière de compétence, la loi a fait l'objet d'une véritable législation conflictuelle au sein de l'Union européenne dans diverses matières comme les obligations contractuelles et non contractuelles⁶²³, les régimes matrimoniaux⁶²⁴, le

⁶²² S. Lecuyer, *op. cit.*, § 296.

⁶²³ Voir en ce sens : T. Kadner Graziano, « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité contractuelle », *RCDIP* 2008, p. 445 : « Le droit international privé en matière de relations extracontractuelles est resté pendant longtemps dans l'ombre du droit international privé des obligations contractuelles. Alors qu'en matière contractuelle, l'unification du DIP a connu un grand succès avec l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (...), l'unification du DIP en matière extracontractuelle est restée tout au plus partielle. Il y a lieu de citer deux Conventions de La Haye, l'une portant sur le droit applicable aux accidents de la circulation routière, l'autre désignant pour les États membres le droit applicable à la responsabilité du fait des produits. Pour le reste, la matière a été laissée aux droits nationaux de la coordination » ; cependant « le règlement Rome II (a introduit) pour la première fois dans l'histoire moderne du DIP des règles de rattachement communes aux Pays membres de l'Union européenne en matière de responsabilité extracontractuelle ».

divorce et la séparation de corps⁶²⁵, etc. Par conséquent, une grande majorité de matières fait l'objet d'un encadrement régional. Cependant, certaines matières demeurent exclues du champ d'application des règlements européens. Certaines d'entre elles sont l'objet d'autres textes notamment internationaux issus de la Conférence de La Haye, comme la responsabilité du fait des produits, et d'autres ne sont l'objet d'aucune réglementation comme le mariage.

306. La trop grande concession de souveraineté des Etats. L'harmonisation des règles de droit international privé à l'échelle européenne en matière de conflit de lois est moins générale qu'en matière de conflits de juridictions. Cependant, contrairement aux conflits de juridictions, le conflit de lois est l'instrument de conventions internationales depuis la création de la Conférence de La Haye à la fin du XIX^{ème} siècle, ce qui peut justifier la diversité des sources en la matière. De plus, il apparaît plus difficile de s'accorder sur les règles de conflit de lois que sur les règles de conflit de juridiction de manière générale, car si les règles de conflit de juridiction sont également la manifestation de la souveraineté d'un Etat, elles se traduisent par un moindre sacrifice pour les Etats. En effet, l'étude des règlements européens laisse apparaître que ces derniers, en matière de conflit de juridictions, donnent, la plupart du temps, compétence à plusieurs juges et non pas à un unique juge. En revanche, en matière de conflit de lois, les règlements européens, comme toute règle de conflit en la matière, ont pour objet de donner compétence à une loi unique et non à plusieurs⁶²⁶. Ainsi, la concession demandée aux Etats ne semble pas être la même eu égard au degré de souveraineté sacrifié, dans la mesure où le conflit de lois reste parfois perçu par ces derniers comme un conflit de souverainetés. Ceci est amplifié notamment dans les affaires pour lesquelles l'identité des Etats joue un rôle important, comme en matière de statut personnel. Donc, les règles de conflit de lois sont plus difficiles à uniformiser que les règles de conflit de juridictions puisqu'elles n'engendrent pas la même concession de souveraineté. En outre, l'Union européenne est tout de même parvenue à créer une certaine harmonie en matière de règles de conflit dans beaucoup de matières.

307. L'échec d'une universalisation des règles de conflit. Finalement, il apparaît que les sources du droit international privé sont aujourd'hui internationales, mais ne le sont

⁶²⁴ Règlement (UE) n°2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

⁶²⁵ Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *Rome III*.

⁶²⁶ H. Gaudemet-Tallon, *La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXI^{ème} siècle, quelques tendances*, op. cit., p. 126.

pas de manière générale et universelle. Par conséquent, à une échelle supranationale, s'il semble que l'harmonisation soit plus facilement réalisable en matière conflictuelle, il n'en demeure pas moins que cette réglementation n'est pas unique, mais plutôt multiple, se propageant à différents niveaux, qu'ils soient internationaux ou régionaux. De surcroît, même au sein de ces constructions législatives, aucune unité n'apparaît en ce que plusieurs niveaux existent, que ce soit sur le plan de l'adhésion en tant que telle, ou de l'adhésion aux différents types de règles. Néanmoins, la méthode conflictuelle semble être la méthode la plus adaptée pour parvenir à un accord commun entre Etats puisque la pratique en atteste. Cependant, ce sont bien les considérations propres des Etats et leur identité respective qui restent l'obstacle à une véritable harmonisation. C'est pourquoi aujourd'hui, les sources du droit international privé, et plus particulièrement du droit des conflits de lois maintiennent le droit national de chaque Etat, membre ou non d'une organisation internationale.

§ 2 – LA PERSISTANCE DU PARTICULARISME PAR LE MAINTIEN DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE NATIONAL

308. Le droit international privé est né avant tout dans chaque Etat pris isolément. Par conséquent, originellement les sources de ce droit ont été nationales. Pour autant, ces sources se sont maintenues et sont finalement devenues atemporelles (A). En effet, malgré le développement de sources internationales, les sources internes du droit international privé ont perduré dans la mesure où elles assurent une fonction de suppléance (B).

A. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE NATIONAL : UNE SOURCE ATEMPORELLE CONTROVERSABLE

309. Le droit international privé a tout d'abord été encadré par des sources internes en raison de l'inexistence d'une communauté de droit entre Etats. Ceci a nécessairement eu pour conséquence de faire de cette source le socle de la discipline (1). Cependant, l'utilisation de ce type de source a engendré l'élaboration d'une multitude de systèmes juridiques propres à chaque pays de nature à créer une grande diversité parmi les sources nationales (2).

1) Le droit international privé interne : le socle de la discipline

310. Les conflits de lois apparus dès l'Antiquité, en l'absence de communauté de droit, ont été résolus par les législations internes de chaque Etat (a). Depuis lors, chaque législation a conservé une réglementation nationale en matière de conflit de lois pour résoudre tout litige impliquant un élément d'extranéité (b).

a) *Le droit international privé national comme source initiale*

311. La naissance du droit international privé national en droit romain. L'histoire du droit international privé a permis d'établir que cette discipline, apparue à l'époque du droit romain, n'a été considérée comme matière à part entière qu'au Moyen Âge. Or, dès l'époque du droit romain, chaque Etat, confronté à un conflit de lois, a dû établir une solution lui permettant de résoudre ce litige. A l'époque, en l'absence de communauté internationale entre Etats, il a été indispensable de mettre en place une réglementation permettant de résoudre les situations litigieuses impliquant un élément d'extranéité. Ainsi, en raison d'un défaut de communauté, la construction d'un corps de règles d'origine purement nationale était inévitable. Sont alors apparues les premières règles de conflit de lois de source nationale. En effet, ce n'est qu'à la fin du XIX^{ème} siècle que l'idée de source internationale en droit international privé s'est manifestée.

312. La première source du droit. Par conséquent, le droit international privé interne a bien été régi avant tout par des sources nationales dont la codification a débuté au XIX^{ème} siècle⁶²⁷. Depuis lors, le caractère national des règles de conflit de lois n'a cessé de perdurer au travers des siècles en raison de l'impossible unification du droit international privé et spécialement du droit des conflits de lois. Si cette discipline constituait une source du droit uniquement nationale, elle le demeure encore aujourd'hui.

⁶²⁷ Voir en ce sens : B. Oppéit, Ch. II, S. II, Par. 1 « Les codifications nationales », in « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, 2008, vol. n°234 : « La codification du droit international privé opérée dans le canton de Zurich en 1854 constitue « la première des grandes codifications du XIX^e siècle qui reflète les nouveaux mouvements de la doctrine »¹⁷⁶; elle est due au professeur Bluntschli, également homme politique et de gouvernement. Cette codification, la première systématique (mais ouverte car ne réglant pas tout) en notre matière, porte l'empreinte des idées de Savigny et repose sur des notions abstraites et scientifiques: elle ne part pas de la règle matérielle pour en déterminer le champ d'application, mais est centrée sur la détermination du droit applicable aux relations juridiques (famille, succession, forme des actes, etc.), préfigurant la structure moderne de la règle de conflit; de même, la notion de communauté internationale d'Etats souverains, chère à Savigny, est sous-jacente à l'établissement par ce code de critères de rattachement quasiment identiques pour les citoyens zurichois et les étrangers; enfin la codification zurichoise consacrait le renvoi, lui-même inventé par Bluntschli.

Mais la plus célèbre codification du droit international privé survenue au XIX^e siècle se trouve dans les dispositions préliminaires du Code civil italien de 1865: elle est l'œuvre exclusive de Mancini, autant homme d'Etat que savant prestigieux; elle consacre la bilatéralité complète des règles de droit international privé au nom du principe de la personnalité du droit (chaque personne doit être traitée selon sa propre loi) et de la coexistence des nations, et ce fondement de droit naturel devait conférer aux idées de Mancini une force expansionniste considérable au-delà des frontières de son pays; d'autre part, dans la filiation de Savigny, la codification italienne détermine la loi applicable en considération du rapport juridique à régir. Rarement aura été porté à un degré aussi élevé le rayonnement d'une pensée dans les institutions d'une époque.

Le droit international privé français offre également une belle illustration de cette transmutation du droit savant en droit légiféré : les textes ou avant-projets intervenus en la matière à l'époque contemporaine présentent tous un caractère hautement scientifique et doctrinal tant par la personnalité de leurs auteurs que par leur contenu ».

b) *Le droit international privé national en tant que source éternelle*

313. Une source subsidiaire indispensable. Le droit international privé ne cesse d'être encadré par des règles de conflit internes. En effet, ceci s'explique par l'irréalisable unification du droit international privé⁶²⁸. La discipline étant le fruit de toutes les législations propres à chaque pays, il a paru, et il semble encore, difficile de penser qu'un système universel soit réalisable. Chaque système étatique s'est doté d'une législation propre, laquelle a été l'objet d'une « différence de conceptions » ayant « motivé les institutions juridiques », lesquelles « se sont formées et ont évolué par l'effet de causes historiques et aussi sous l'action des institutions politiques, sociales, économiques nationales »⁶²⁹. Ainsi, en l'absence de droit international privé commun entre divers pays, « chaque pays possède son propre système de solution de conflit, et il n'existe pas de règles s'imposant au respect de tous les Etats »⁶³⁰. En conséquence, « aucun principe n'oblige un Etat à suivre telle solution plutôt qu'une autre »⁶³¹. Ainsi, « faute de législateur possible au-dessus des Etats pour régler les conflits qui s'élèvent entre leurs législations respectives (...), il se constitue par l'accord des Etats eux-mêmes »⁶³². Or, il est aujourd'hui difficile de parvenir à un tel accord en raison d'une part de l'identité propre de chaque Etat, et d'autre part de la conception souverainiste que peut se faire chaque Etat du conflit de lois.

314. Une source éternelle. Finalement, au-delà de l'option entre l'universalisme et le particularisme, le constat est tel que le droit international privé de source nationale ayant été la première source de la discipline a vocation à ne jamais cesser d'exister. Ceci se justifie en raison du caractère fragmentaire de la discipline issu de son histoire, lequel perdure encore aujourd'hui. Néanmoins, ce caractère a suscité l'apparition de nouvelles idéologies propres au système de droit international privé.

⁶²⁸ P. Arminjon, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, § 23.

⁶²⁹ *Ibid.*

⁶³⁰ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 53.

⁶³¹ *Ibid.*

⁶³² F. Despagne, *Précis de droit international privé*, Recueil Sirey et du Journal du Palais, 5^{ème} éd., 1909, § 21.

2) Le droit international privé interne : facteur de multiplication des systèmes

315. En raison du maintien du caractère national des systèmes de conflit, le droit international privé a provoqué la création de multiples systèmes conflictuels⁶³³. Par conséquent, cette multiplicité a suscité une volonté de coordination entre ces différents systèmes (a) laquelle s'est traduite par l'avènement d'une nouvelle source de droit international privé, à savoir le droit comparé (b).

a) *La volonté de coordination des systèmes issue de la multitude de droits nationaux*

316. La nécessaire coordination des systèmes nationaux. En partant du postulat selon lequel « la matière a une nature purement interne ou nationale, et très exceptionnellement, un caractère international »⁶³⁴, comme le font les particularistes, il convient tout de même, conformément à l'objet du droit international privé, et plus spécialement du droit des conflits de lois, de parvenir à une coordination des systèmes. En effet, si l'on considère chaque système de droit international privé propre à chaque pays, il apparaît une multitude de systèmes de conflit de lois aptes à régir une situation internationale privée. Or, une telle affluence contrarie l'objet même du droit des conflits de lois, à savoir sa vocation à l'unification.

317. La coordination des systèmes selon Batiffol. C'est ainsi que Batiffol a proposé d'envisager le droit des internationale privé sous l'angle de la coordination des systèmes. Il a notamment relevé que « la vitalité du problème des conflits de lois tient (...) à la réalité des liens qui unissent une même situation privée à plusieurs systèmes »⁶³⁵. Il a donc établi que ce problème tient à « l'articulation mutuelle des systèmes : si une situation donnée relève, par ses différents éléments, de plusieurs systèmes distincts, leur jeu simultané va poser des problèmes d'adaptation mutuelle »⁶³⁶. Par conséquent, il a considéré que « le développement moderne du droit international privé (...) travaille à la coordination de systèmes distincts coexistants, afin de soumettre à un régime défini les relations privées qui, par leur caractère international, se

⁶³³ Voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 49 et 50 : « Souvent différentes dans leurs contenus, les règles de conflit unilatéralement adoptées par les Etats varient également dans leurs sources. Certains Etats, comme l'Allemagne, connaissent une tradition ancienne de codification législative des règles de droit international privé, et au cours des dernières décennies, de nombreux Etats ont adopté de véritables « codes » de droit international privé, c'est-à-dire des ensembles cohérents de règles de conflit d'origine législative » ; « La France est indéniablement restée en retrait de ce mouvement de codification du droit international privé. Le droit commun français, c'est-à-dire le droit international d'origine purement interne, est pour l'essentiel le produit de l'œuvre créatrice de la jurisprudence. Et les principes généraux consacrés par les juridictions constituent encore aujourd'hui, une part importante du droit positif ».

⁶³⁴ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 53.

⁶³⁵ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 11.

⁶³⁶ *Ibid.*, § 12.

présentent comme s'insérant simultanément dans plusieurs systèmes différents »⁶³⁷. Il est donc parti du postulat que « chaque droit privé interne constitue un système »⁶³⁸.

318. Une coordination par souci d'harmonisation. Il en ressort que si le droit international privé est, encore aujourd'hui, majoritairement de source nationale, il doit être conçu dans une optique de coordination des systèmes afin de parvenir à une certaine harmonisation de la matière, du moins en droit des conflits de lois. En d'autres termes, il s'agirait de considérer que tout universalisme étant *a priori* inatteignable, il conviendrait mieux de se contenter d'un objectif de coordination lequel serait le corollaire d'une harmonisation des systèmes. En partant de ce postulat, le droit international privé interne justifierait alors le développement du droit international privé comparé.

b) *L'avènement du droit comparé engendré par l'abondance des systèmes nationaux*

319. Le droit comparé comme source intermédiaire du droit. « Le rôle prépondérant des sources internes en droit international privé aboutit à la formation dans chaque pays d'un corps propre de législation, de jurisprudence et de doctrine », « il s'ensuit qu'il y a intérêt à étudier comparativement ces différents systèmes juridiques »⁶³⁹. La coordination des systèmes doit donc se réaliser par une étude comparative, comme l'ont préconisé notamment Maury et Savatier⁶⁴⁰. Ainsi, à partir des sources internes du droit international privé, apparaît une source intermédiaire c'est-à-dire le droit international privé comparé. Celui-ci « cherche à démêler les causes de la diversité des solutions, à apprécier l'adaptation de celles-ci aux problèmes à résoudre, et à étudier dans quelle mesure l'identité des problèmes permet d'envisager une unification, ou au moins un rapprochement, des règles et dans quel sens »⁶⁴¹. C'est pourquoi Maury a pu affirmer qu'« une réglementation adéquate de la vie sociale internationale est le but essentiel du droit international privé » et « cette réglementation suppose l'étude des faits et situations du point de vue précisément de cette vie internationale »⁶⁴². Or, le droit comparé permet donc au droit international privé de se réaliser, mais il lui permet également « d'assumer sa première fonction, à savoir la connaissance des systèmes juridiques étrangers : tout au long du processus qui conduit à résoudre les conflits de

⁶³⁷ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 7.

⁶³⁸ *Ibid.*, § 8.

⁶³⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 23.

⁶⁴⁰ Cf. *supra* § 194 et s.

⁶⁴¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 23.

⁶⁴² W. Goldschmidt, « Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome I, Dalloz et Sirey, 1960, p. 153 et s.

lois, il faut se référer au droit étranger »⁶⁴³. C'est pourquoi la fonction du droit comparé ne peut être négligée.

320. La multitude de sources du droit. Le constat est triple, le droit international privé est donc fondé par deux sources principales : le droit national et le droit supranational dont l'intermédiaire serait le droit comparé. Ce triple niveau de source laisse penser que le droit international privé est très diversifié, voire manque de coordination en raison de la multiplicité de ses sources⁶⁴⁴. Par conséquent, il n'est pas unifié ni même harmonisé comme il devrait l'être. Ceci est vraisemblablement dû au maintien des sources internes depuis l'Antiquité. Or, celui-ci ne cessera sans doute jamais à cause du rôle de suppléant qui est assuré par ces sources nationales.

B. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE NATIONAL : UNE SOURCE SUPPLEANTE INDISPENSABLE

321. Si le droit international privé national est atemporel, il l'est principalement au regard de sa fonction de suppléance. En effet, il apparaît que celui-ci se caractérise, aujourd'hui, aussi bien par sa subsidiarité que par sa nécessité (a). Pour autant, malgré son rôle indispensable, il constitue un facteur d'insécurité juridique et un protagoniste du particularisme (b).

1) De la subsidiarité à la nécessité du droit international privé interne

322. Le droit international privé de source nationale assure aujourd'hui une mission de suppléance. En effet, d'une part, à défaut de texte supranational applicable, il assume une fonction de subsidiarité (a) et d'autre part, à défaut de texte supranational existant, il demeure nécessaire (b).

⁶⁴³ B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000, p. 797, laquelle poursuit : « Ainsi, le droit international privé confère une utilité directe au droit comparé trop souvent perçu comme une discipline académique ou spéculative. Envisagés sous cet angle de la désignation et de l'application du droit étranger, les rapports entre droit international privé et droit comparé paraissent fort harmonieux » ; et laquelle reprend les propos de Saleilles en ouverture du Congrès de Paris : « non plus constater les diversités mais en tirer les conséquences et rechercher l'influence que l'étude et la comparaison des lois étrangères peuvent avoir sur le développement du droit national ; faire du droit comparé une science autonome »

⁶⁴⁴ S. Clavel, *op. cit.*, § 65, laquelle affirme que « l'élaboration parallèle de règles de conflit d'origine nationale, internationale et européenne soulève des questions de coordination de ces règles de conflit entre elles, qui n'en facilitent guère l'application, pourtant déjà réputée ardue ».

a) *La subsidiarité du droit international privé national à défaut de texte supranational applicable*

323. Un rôle subsidiaire imposé par l'inapplicabilité des textes internationaux. Le droit international privé interne joue un rôle de suppléance avant tout en raison de sa fonction subsidiaire. En effet, si le droit international privé et notamment le droit des conflits de lois est l'instrument de nombreuses sources supranationales, il n'empêche que certaines situations litigieuses n'ont pas vocation à être régies par ces sources. Tout dépend de l'applicabilité du texte à la situation et plus précisément de son applicabilité spatiale. Il semble sur ce point que les textes de conflit de lois tendant à une certaine application universelle soient, dans quasiment toutes les situations litigieuses internationales, applicables contrairement aux textes relatifs au conflit de juridictions. Ces derniers nécessitent *a contrario* un rattachement dans l'espace. Par conséquent dès lors que la situation ne présente pas un point de rattachement avec un Etat partie ou un Etat membre, le texte n'est pas applicable. Il en résulte que le droit international privé interne, du moins en matière de conflit de juridictions, régit toutes les situations pour lesquelles le droit international privé de source supranationale n'est pas applicable. Ce raisonnement s'applique donc au droit des conflits de lois. En effet, si de manière générale, aujourd'hui les textes relatifs au droit des conflits de lois, notamment les règlements européens, sont d'application universelle, ce n'est qu'à la condition que le juge d'un Etat membre soit ou puisse être saisi. Les règles de conflit de lois sont donc, dans leur application, subordonnées aux règles de conflit de juridictions. Ainsi, aucune source supranationale n'a une vocation entière à s'appliquer quelle que soit la situation litigieuse en cause. Ceci nécessite donc que chaque pays détienne ses propres règles de conflit, en matière de compétence ou de loi applicable, afin de régler les litiges qui ne pourraient être soumis aux sources supranationales.

324. Une subsidiarité justifiée par l'échec de l'universalisation. Il ne s'agit que du résultat de l'échec de l'universalisation des règles de droit en droit des conflits de lois. Le développement des sources supranationales n'a pas été suffisant pour conduire à une suppression totale des règles de conflit à l'échelle nationale. De plus, il reste que le droit international privé de source nationale est indispensable en l'absence de texte supranational.

b) *La nécessité du droit international privé national à défaut de texte supranational existant*

325. Un rôle nécessaire face aux vides juridiques. Si le droit international privé interne joue un rôle de suppléant en raison de sa fonction subsidiaire, il l'est également au regard de son caractère nécessaire. La nécessité du droit international privé national s'illustre

chaque fois qu'aucun texte supranational n'a vocation à s'appliquer au regard de son champ d'application matériel. En d'autres termes, dès lors qu'une matière n'a fait l'objet d'aucun accord à l'échelle supranationale, il est indispensable que le droit interne intervienne pour pallier ce vide juridique⁶⁴⁵.

326. Une nécessité à défaut d'unification des règles supranationales. Aujourd'hui, le droit des conflits de lois n'étant pas parvenu à une absolue unification de ses règles à une échelle supranationale, diverses matières demeurent soumises uniquement aux règles de conflit nationales de chaque pays. Il en est notamment ainsi des règles de conflit relatives au mariage. Ceci s'explique probablement au regard de la conception culturelle et religieuse que chaque pays se fait de cette institution. Le droit international privé de source nationale est alors indispensable pour régir tout litige relatif aux conditions de validité d'un mariage faisant état d'un élément d'extranéité. Cette seconde observation résulte également de l'échec de l'harmonisation des règles de conflit de lois à une échelle plus que nationale. Cet échec est bien pour partie dû à la conception souverainiste du conflit de lois et aux identités respectives de chaque pays.

327. De l'insécurité juridique au particularisme. Si le droit international privé national est un suppléant, *a priori* indispensable, il maintient en réalité une certaine insécurité juridique et participe à une conception particulariste du droit des conflits de lois, lesquelles sont contraires à l'esprit même de la matière.

2) Le droit international privé national : facteur d'insécurité et de particularisme

328. Si le droit international privé interne ne peut faire l'objet d'une suppression, il est moteur d'insécurité juridique dans la mesure où il peut conduire à la création de situations boiteuses (a). Or, le caractère indispensable du droit international privé national ne suffit pas à justifier son maintien. En réalité, une telle source perdure à raison de l'échec de l'internationalisation, lequel est, pour partie, imputable à l'idéologie particulariste du droit international privé et notamment du droit des conflits de lois (b).

⁶⁴⁵ Ex. : Cass., Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2007, n°06-15.295, *RCDIP* 2008, p. 99, note P. Gannagé ; dans lequel la Cour énonce que « la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux est déterminée principalement en considération de la fixation de leur premier domicile matrimonial » c'est-à-dire par la règle de conflit de lois française.

a) *De l'insécurité juridique à la création de situations boiteuses*

329. Une source du droit à résultats variables. « Dans chaque pays, les tribunaux et les particuliers sont liés par les dispositions législatives formelles relatives à la solution des conflits de lois »⁶⁴⁶. Ainsi, en l'absence, de normes supranationales de droit international privé applicables, chaque juge applique ses propres normes de conflit de lois c'est-à-dire les règles de conflit de sa juridiction c'est-à-dire relevant de son droit national. Ceci se justifie dans la mesure où le droit interne de chaque Etat se doit de suppléer le vide juridique issu de l'absence de sources internationales. Cependant, ce système implique une certaine insécurité juridique. Véritablement, le défaut des sources nationales est d'imposer un résultat complètement variable selon le point de vue duquel se place le sujet de droit. En effet, selon la juridiction saisie, ne seront pas appliquées les mêmes règles de conflit puisque chaque juridiction, à défaut de sources supranationales, applique ses propres règles de conflit. Il en résulte que les solutions de chaque litige varieront nécessairement d'un pays à l'autre.

330. La création de situations boiteuses. Cette critique pouvait déjà être émise à l'époque de la jurisprudence *Caraslanis*⁶⁴⁷, dans la mesure où la solution du litige consistait à rendre valide le mariage célébré en France en vertu des règles conflit de lois françaises, alors qu'il ne le sera pas au regard de l'ordre juridique hellénique. Ainsi, l'application par le juge de ses propres règles de conflit conduit à créer des situations boiteuses, qui seront valables à l'égard d'un ordre juridique et qui seront nulles à l'égard d'un autre. En sus, si cette critique a pu être adressée en 1955 à la jurisprudence française, cela n'a pas empêché le législateur français de participer à la création de nouvelles situations boiteuses par la promulgation de récentes règles de conflit. En effet, l'article 202-1 du Code civil, depuis 2014, prévoit que « 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'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Cette disposition est l'exemple le plus frappant de la variabilité issue des règles de conflit internes. En application de cette législation, il est donc considéré que tout mariage homosexuel est valide à partir du moment où la loi personnelle ou la loi du domicile de l'un des membres du couple le permet. Cela signifie qu'un couple homosexuel vivant dans un pays dans lequel le mariage homosexuel est refusé ou prohibé peut se marier si la loi personnelle de l'un des membres du couple le permet. Ainsi, le mariage sera reconnu

⁶⁴⁶ F. Despagnet, *op. cit.*, § 21.

⁶⁴⁷ Cass., Civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *RCDIP* 1955, p. 723, note Batiffol ; *Dalloz* 1956, p. 73, note Chavrier ; *Journal des juristes hellènes* 1956, p. 217, note Francescakis ; *GAJFDIP*, n°27.

par l'ordre juridique de la loi personnelle de l'un des époux, mais le mariage ne sera pas reconnu par l'Etat sur le territoire duquel les époux ont leur domicile. Un tel mécanisme est évidemment critiquable dans la mesure où le mariage ne sera valide qu'à l'égard de l'ordre juridique dont l'un des membres du couple détient la nationalité. Ces exemples attestent que les sources nationales, bien que nécessaires, conduisent à la création de situations boiteuses et sont facteurs d'insécurité juridique. Le droit des conflits de lois a pour objet l'unification laquelle devrait conduire à une égalité de traitement des sujets de droit. Or, tel n'est pas le cas.

b) De l'échec de l'internationalisation à la victoire de l'inégalité

331. L'inégalité de traitement issue de l'échec de l'internationalisation. Le constat est tel que, aujourd'hui, le maintien du droit international privé de source interne atteste de l'échec de l'internationalisation de la matière. Comme l'ont affirmé Batiffol et le Professeur Lagarde, « la divergence des règles de conflits de lois est en opposition avec la notion d'un ordre international ». Ils ont notamment expliqué que « si les règles de conflit de lois adoptées simultanément en France et en Angleterre attribuent un champ d'application différent aux lois respectives de ces deux pays, les unes s'attachant à la nationalité des parties, les autres au domicile pour déterminer leur domaine, il n'y a pas répartition des compétences législatives, mais concurrence et conflit, c'est-à-dire le contraire de l'ordre, et ce au détriment certain des parties en cause qui risquent de voir des solutions contradictoires intervenir dans les différents pays sur les mêmes intérêts »⁶⁴⁸. La conséquence de cet échec est celle d'une insécurité juridique et d'un traitement différencié des sujets de droit selon la juridiction saisie. En outre, le système en place ne traite pas actuellement, au regard de ses sources, les sujets de droit de manière égalitaire c'est-à-dire équivalente.

332. Le malheureux maintien du particularisme. Si le droit international privé de source interne est maintenu en raison de son caractère subsidiaire, il l'est aussi à raison du développement du particularisme depuis la fin du XIX^{ème}. Si les sources nationales peuvent conduire à l'élaboration d'un droit international privé comparé tendant à l'universalisation, elles mènent également au maintien de l'idéologie particulariste consistant davantage à s'attacher à un règlement des conflits purement national.

333. Le retour regrettable de l'identité nationale en société. Une telle affirmation à l'égard du droit international privé et conséquemment du droit des conflits de lois n'est que la conséquence des idéologies qui règnent aujourd'hui dans notre société. A ce sujet, Simone

⁶⁴⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 24.

Veil, au regard de l'Union européenne, a affirmé que « nous vivons un paradoxe : l'Européen d'aujourd'hui voyage beaucoup, l'euro est devenu une réalité dont la plupart se félicitent, Internet est entré dans les mœurs et la dimension de la mondialisation domine la pensée contemporaine. Cependant, les citoyens semblent beaucoup plus attachés à leur identité nationale qu'il y a vingt ans, au point que partout se développent des tentations communautaristes. (...) Pour toutes ces raisons, si je pensais il y a vingt ans que nous parviendrions à dépasser rapidement le cadre de la nation, j'en suis aujourd'hui moins convaincue, de sorte que l'idée que je me forge désormais de l'Union européenne s'apparente davantage à un agrégat de poupées russes qu'à un édifice monolithique »⁶⁴⁹. Le regard apposé par l'ancienne députée européenne renvoie aux considérations publicistes régnant sous l'Ancien Régime et dont certains Etats se prévalent. Or, il faut rompre avec le passé et se soustraire de ces idéologies archaïques pour mettre en place un droit neutre conduisant à un système universel. Tant que l'objectif ne sera pas atteint, aucune égalité de traitement ne semble être envisageable.

334. Le défaut d'internationalisation lié au souverainisme des Etats. En conclusion, l'étude des sources textuelles du droit international privé, qu'elles soient nationales ou supranationales conduit aux mêmes remarques. Premièrement, le développement inachevé de sources internationales et le nécessaire maintien des sources nationales attestent de l'échec de l'internationalisation du droit des conflits de lois conduisant à une inégalité de traitement des sujets de droit. Deuxièmement, cet échec est celui d'une volonté insuffisante de créer un système universel. Il est clair que les idéologies publicistes, ou plus exactement souverainistes de chaque Etat constituent l'obstacle majeur à une coordination, voire une unification des règles de conflit de lois. De surcroît, la difficulté se prolonge dans l'identité nationale de chaque Etat, laquelle crée une barrière face à l'universalisation du droit des conflits de lois. Néanmoins, si au regard des sources textuelles, il semble que le droit des conflits de lois ne soit pas et ne puisse être universel, il pourrait le devenir grâce au rôle fondamental joué par la jurisprudence. En effet celle-ci constitue une autre source du droit international privé puisqu'elle se voit attribuer le rôle d'unificateur des règles de droit.

⁶⁴⁹ S. Veil, VII « Citoyenne de l'Europe », in *Une vie*, éd. Stock, 2007, p. 221.

SOUS-SECTION 2 : D'UNE JURISPRUDENCE ACCESSOIREMENT INTERNATIONALE AUX JURISPRUDENCES ESSENTIELLEMENT NATIONALES

335. Le droit international privé a suscité l'intervention d'un organe juridictionnel afin que celui-ci exécute les textes et les interprète. Parallèlement à l'élaboration de sources supranationales et de sources nationales, la jurisprudence s'est développée aussi à ces deux niveaux. D'une part, ont été créés des organes juridictionnels supranationaux compétents en droit international privé (§1). D'autre part, les juges nationaux se sont vus attribuer naturellement la même compétence, leur rôle s'avérant indispensable (§2).

§ 1 – LA CREATION LOCALISEE D'ORGANES JURIDICIONNELS SUPRANATIONAUX COMPETENTS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

336. La vocation du droit international privé, à savoir l'harmonisation, invite à penser que la discipline devrait relever de la compétence d'une juridiction internationale unique. Néanmoins, une telle conception semble idéalisée (A). C'est pourquoi de nos jours, la matière relève de la compétence, non pas de cours internationales, mais bien de certaines juridictions régionales (B).

A. LA CREATION IDEALE D'UNE JURIDICION INTERNATIONALE UNIQUE SPECIALISEE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

337. Pour parvenir à uniformiser le droit international privé, il paraît nécessaire d'instituer une ou plusieurs cours internationales propres au droit international (1). Cependant, à ce jour, aucune juridiction internationale commune et consacrée uniquement au droit international privé n'existe (2).

1) L'institution apparente de Cours internationales propres au droit international

338. L'utopie conduit à considérer que pour que la justice soit assurée à une échelle mondiale, il est nécessaire de recourir à une juridiction internationale commune en droit privé (a). C'est pourquoi des Cours internationales permanentes ont été instituées (b).

a) Le recours nécessaire à une juridiction internationaliste privée commune

339. La judiciarisation internationale de la discipline. Si, comme l'a affirmé Niboyet, « le droit international privé se prête difficilement à une codification mondiale »⁶⁵⁰ aujourd'hui, il pourrait en revanche être l'objet d'une judiciarisation à l'échelle internationale.

⁶⁵⁰ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 27.

Effectivement, dès le XIX^{ème} siècle, sous l'influence des conceptions universalistes de Mancini et Savigny, apparaît l'idée selon laquelle le droit international privé doit être pensé à l'international afin d'être universellement applicable⁶⁵¹. Ainsi, en sus des sources textuelles, le droit international privé devrait également être étendu à l'échelle internationale quant à ses organes judiciaires.

340. La recherche d'une interprétation internationale uniforme. Actuellement, tout système de droit positif connaît des sources écrites lesquelles peuvent faire l'objet d'une interprétation. Afin d'atteindre une uniformité d'interprétation, ont été mises en place des juridictions qui répondent à cette exigence. Par conséquent, si le droit international privé doit être construit sur les mêmes bases que toute autre matière afin d'assurer un traitement uniforme des sujets de droit, il doit nécessairement inviter à la constitution d'une juridiction internationale propre aux rapports de droit privé. En effet, un tel organe judiciaire au niveau mondial permettrait une interprétation autonome et uniforme de la matière conduisant nécessairement à un traitement équivalent de chaque sujet de droit dès lors que sont mises en œuvre les règles propres au droit international privé. Comme l'a affirmé Batiffol, « la nécessité s'impose de l'intervention d'une autorité qui parle pour tous »⁶⁵². Or, sous l'influence d'une volonté internationaliste et de la création de la Conférence de La Haye à la fin du XIX^{ème} siècle, le projet d'une Cour internationale commune s'est concrétisé.

b) L'établissement de Cours internationales essentiellement compétentes en droit international public

341. La création de Cours internationales. A la suite du mouvement internationaliste engendré par la Conférence de La Haye, a été érigée la Cour permanente d'arbitrage de La Haye en 1899 à l'occasion de la première conférence. L'objet de cette Cour était celui des arbitrages internationaux. Postérieurement, à la suite de la première guerre mondiale, en 1922, est apparue la Cour permanente de justice internationale sous l'impulsion de la Société des Nations, puis à la suite de la Seconde Guerre mondiale, en 1946, elle a été remplacée par la Cour internationale de justice en tant qu'organe des Nations unies. Contrairement à la Cour permanente d'arbitrage, la Cour internationale de justice avait pour objet de régler les conflits juridiques soumis par les Etats et de présenter des avis consultatifs sur des questions juridiques.

⁶⁵¹ Cf. *supra* § 153 et s.

⁶⁵² H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 62.

342. Des Cours majoritairement compétentes en droit international public. La mise en place de ces Cours internationales, et notamment de la Cour internationale de justice, invite à penser, comme l'a considéré Niboyet à propos de la Cour permanente de justice internationale, qu'« une interprétation uniforme (pourrait) se substituer à celle des Etats signataires respectifs »⁶⁵³. De cette manière, les règles du droit international privé seraient uniformisées à l'échelle internationale. Or, les juridictions internationales telles que ces dernières ont été créées sur la base du droit international public et leur « compétence concerne en principe les matières de cette branche du droit », elles ont seulement « plus ou moins occasionnellement tranché des questions de droit international privé »⁶⁵⁴. Par conséquent, si les juridictions internationales ont tranché des questions de droit international privé, ces décisions demeurent occasionnelles⁶⁵⁵. Finalement, la volonté de créer une autorité commune dans le but d'une interprétation harmonisée s'avère plutôt un échec sur le plan du droit international privé dans la mesure où ces Cours se sont principalement consacrées au droit public. En sus, l'échec n'est que plus grand puisque « toutes les tentatives qui ont été faites pour créer une instance judiciaire ouverte à tous les Etats, et revêtant un caractère obligatoire, ont échoué »⁶⁵⁶. En effet, ces Cours sont tributaires de la volonté des Etats et ne seront donc compétentes que si ceux-là l'ont stipulé. Ainsi, aujourd'hui, « la communauté internationale (...) ne connaît pas d'organisation judiciaire » puisqu' « il n'y a pas de tribunal commun, dont la juridiction serait obligatoire pour tous les membres de cette communauté internationale »⁶⁵⁷. En d'autres termes, à ce jour, ces juridictions, certes internationales ne peuvent être considérées comme les représentantes d'une justice internationale commune en droit international privé. Il convient donc de constater l'inexistence d'une juridiction internationale unique dans une telle discipline.

2) L'inexistence d'une juridiction internationale unique en droit international privé

343. En pratique, il apparaît impossible de mettre en place un juge international commun (a). Cependant, si à une échelle mondiale, il n'est pas envisageable d'établir une juridiction internationale, il est possible de recourir à une juridiction dont la compétence serait plus réduite, laquelle s'étendrait au niveau régional (b).

⁶⁵³ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 36.

⁶⁵⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 27.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, § 29.

⁶⁵⁶ V. Bruns, Chap. IV « Compétence de la Cour », in « La cour permanente de justice internationale : son organisation et sa compétence », *RCADI*, 1937, vol. n°62, spéc. p. 623.

⁶⁵⁷ *Ibid.*

a) *L'impossible mise en œuvre d'une juridiction internationale commune spécialisée*

344. L'impossible institution d'une juridiction internationale en l'absence de communauté de droit unique. Si l'idéalisme conduit à exiger l'institution d'une juridiction internationale unique en droit international privé, tel ne peut être le cas en pratique. Outre le fait que les Cours mises en place aujourd'hui sont tributaires du consentement des Etats quant aux litiges qui leurs sont soumis, les Cours, et notamment la Cour internationale de justice, fondent leurs décisions sur leurs conventions internationales. Effectivement, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice prévoit que la mission de la Cour est de « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » en appliquant les conventions internationales reconnues par les Etats, la coutume internationale et les principes généraux de droits⁶⁵⁸. Par conséquent, cela signifie donc que les différends, du moins en droit international privé, seront résolus au regard des textes internationaux reconnus par les Etats en litige. Ainsi, le droit international privé ne peut être représenté par un organe judiciaire commun. Le nombre plutôt réduit de conventions internationales en droit international privé suffit à justifier l'impossible recours à une juridiction internationale unique. En effet, « la Cour est un organe de droit international, une juridiction de droit international ; sa fonction consiste à trancher les différends entre Etats, à les trancher sur la base du droit international »⁶⁵⁹. Or, pour qu'un tribunal international spécifique aux rapports de droit privé puisse être commun à tous les Etats, il faut certainement qu'il puisse baser ses décisions sur un corpus de règles commun. Cependant, tel n'est pas le cas⁶⁶⁰. L'universalisation des sources textuelles est aujourd'hui un échec à l'échelle internationale.

345. Du défaut de juridiction commune aux juridictions régionales. Finalement les critiques faites aux sources textuelles s'appliquent à la jurisprudence. En raison de la diversité identitaire des Etats qui composent la communauté internationale, il relève d'un certain idéalisme d'envisager la création d'un tribunal commun compétent pour résoudre tous les litiges s'élevant en droit international privé. C'est pourquoi à défaut de juridiction internationale commune, des tribunaux régionaux pourraient être mis en place.

b) *Le recours envisageable à des juridictions régionales spécialisées*

346. L'existence préalable de sources régionales. Comme l'a affirmé Grimaldi, « l'observation des règles existantes en droit international privé permet de dire qu'un droit

⁶⁵⁸ Art. 38 du Statut de la Cour internationale de justice.

⁶⁵⁹ V. Bruns, *op. cit.*, spéc. p. 632.

⁶⁶⁰ Cf. *supra* § 313, 313, 330 et s.

international privé universel, gouvernant les rapports entre humains, est inexistant non seulement par l'absence d'uniformité des législations étatiques, mais surtout par la diversité des règlements étatiques de rattachement »⁶⁶¹. Ainsi, si à raison principalement des différences identitaires de chaque Etat, aucun droit international privé unique n'a pu à ce jour être réellement édifié, il n'empêche que cette discipline est développée à une échelle régionale. Les règles du droit international privé peuvent alors être qualifiées de communautaires puisqu'elles « ont une portée et une nature autres que les règles particularistes » dans la mesure où « elles régissent des activités auxquelles est sensible la communauté dans son ensemble, tandis que les secondes n'entrent pas dans un système de règles suscitant l'intérêt de la communauté entière »⁶⁶².

347. Des sources pouvant être assorties d'un organe judiciaire. Le fait que ces règles communautaires aient pu être mises en place à une échelle régionale comme en Amérique ou en Europe laisse penser que celles-ci peuvent être accompagnées d'un organe juridictionnel judiciaire. En effet, il est légitime que les textes issus des organisations internationales régionales soient protégés et interprétés par une institution autonome et notamment une juridiction. C'est pourquoi si diverses organisations régionales ont pu établir tout un corpus de règles applicables aux litiges internationaux relevant du droit privé⁶⁶³, ceux-là sont parfois assortis d'un organe juridictionnel.

348. L'institution éventuelle de juridictions régionales. La volonté d'établir une juridiction internationale autonome à l'échelle régionale est apparue principalement en Amérique et en Europe. Pour reprendre l'exemple de l'Amérique, à la suite du mouvement panaméricain enclenché dès le XIX^{ème} siècle, a émergé l'idée d'une Cour de justice centre-américaine, laquelle fût établie en 1907 par le biais d'une convention. Il s'agissait d'une « juridiction non seulement permanente, mais obligatoire » dont la « compétence était extrêmement étendue », laquelle « portait sur les conflits de toute nature entre les gouvernements » et « s'appliquait aux recours exercés contre les gouvernements par de simples particuliers »⁶⁶⁴. L'instauration d'une telle cour aurait pu permettre d'assurer l'unité des règles du droit international privé grâce à un organe autonome. Cependant, dix ans plus

⁶⁶¹ J.-D. Grimaldi, *Délimitation juridique de la communauté internationale contemporaine*, Thèse, Paris, 1943, Dalloz, 1943, § 70.

⁶⁶² *Ibid.*, § 86.

⁶⁶³ Cf. *supra* § 281 et s.

⁶⁶⁴ N. Politis, Ch. II, S. III, § 3 « La Cour de justice centre-américaine », in *La justice internationale : une introduction historique*, Ed. Panthéon-Assas, 2017, p. 139 et s.

tard, elle cessa d'exister à raison de son caractère obligatoire lequel était finalement contesté par les Etats parties. Ainsi, « son expérience montre de manière fort pratique qu'on ne saurait être assez prudent dans la marche vers la justice internationale obligatoire » et qu'« il ne sert à rien de stipuler le recours obligatoire pour tous les conflits à venir, quelles qu'en soient la nature et la gravité, quand la conscience des Etats n'est pas encore assez mûre pour en accepter les conséquences »⁶⁶⁵.

349. Une institution subordonnée à la volonté des Etats. De là ressort une tout autre difficulté relative à l'établissement d'une juridiction commune régionale, qui est celle de la soumission des Etats à l'autorité de cette cour. En effet réapparaît l'idéologie souverainiste qui pèse un poids considérable dans l'élaboration des règles du droit international privé, mais également dans la mise en place d'un organe juridictionnel. La pratique en atteste davantage en ce que, aujourd'hui, aucune autre cour américaine n'a été mise en place pour permettre une interprétation uniforme des règles internationales et principalement du droit international privé. Cependant existe une exception : l'Europe. En effet, c'est à l'échelle régionale européenne qu'existe, actuellement, un juge européen lequel représente un organe autonome dont la fonction est d'assurer notamment l'interprétation uniforme du droit international privé.

B. LA REALISABLE MISE EN PLACE DE JURIDICTIONS REGIONALES EUROPEENNES

350. Si l'institution d'une juridiction internationale unique est impossible, la création d'un organe juridictionnel européen l'a été (1). Par conséquent, à l'échelle régionale européenne, le droit international privé relève de la compétence suprême de la Cour de justice de l'Union européenne. Également, à un degré européen plus large, le droit international privé peut être l'objet de la jurisprudence d'une seconde Cour, la Cour européenne des droits de l'Homme (2).

1) La Cour de justice de l'Union européenne : la juridiction suprême du droit international privé européen

351. L'instauration d'une juridiction propre à l'Union européenne a contribué à l'encadrement des règles européennes. Effectivement, le juge de l'Union européenne s'est vu doter d'une compétence d'interprétation lui permettant de participer à l'unification des règles de droit international privé (a). Pour autant, les compétences du juge de l'Union européenne demeurent cantonnées à la sphère purement européenne et étatique (b).

⁶⁶⁵ N. Politis, *op. cit.*, p. 139 et s.

a) *L'unification du droit international privé par le pouvoir interprétatif du juge de l'Union européenne*

352. La compétence interprétative de la CJUE. L'Union européenne, depuis la création des Communautés européennes en 1958, s'est dotée d'un organe juridictionnel, à savoir dans un premier temps de la Cour de justice des Communautés européennes, puis dans un second temps de la CJUE depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. L'un des rôles de cette juridiction a été pour la CJCE, puis aujourd'hui, est pour la CJUE, l'interprétation des textes internationaux. Grâce à cette fonction, la Cour de justice a eu l'occasion d'intervenir à plusieurs reprises en droit international privé. En effet, l'article 267 du TFUE prévoit notamment que « la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union »⁶⁶⁶. Par conséquent, il est attribué exclusivement à la CJUE le pouvoir d'interpréter les traités, mais aussi tous les actes de droit dérivé ou originaire. « Le but de la procédure est d'harmoniser et d'unifier les interprétations des traités de l'Union »⁶⁶⁷.

353. De l'interprétation à l'harmonisation des règles. La procédure préjudicielle conduit à l'harmonisation des règles de droit international privé issues des textes européens dans la mesure où la CJUE est exclusivement compétente s'agissant de leur interprétation⁶⁶⁸. De plus, « la juridiction, qui est à l'origine du renvoi préjudiciel, est tenue par l'interprétation qui est faite par la Cour de justice suite au renvoi, comme toutes les juridictions qui seront conduites à appliquer le même texte »⁶⁶⁹. Par conséquent, si la compétence de la CJUE est exclusive en matière d'interprétation des règles de droit international privé de sources européennes, son interprétation doit également être suivie par les Etats membres de l'Union européenne. De plus, outre la manifestation du pouvoir d'interprétation de la CJUE *via* le renvoi préjudiciel, celui-ci peut également s'illustrer dans la procédure en manquement. En effet, « le recours en manquement permet aussi à la Cour de justice de se prononcer sur des différends relatifs à l'interprétation dans l'application du droit de l'Union entre la

⁶⁶⁶ J.-L. Sauron, *Procédures devant les juridictions de l'Union européenne et devant la CEDH*, Gualino, 4^{ème} éd., 2016, § 208.

⁶⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁶⁸ Voir en ce sens, CJUE, 31 mai 2018, aff. C-335/17, *D. actualité*, 7 juin 2018, note F. Mélin, dans lequel la Cour a précisé que : « la notion de « droit de visite », visée à l'article 1^{er}, §2, a), ainsi qu'à l'article 2, points 7 et 10, du règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003, doit être interprétée en ce sens qu'elle comprend le droit de visite de grands-parents à l'égard de leurs petits-enfants ».

⁶⁶⁹ J.-L. Sauron, *op. cit.*, § 256.

Commission et les Etats membres, et constitue ainsi l'une des voies, en plus de la procédure préjudicielle, permettant d'interpréter les traités »⁶⁷⁰.

354. Une juridiction garante de l'uniformité du droit. La mise en place d'une juridiction européenne est donc garante d'une uniformité du droit international privé européen. En effet, la compétence exclusive de la CJUE en matière d'interprétation ainsi que la force obligatoire de sa ligne de conduite à l'égard des Etats membres laissent songer que le droit international privé et plus particulièrement le droit des conflits de lois peut, à l'échelle régionale, tendre à l'universalité. Néanmoins, l'unique rôle d'interprète de la Cour de justice ne suffit pas à faire de la discipline un droit universel à l'échelle européenne.

b) Les compétences de la Cour de justice limitées à la sphère intra-européenne

355. Le recours en manquement indirectement ouvert aux particuliers. Si la fonction reconnue à la CJUE permet d'envisager une unification du droit international privé européen grâce à la procédure préjudicielle, cela est davantage confirmé par la procédure de recours en manquement d'Etat, laquelle permet de sanctionner « le manquement (d'un Etat) par rapport à l'ensemble du droit de l'Union : droit primaire, droit dérivé et jurisprudence »⁶⁷¹. Par conséquent, si l'interprétation tient lieu de ligne de conduite pour les Etats membres de l'Union, elle est également garantie par une possible sanction de la Cour de justice en cas de non-respect. Néanmoins, la sanction d'un Etat membre par la CJUE n'est encourue que *via* le recours en manquement lequel ne peut être intenté que par un autre Etat membre ou par la Commission de l'Union européenne. Par conséquent, aucun recours direct des particuliers ne leur est octroyé. Néanmoins, « les faits susceptibles de conduire à l'ouverture d'une procédure en manquement sont portés à la connaissance de la Commission (...) sur plainte des particuliers »⁶⁷², laquelle sera appréciée par la Commission. Ceci permet de considérer que la voix des particuliers peut être entendue dans l'hypothèse où une obligation européenne serait violée par un Etat membre, mais cela ne permet en aucun cas d'affirmer que les intérêts des particuliers, lesquels sont principalement concernés par les règles de droit international privé, seront nécessairement garantis et protégés par l'Union européenne dans la mesure où leurs réclamations font l'objet d'un filtre émanant lui-même de l'Union.

⁶⁷⁰ J.-L. Sauron, *op. cit.*, § 256, « résumé », spéc. p. 66.

⁶⁷¹ *Ibid.*, § 163.

⁶⁷² *Ibid.*

S'il est donc louable d'avoir octroyé un pouvoir de sanction à la CJUE afin que soient respectées les obligations de l'Union européenne, ce pouvoir de sanction reste cantonné à une sphère étatique, loin des intérêts privés. Ceci se justifie probablement au regard de la compétence de l'Union laquelle concerne les traités et tous les actes émanant de l'Union. En effet, le rôle de la CJUE n'est pas de se cantonner aux règles de droit international privé européen, mais bien à toutes les obligations européennes issues des instruments européens. Par conséquent, il n'a pu être mis en place une procédure totalement adaptée aux intérêts des particuliers dans le cadre du droit international privé.

356. Un contrôle cantonné aux instruments européens. De plus, les deux recours disponibles devant la CJUE ne concernent, pour l'interprétation, que les textes issus de l'Union européenne, pour les recours en manquement, que les obligations imposées par les instruments de l'Union européenne. Ces recours limitent donc le rôle de la juridiction aux sources européennes. Ainsi, toute interprétation ne sera que celle d'un texte européen, en aucun cas celle d'un texte national, puisque le droit international privé européen est aujourd'hui consacré par des règlements européens. Par conséquent, une ligne de conduite peut être suivie par les Etats membres quant à l'application des règlements européens, mais ceux-là resteront complètement libres dans le traitement d'une situation internationale qui ne permet pas l'application d'un règlement européen. Ce comportement ne sera pas non plus sanctionné, les Etats membres n'ayant aucune obligation d'aligner l'intégralité de leur législation nationale relative au droit international privé sur celle de l'Union européenne dans les situations ne relevant pas du champ d'application d'un règlement européen⁶⁷³. Indéniablement, cela crée un système à double vitesse et fait état d'un manque d'harmonisation des sources du droit international privé.

357. Les juges nationaux demeurant acteurs principaux du droit international européen. En outre, si le droit international privé européen est en principe interprété par la CJUE, les juges nationaux restent les principaux acteurs de la justice internationale européenne. En effet, ce sont les juges internes qui appliquent les règlements européens en droit international privé. En l'absence de toute interprétation de la CJUE, à l'égard des règlements européens, il revient aux juges internes d'appliquer ces textes conformément à l'interprétation qu'ils s'en font eux-mêmes. Ainsi, dès lors qu'un texte n'a pas fait l'objet

⁶⁷³ Cf. *infra* § 367 et s.

d'une interprétation par la CJUE, chaque juge national peut l'interpréter conformément à son état d'esprit dès lors que les termes du règlement lui paraissent significatifs.

En sus, la procédure préjudicielle ne peut être mise en œuvre que par l'action du juge national, et plus précisément « seules les juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne ont l'obligation de saisir la Cour de justice »⁶⁷⁴. Le renvoi préjudiciel ne serait donc utilisé par le juge national que dans la mesure où il estime qu'une disposition européenne du règlement européen manque de clarté, et ne serait obligatoire que dans de rares hypothèses. En revanche, toute notion dont la signification est estimée claire ne fera pas l'objet d'un recours préjudiciel, tout comme l'obligation de saisir la Cour pourra être écartée chaque fois que les juridictions nationales « estiment que le droit de l'Union européenne n'est pas nécessaire pour trancher le litige au niveau national »⁶⁷⁵. Une grande marge de manœuvre est donc laissée à l'appréciation du juge national.

358. Le rôle insuffisant de la CJUE en droit international privé. Finalement, les recours autorisés devant la CJUE ne permettent pas une ligne de conduite totalement uniforme puisqu'ils sont principalement à l'initiative des Etats et de leurs juges nationaux. Aucune participation des individus n'est réellement intégrée, ce qui peut conduire à un risque d'inégalité de traitement du sujet de droit. En effet, à partir du moment où le renvoi préjudiciel est laissé à l'appréciation du juge national, chacun peut alors dans son système national appliquer un règlement européen en l'interprétant à sa propre manière, ceci chaque fois qu'il considère les termes de ce règlement clairs. Or, il n'est pas impossible que cette interprétation diverge d'un Etat à l'autre. Si l'institution d'une Cour propre aux règles européennes, notamment en droit international privé, constitue la première marche de l'harmonisation de ces règles au regard de leur interprétation et de leur application, le processus ne semble pas encore totalement abouti. Néanmoins, il ne faut pas oublier que la CJUE a été érigée afin de répondre à toutes questions européennes et non seulement à celles propres au droit international privé. La meilleure solution serait alors de consacrer les questions de droit international privé à une seule et unique Cour. Celle-ci serait nécessairement plus à même de consacrer sa fonction à l'interprétation des règles de droit international privé afin de tendre vers une unité dans l'application de ces règles. Toutefois, la

⁶⁷⁴ J.-L. Sauron, *op. cit.*, § 227.

⁶⁷⁵ *Ibid.*

CJUE constitue le seul exemple de juridiction autonome qui tente d'unifier le droit international privé européen. Néanmoins, le Conseil de l'Europe s'est lui aussi doté d'une juridiction propre laquelle, si elle ne se consacre pas à l'unification des règles du droit international privé, participe à la détermination de son champ d'application.

2) La Cour européenne des droits de l'Homme : une juridiction participative au droit international privé européen

359. Parallèlement à l'Union européenne, une autre organisation internationale européenne, le Conseil de l'Europe, s'est dotée d'une juridiction propre de nature à garantir ses textes. Cette juridiction, la Cour européenne des droits de l'Homme, intervient indirectement en droit international privé (a) mais son intervention demeure relativement restreinte (b).

a) L'intervention indirecte de la Cour européenne en droit international privé

360. Le pouvoir interprétatif de la CEDH en matière de droits de l'Homme. La CEDH est une institution juridique créée en 1959 comme garant de la Convention européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950. Elle a notamment pour fonction d'assurer à tout sujet de droit la protection de ses droits fondamentaux, lesquels sont garantis par ladite Convention et ses protocoles additionnels. Ainsi, la CEDH peut être saisie d'un recours par un particulier après épuisement des voies de recours internes afin de condamner éventuellement un Etat membre dans le cas où il n'aurait pas respecté ses engagements issus de la Convention et ses protocoles. De même, à l'égard de ses textes, la CEDH détient le pouvoir de les interpréter permettant ainsi une application uniforme au sein des Etats membres. Les pouvoirs de la CEDH semblent donc se rapprocher de ceux de la CJUE en ce qu'un pouvoir d'interprétation et de sanction est accordé à la juridiction. Cependant, contrairement à la CJUE, aucune disposition garantie par la CEDH ne concerne à proprement parler le droit international privé. En effet, « la Convention ne contient (...) aucune stipulation relative aux relations transfrontières »⁶⁷⁶.

361. Une jurisprudence influente en droit international privé. Néanmoins, au travers de sa jurisprudence, la CEDH participe indirectement à l'uniformisation du droit international privé et principalement au regard de son contenu matériel ou bien au regard de l'usage de ses mécanismes. L'exemple récent le plus marquant est bien celui relatif au recours à la fraude à la loi ou à l'ordre public international à l'égard des enfants issus d'une gestation

⁶⁷⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 62.

pour autrui à l'étranger. La CEDH a considéré que ces enfants devaient pouvoir bénéficier d'une transcription à l'état civil de leur filiation biologique alors même qu'ils sont issus d'une GPA laquelle serait interdite dans l'état de demande de transcription⁶⁷⁷. Grâce à cette jurisprudence, la CEDH encadre le recours aux mécanismes d'exception propres au droit international privé en ce qu'elle empêche leur utilisation dans une situation présentant les conditions de mise en œuvre de ces procédés d'exception.

362. Un organe prometteur en termes d'unification. Ainsi, la CEDH participe indirectement à l'encadrement des règles du droit international privé et ceci à une échelle régionale visant tous les Etats membres du Conseil de l'Europe. Son influence est différente de celle de la CJUE puisque contrairement à celle-ci, la CEDH tend à un encadrement du droit international privé général dans la mesure où il ne vise pas strictement des règles de droit international privé émanant des institutions du Conseil de l'Europe. Il concerne le droit national de chaque Etat membre lequel doit s'aligner sur les exigences imposées par la CEDH et notamment en droit international privé lorsque cela est le cas. Par conséquent, la CEDH exerce une influence sur l'unification puisqu'elle sanctionne et s'impose directement au regard des droits nationaux de chaque Etat. La participation de la CEDH à l'encadrement du droit international privé semble donc nettement plus propice à l'harmonisation d'un système à l'échelle régionale. Cependant, telle n'est pas la réalité en pratique notamment au regard de l'intervention restreinte de la Cour en droit international privé.

b) L'intervention restreinte de la Cour européenne en droit international privé

363. L'alignement du droit international privé sur la jurisprudence de la CEDH. La CEDH encadre effectivement le droit international privé grâce à la culture régionale européenne qui a su s'imposer en matière de droits fondamentaux. Ainsi, « à partir du moment où des Etats s'accordent sur des valeurs qu'ils considèrent si fondamentales qu'ils décident de l'ériger sur la scène supranationale dans un traité, le juge étatique (doit) justement faire par principe obstacle à toute reconnaissance de situations acquises sous l'empire d'une loi étrangère ou par le truchement d'un jugement étranger méconnaissant ces valeurs dès lors que l'individu présente un lien objectif au niveau spatial au sein duquel ces valeurs ont été

⁶⁷⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France et Labassée contre France*, aff. 65192/11 et aff. 65941/11, *Dalloz* 2014, p. 1787, note Ph. Bonfils, p. 1806, note L. d'Avout, p. 1797, note F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014, p. 616, note J. Hauser, p. 835, note J.-P. Marguénaud ; *Dalloz* 2015, p. 702, note F. Granet-Lambrechts, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon, p. 755, note J.-C. Galloux.

proclamées »⁶⁷⁸. En conséquence, le Conseil de l'Europe, grâce à sa juridiction et son texte, a pu encadrer le droit international privé pour que soient universellement appliquées les valeurs auxquelles ont consenti les Etats membres. Les règles du droit international privé et notamment du droit des conflits de lois sont donc appliquées en respectant ces valeurs, voire même en les garantissant.

364. Une jurisprudence indirecte et parcellaire en droit international privé. Cependant, le rôle de la CEDH n'est que de garantir les droits fondamentaux reconnus aux individus. Par conséquent, si le droit international privé fait parfois l'objet d'un encadrement par la jurisprudence de CEDH, cela ne reste qu'occasionnel. Sa fonction n'est pas d'organiser les règles du droit international privé mais bien de garantir les libertés fondamentales de tout individu dans toute législation nationale, ce qui peut indirectement conduire à régir le droit international privé tout comme n'importe quelle autre discipline. Ainsi, la jurisprudence de la CEDH en la matière n'est que « parcellaire » et « tribulaire »⁶⁷⁹ du contexte dans lequel se déroule le litige. En outre, si les décisions de la CEDH doivent inspirer les juges nationaux, « elles ne sont pas dotées d'une autorité absolue de chose jugée » puisque « leur objet se limite à une condamnation des Etats à réparation auprès de la personne privée lésée, auteur de la requête »⁶⁸⁰. Par conséquent, « la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est (...) pas assimilable à une source directe du droit international privé »⁶⁸¹. Donc, si la jurisprudence de la CEDH permet une harmonisation effective du droit international privé au sein du Conseil de l'Europe en tendant d'une part, à encadrer les droits nationaux, et d'autre part, à entendre directement le sujet de droit, elle demeure occasionnelle et consacrée à une tout autre discipline, celle des droits de l'Homme.

365. Une judiciarisation inachevée. En d'autres termes, les juridictions régionales européennes mises en place actuellement participent à un réel mouvement d'uniformisation des règles du droit international privé et conséquemment en droit des conflits de lois. Néanmoins ce mouvement est inachevé pour diverses raisons, même si la plus probante reste probablement celle de l'absence d'exclusivité au regard de la matière. Le système juridictionnel mis en place traite le droit international privé encore à plusieurs niveaux, que ce

⁶⁷⁸ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 233.

⁶⁷⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 62.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ *Ibid.*

soit au regard des acteurs ou des textes. C'est pourquoi le juge national demeure le principal organe d'encadrement et d'application du droit international privé.

§ 2 – LA VERITABLE EDIFICATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE PAR LES JURIDICTIONS NATIONALES

366. Les juridictions internes, en droit international privé, jouent un rôle majeur, voire prépondérant, dans la mesure où les juges nationaux sont ceux qui exécutent la loi. Leur est confié la mise en œuvre des règles de droit international privé, lesquelles sont effectivement appliquées, mais conduisent parfois à une variabilité de résultat (A). En outre, les juges nationaux sont également les interprètes de la loi, ils assurent sa suppléance (B).

A. L'APPLICATION INEGALE DES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE PAR LES JURIDICTIONS INTERNES

367. En l'absence de juridiction internationale traitant le contentieux propre au droit international privé, il a inévitablement relevé de la compétence du juge national de traiter tout ce contentieux. Par conséquent, chaque juge interne devient acteur principal de la discipline en tant que garant d'une application effective des règles de droit international privé (1). Néanmoins, la mise en œuvre de ces règles demeure très variable selon le juge saisi (2).

1) L'application effective des règles de droit international privé par le juge national

368. Les juridictions nationales de chaque Etat sont celles en charge de régler les différends à l'occasion desquels apparaît un élément d'extranéité. Il leur revient donc de mettre classiquement en œuvre les règles du droit international privé prévues par le législateur (a). Néanmoins, ce processus demeure conforme aux intérêts nationaux de l'Etat de la juridiction saisie (b).

a) La mise en œuvre classique des règles de droit international privé par les juges nationaux

369. L'exécution des règles du droit international privé par les juges nationaux. Les juges nationaux, contrairement aux juges internationaux actuels, ont une mission différente, laquelle consiste à mettre en œuvre les règles de droit international privé issues des sources nationales et supranationales. Le juge est, de prime abord, l'exécuteur de la volonté du législateur. Il revient donc à la jurisprudence d'appliquer la législation interne de l'Etat auquel elle appartient⁶⁸². De plus, conformément à l'évolution historique de la discipline, les

⁶⁸² E. Bartin, *op. cit.*, § 36.

litiges faisant état d'un élément d'extranéité ont été naturellement résolus devant les juges nationaux. En effet, « les litiges de droit international privé apparaissent le plus souvent comme des litiges de droit privé affectés d'un simple élément d'extranéité », « il est, dès lors, naturel que les parties saisissent les tribunaux internes d'accès facile, accoutumés aux problèmes de droit privé, et dont la décision sera exécutoire de plein droit »⁶⁸³. C'est pourquoi « les tribunaux de l'ordre interne ont accepté de juger ces relations » considérant « qu'elles mettaient en jeu concrètement des questions de droit privé de leur compétence »⁶⁸⁴. Par conséquent, le juge national est le praticien du droit international privé puisque c'est à lui que revient de mettre en œuvre les règles matérielles ou conflictuelles de droit international privé, puis de trancher le litige au fond conformément à la loi désignée applicable.

370. Vers une application en principe harmonisée des règles du droit international privé. Au premier plan de l'application effective des règles de droit international privé se trouvent les juridictions internes. Il pourrait être supposé que ces règles, telles qu'elles sont prévues par le législateur national et supranational, soient mises en œuvre de manière identique d'une juridiction à l'autre conformément à la hiérarchie des normes. Le processus intellectuel étant subordonné à la législation internationale permet de croire à une application harmonisée de cette dernière. De plus, les décisions des juridictions nationales étant dotées de force exécutoire devraient être exécutées de manière similaire conformément à la législation de droit international privé. Cependant, si les juges nationaux ont pour fonction d'appliquer les règles de droit international privé émanant des législations nationales et supranationales, leur mise en œuvre l'est en considération des intérêts nationaux de l'Etat de la juridiction saisie.

b) Une mise en œuvre soumise aux intérêts nationaux

371. Le cloisonnement des jurisprudences nationales. Si la jurisprudence est le corollaire du législateur, elle rend des décisions qui sont affiliées à celui-ci. Cependant, la jurisprudence demeurant nationale, ses solutions sont l'objet de considérations nationales et non pas spécialement internationales. C'est pourquoi « leurs solutions doivent (...) considérer les intérêts nationaux en cause »⁶⁸⁵. En réalité, même s'il a pu être envisagé que « l'histoire de la jurisprudence française en matière de conflit de lois (était) terminée, puisque la

⁶⁸³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 21.

⁶⁸⁴ H. Batiffol, *op. cit.*, § 57.

⁶⁸⁵ *Ibid.*

jurisprudence, à l'avenir, (serait) internationale »⁶⁸⁶, aujourd'hui celle-ci demeure finalement nationale en raison de l'échec de l'internationalisation globale des sources du droit international privé. Néanmoins, même si l'internationalisation était réussie, ou bien même s'agissant des sources internationales existantes, actuellement, « nos tribunaux, appliquant et interprétant les décisions prises (à l'échelle internationale), n'en demeurent pas moins les serviteurs du souverain français »⁶⁸⁷.

372. Un cloisonnement consécutif de l'absence d'unification internationale. En l'absence d'unification internationale, il est peu probable d'estimer que les juridictions nationales rendent chacune leurs décisions conformément aux intérêts internationaux et subsidiairement aux intérêts nationaux. La proposition inverse s'avère davantage véridique, notamment à raison de l'absence d'uniformisation totale des règles de droit international privé. L'absence d'achèvement dans l'harmonisation des règles justifie, ou du moins empêche, que les juridictions nationales fassent prévaloir les intérêts internationaux sur les intérêts nationaux. Ceci s'explique d'autant plus qu'il appartient à des juridictions nationales, et non internationales, de mettre en œuvre le droit international privé.

373. La persistance de l'individualisme. En outre, « nos sociétés sont profondément marquées par un mouvement irréversible de globalisation et dans le même temps par la montée des individualismes »⁶⁸⁸. C'est pourquoi si une volonté d'internationalisation se développe nettement, elle est limitée notamment par l'individualisme persistant des sociétés contemporaines. En réalité, il s'agit, une nouvelle fois, du souvenir laissé par les doctrines de l'Ancien Régime. La difficulté tient implicitement au fait que chaque Etat est attaché à sa souveraineté, son identité et sa culture notamment juridique. Ce sont ces éléments qui constituent les obstacles à une unification du droit des conflits de lois. Les décisions des juridictions nationales en sont également l'objet et conduisent indéniablement à une variabilité d'application des règles de droit international privé. Par conséquent, d'une juridiction à l'autre, les solutions peuvent différer alors même que les cas d'espèce sont similaires.

⁶⁸⁶ H. Donnedieu de Vabres, « Conclusion », in *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois*, Thèse, Paris, 1905, Ed. A. Rousseau, 1905, spéc. p. 629.

⁶⁸⁷ *Ibid.*

⁶⁸⁸ M. Cornu, « Approches juridiques de la diversité culturelle », *JDI* n°2, avr. 2015, biblio. 8, spéc. p. 5.

2) L'application variable des règles du droit des conflits de lois par les juges nationaux

374. La ligne de conduite des juges nationaux consistant à poursuivre celle tracée par leur législateur invite à traiter potentiellement de manière différente chaque situation internationale selon la juridiction saisie. Cette variabilité de traitement conduit à une diversité de solutions, laquelle apparaît à deux stades successifs c'est-à-dire lors de la mise en œuvre des règles de conflit (a) puis des règles de fond (b).

a) *La diversité de solutions dans la mise en œuvre des règles de conflit par les juges nationaux*

375. La résolution du conflit dépendante de la juridiction saisie. La résolution d'un différend relatif à une situation internationale de droit privé suppose un raisonnement *a priori* de la part de tout juge consistant à déterminer quelle est la loi applicable au litige qui lui est soumis. Pour cela, chaque juridiction doit recourir à son système de solution de conflit de lois, lequel peut contenir aussi bien des sources nationales que supranationales. Il s'agit donc bien pour l'organe juridictionnel d'utiliser le système de droit positif de l'Etat auquel il appartient. Cependant, comme l'ont affirmé Niboyet et Pillet, « la détermination de la loi compétente ne peut pas être *a priori* », « elle dépend du tribunal compétent, c'est-à-dire du pays où la question se pose et où le procès s'engage ». Il ressort bien de ces propos une idée de « dépendance »⁶⁸⁹. Par conséquent, la solution relative à la mise en œuvre des règles de droit international privé, probablement de règles conflictuelles, va bien dépendre du tribunal compétent. Ainsi, « la jurisprudence en matière de conflit des lois n'est autre chose qu'un reflet de la jurisprudence en droit interne »⁶⁹⁰.

376. Une dépendance obstacle à toute unification du droit. Le raisonnement intellectuel conduisant à déterminer la loi compétente sera propre à chaque juridiction conformément au système de conflit de lois applicable dans le ressort territorial de l'Etat dont elle dépend. Par conséquent, serait considéré que dans un litige franco-espagnol, l'utilisation des règles du droit des conflits de lois serait différente selon que le juge saisi est le juge français ou bien le juge espagnol. Une telle pratique est totalement contraire à l'esprit d'unification du droit des conflits de lois puisqu' « il en résulte beaucoup d'incertitudes dans les relations juridiques »⁶⁹¹.

⁶⁸⁹ J.-P. Niboyet et A. Pillet, *op. cit.*, § 298.

⁶⁹⁰ H. Donnedieu de Vabres, « Introduction », *op. cit.*, spéc. p. 4.

⁶⁹¹ J.-P. Niboyet et A. Pillet, *op. cit.*, § 298.

377. Une dépendance vectrice d'imprévisibilité juridique. Une jurisprudence fonction uniquement de son propre système conduit, en droit des conflits de lois, à une variabilité de solutions dans la recherche de la loi applicable. De plus, cela se confirme plus encore au travers de la qualification *lege fori* consistant pour tout juge à qualifier une situation internationale conformément à ses conceptions nationales⁶⁹². De plus, même si, dans un contexte de communauté régionale, les solutions peuvent davantage être similaires quant à la détermination de la loi applicable grâce à des instruments communs, ce n'est pas pour autant que les solutions ne restent pas variées. En effet, d'une part, dès lors que l'instrument ne s'applique pas, sont appliquées les règles de conflit purement nationales, et d'autre part, même lorsqu'un instrument régional est applicable, son application pourrait varier en raison du recours à la qualification *lege fori*⁶⁹³. En outre, si la mise en œuvre des règles propres au droit des conflits de lois peut conduire à une variabilité de solutions dans la recherche de la loi applicable, elle peut encore conduire au même résultat lors de l'application des règles de fond.

b) *La diversité de solutions dans la mise en œuvre des règles de fond par les juges nationaux*

378. La variabilité de solutions au stade de l'application de la loi compétente. Toute situation internationale de droit privé suppose, *a priori*, d'être régie par des règles de droit relevant du droit des conflits de lois pour déterminer quelle loi est compétente. Une fois la loi applicable déterminée, le travail du juge n'est pas terminé puisque ce dernier doit appliquer les règles matérielles c'est-à-dire la règle de fond issue de la loi considérée compétente. Or, « alors même, que l'on suivrait dans tous les pays des règles identiques de solution des conflits de lois, il subsisterait un nouvel obstacle, encore plus infranchissable peut-être et qui produit un effet dissolvant : celui qui provient du défaut de communauté juridique des législations dans leurs dispositions purement internes »⁶⁹⁴. Cet obstacle est celui de l'ordre public international⁶⁹⁵. Effectivement, la variabilité des solutions ne concerne pas uniquement le raisonnement *a priori*, mais également *a posteriori*. Par conséquent, chaque fois qu'une juridiction, lorsqu'elle doit appliquer une loi étrangère, considère le contenu matériel de cette loi comme contraire aux principes et valeurs universels et fondamentaux de son système juridique, elle peut en écarter l'application. Est alors substituée la loi du for,

⁶⁹² Cf. *infra* § 1007.

⁶⁹³ Cf. *infra* § 1085 et s.

⁶⁹⁴ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 325.

⁶⁹⁵ Cf. *infra* § 1654.

c'est-à-dire la loi de la juridiction saisie afin de régir la situation litigieuse. Il faut donc en convenir que, même au stade de l'application des règles matérielles, les solutions au fond sont variables selon la juridiction saisie, l'ordre public international étant propre à chaque Etat, et donc à chaque juridiction. Ainsi, les tribunaux internes sont maîtres dans l'application des règles de fond issues des règles conflictuelles.

379. Une jurisprudence en rupture avec l'égalité de traitement. La fonction de la jurisprudence nationale, telle qu'elle est mise en place aujourd'hui, est en opposition et constitue un obstacle à toute harmonisation, voire unification du droit des conflits de lois. La place des intérêts nationaux et de l'identité culturelle, juridique et politique de chaque Etat est relativement imposante dans la résolution du conflit de lois et conduit nécessairement à une variabilité de solutions, c'est-à-dire indirectement à un traitement inégalitaire des situations juridiques internationales. Il conviendrait davantage d'envisager le droit des conflits de lois sous un angle supranational consistant à traiter de manière égalitaire tout individu partie à une situation internationale équivalente. Néanmoins, si le rôle de la jurisprudence nationale est critiquable en ce qu'elle est fortement cantonnée aux intérêts internes, il est justifié. Le rôle de tout juge est nécessairement d'interpréter. Or, le juge national se voit aujourd'hui attribuer cette fonction en droit international privé puisqu'il assure l'interprétation supplétive de toute règle issue de la discipline, légitimant ainsi, son caractère indispensable.

B. L'INTERPRETATION SUPPLETIVE INDISPENSABLE DES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE PAR LES JUGES NATIONAUX

380. Bien que la réalisation des règles du droit international privé par le juge étatique puisse conduire à une variabilité de résultat, il apparaît nécessaire que ce même juge intervienne à juste titre dans tout litige international. En effet, en tant que suppléant du législateur, le juge national détient un pouvoir d'interprétation exclusif à l'égard des normes juridiques de droit international privé (1). Ceci lui permet d'assurer une jurisprudence continue et surtout novatrice (2).

1) Le pouvoir interprétatif de l'organe judiciaire exclusivement étatique

381. La jurisprudence, en tant que source du droit, assure l'interprétation des normes juridiques textuelles notamment en droit international privé. Cette fonction est traditionnellement attribuée au juge national (a) et elle permet d'assurer une certaine cohésion de toutes les normes juridiques de droit international privé positives (b).

a) *L'interprétation traditionnelle des règles de droit international privé par le juge national*

382. Le pouvoir d'interprétation de tout juge. Classiquement, dans tout système juridique, la jurisprudence est considérée comme une source du droit, notamment au regard du pouvoir d'interprétation reconnu au juge corrélativement à sa faculté d'appliquer la loi. Ainsi, en l'absence de texte clair et précis, il revient à la jurisprudence le soin de déterminer le sens du texte conformément à la volonté du législateur. En tant que fonctions traditionnelles reconnues aux juridictions nationales, tout juge a le pouvoir d'interpréter les textes de droit international privé. Par conséquent, « le juge ne prétend plus être l'exécuteur respectueux et scrupuleux de la volonté du législateur » puisque « des méthodes d'interprétation de plus en plus hardies lui ont attribué un rôle prétorien »⁶⁹⁶.

383. Une interprétation nationale en l'absence d'autorité commune. Cette fonction reconnue aux juridictions internes en droit international privé se justifie en raison de l'absence d'autorité commune supérieure. Comme l'a affirmé Batiffol, « il n'existe pas dans l'état actuel du monde à proprement parler de pouvoir supérieur aux Etats, et le droit international privé donne le spectacle d'une entreprise de nature apparemment internationale menée par chaque Etat pour son propre compte »⁶⁹⁷. Par conséquent, si le juge est l'exécuteur de la loi, il en est également l'interprète, mais ses fonctions ne sont aujourd'hui assurées qu'à l'échelle nationale en raison de l'absence d'organe juridictionnel international commun.

384. Une interprétation fluctuante. Toutefois, chaque juge national s'adapte à son temps et à sa culture. Il satisfait aux besoins nouveaux « en interprétant les dispositions obscures dans un sens qui lui paraît moins conforme peut-être à la vérité historique qu'à la vérité de son temps, et surtout en réglant dans le même esprit les points qui ont été laissés à sa libre appréciation »⁶⁹⁸. Par conséquent, le pouvoir d'interprétation du juge conduira parfois à des interprétations divergentes selon la juridiction saisie puisque « la jurisprudence évolue librement dans le cadre si large et si souple que lui a tracé le législateur »⁶⁹⁹.

385. Une interprétation conforme aux règles de source nationale. Néanmoins, eu égard aux sources internes, il est évident qu'il revient aux juges nationaux d'interpréter leurs propres normes juridiques de droit international privé. Quel que soit le cas, dès lors que seront

⁶⁹⁶ H. Donnedieu de Vabres, « Introduction », *op. cit.*, spéc. p. 2.

⁶⁹⁷ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 46.

⁶⁹⁸ H. Donnedieu de Vabres, « Introduction », *op. cit.*, spéc. p. 2.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, spéc. p. 3.

applicables des règles de conflit de sources internes, le juge les interpréta conformément à l'esprit de son législateur sans qu'aucune interprétation divergente ne s'y oppose. En effet, les règles de conflit de sources internes n'étant appliquées que par les juridictions de l'Etat dont elles relèvent ne pourront être appliquées par une juridiction étrangère. Le problème relatif au pouvoir d'interprétation disparaîtrait donc si toutes les règles de conflit de lois étaient, à ce jour, nationales. Or tel n'est pas le cas. En effet, chaque fois que les règles de conflit de lois relèvent de sources supranationales, reparaît le problème du pouvoir d'interprétation du juge puisque d'un Etat à l'autre, les interprétations de ces textes peuvent varier.

b) Le pouvoir interprétatif du juge national facteur de cohésion juridique

386. L'interprétation nationale des textes supranationaux. Chaque fois qu'est applicable un texte de source supranationale à une situation litigieuse, le juge national conserve son pouvoir d'interprétation à l'égard de ce texte dans le cas où il manquerait de clarté et de précision. En effet, en l'absence de juridiction internationale commune, il revient nécessairement aux juridictions internes d'interpréter les normes juridiques supranationales.

387. Une interprétation nécessitée en l'absence d'intervention de la CJUE. Aujourd'hui, la CJUE s'est octroyée cette fonction interprétative à l'égard des textes émanant de son organisation. Cependant, il est des cas dans lesquels cette Cour n'est pas intervenue. Ceci conduit nécessairement au maintien de la fonction interprétative du juge national. En effet, le constat est tel que « depuis qu'une législation européenne de plus en plus abondante couvre la matière, la jurisprudence interne, d'ailleurs épaulée très fortement par la jurisprudence européenne, a eu à résoudre de nombreuses difficultés nouvelles soulevées par des textes constitutifs d'un ordre juridique européen en devenir, encore très lacunaire, dans le domaine du droit international privé, quant à ses principes directeurs »⁷⁰⁰. Ainsi, ressort nettement la nécessité d'une intervention des juridictions nationales. Cependant, l'Union européenne, par sa composition de plus d'une vingtaine d'Etats, et par absence d'unification de ses normes en droit international privé, conduit les juges de chaque Etat membre à interpréter les règles de droit international privé de l'Union à leur propre manière.

388. Une interprétation nationale motivée par la cohésion des normes supranationales. Ainsi, le juge national est l'interprète de toute norme juridique de droit international privé. Cependant, dès lors que ces normes juridiques émanent d'un autre législateur que leur propre législateur national, les interprétations peuvent diverger d'une

⁷⁰⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 31.

juridiction à l'autre, et ceci d'autant plus que chaque juridiction interprète les textes conformément à la volonté du législateur. Néanmoins, dans la mesure où le juge est la voix du législateur c'est-à-dire que son interprétation doit être conforme à la volonté du législateur, il se doit d'interpréter les textes supranationaux conformément au sens que leur a attribué le législateur supranational. Effectivement, « le juge étatique est un acteur fondamental pour ne pas dire le garant de la mise en œuvre du droit international privé harmonisé »⁷⁰¹. C'est pourquoi il « se voit de plus en plus assigner le rôle de rétablir, en aval, une cohérence que les différents acteurs de la création de la norme ont été incapables d'établir en amont »⁷⁰². Ainsi, le pouvoir interprétatif des juridictions nationales peut donc conduire à une interprétation divergente d'un Etat à l'autre principalement à l'égard des sources supranationales. En revanche, ce même pouvoir peut également permettre une harmonisation de ces sources dans la mesure où incombe au juge interne l'obligation d'assurer la cohésion des normes supranationales.

389. De la fragmentation des sources textuelles à la coordination judiciaire du système. Finalement, que ce soit au regard de l'application ou de l'interprétation des textes, l'absence d'harmonisation et la variabilité du résultat sont dues à la diversité des sources textuelles lesquelles sont elles-mêmes atteintes par ce manque de globalisation à l'égard du système mis en place. Le juge interne devrait donc jouer le rôle de coordinateur du système conforme à une approche universaliste de la discipline. C'est pourquoi il assure bien une fonction de suppléance, d'autant plus au regard de ses autres attributs, à savoir la complémentarité et l'unification.

2) La pouvoir novateur du juge national à l'égard des règles de droit international privé

390. Tout juge étatique assure une fonction de suppléance en tant qu'interprète des textes de loi, et contribue alors à la naissance de jurisprudences nouvelles. Son rôle se traduit principalement au regard de la complémentarité garantie dans le cadre de vides juridiques (a) et de l'unification des règles de droit assurée par la juridiction suprême (b).

a) L'intervention complémentaire du juge national dans le cadre de vides juridiques

391. L'intervention du juge interne en cas de vide juridique. Hormis le rôle d'interprète classique reconnu au juge national à l'égard des sources textuelles de droit

⁷⁰¹ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 91.

⁷⁰² *Ibid.*

international privé, celui-ci assure un rôle complémentaire à celui du législateur. Effectivement, en tant que suppléant de ce dernier, le juge national détient la mission de trancher tout litige et ceci même en l'absence de normes juridiques applicables à la situation contentieuse. Chaque fois qu'une telle hypothèse survient, le juge est dans l'obligation de combler le vide juridique en question.

392. L'intervention fréquente du juge français comme source du droit. Sur ce terrain, le juge étatique et notamment français est fortement intervenu en raison du peu de sources nationales. En l'absence de normes juridiques textuelles, la jurisprudence française est devenue la seconde source principale du droit international privé français⁷⁰³. En effet, « le Code civil étant incomplet, elle a dû, au-delà du Code, fixer une grande partie des règles qui constituent le droit français des conflits »⁷⁰⁴. Ainsi, « la source essentielle du droit international privé français se trouve encore aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de cassation et des juridictions soumises à son contrôle »⁷⁰⁵. C'est principalement au regard de cette fonction de complémentarité du droit que le juge national est légitimement considéré comme une source du droit international privé.

393. Une jurisprudence imprégnée des idéologies souverainistes. En droit français, la jurisprudence s'est donc fortement développée sur la base de l'article 3 du Code civil, pour combler toutes les lacunes laissées par ce texte⁷⁰⁶. Néanmoins, il ressort de l'étude de la jurisprudence que celle-ci, en assurant sa fonction conformément à la volonté du législateur étatique, a fait perdurer les considérations publicistes de l'Ancien Régime opposées à l'universalisation de la discipline. Savatier a d'ailleurs pu affirmer qu'« en réalité, l'application du texte n'a guère été qu'un paravent, derrière lequel la jurisprudence a abrité, soit le maintien de règles traditionnelles, soit la création de règles nouvelles inspirées par le

⁷⁰³ Pour aller plus loin, voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 51 : « En l'absence d'un *corpus* complet de règle de conflit de lois d'origine législative, il est dans un premier temps revenu à la jurisprudence française de définir ces règles. Certes, le droit français répudie l'idée de tout pouvoir créateur de la jurisprudence (C. civ. art. 5) ; la règle de conflit de lois étant une règle de droit, on voit mal pourquoi le droit international privé échapperait au principe. Reste que, le juge ne pouvant refuser de statuer au prétexte de l'insuffisance de la loi (C. civ. art. 4), l'absence de règles de droit international privé d'origine législative appelait nécessairement une réponse de sa part. C'est ainsi que de nombreuses règles de conflit ont été créées par la jurisprudence, sous le contrôle de la Cour de cassation ».

⁷⁰⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 134.

⁷⁰⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 20.

⁷⁰⁶ Cf. *supra* § 140 et s.

respect des souverainetés étrangères, lui-même corrigé par le souci des nécessités nationales »⁷⁰⁷.

394. Une jurisprudence variable selon le juge saisi. De plus, si la jurisprudence nationale constitue l'unique organe contribuant expressément à la globalisation du droit, elle peut conduire à une certaine variabilité de résultat en réponse aux vides juridiques. D'un juge à l'autre, la solution du litige dépendra du juge saisi et pourra varier d'un Etat à l'autre. Finalement, qu'il s'agisse du juge français ou bien de tout juge étranger, celui-ci ne manquera pas d'être sensible aux nécessités nationales « et même aux simples intérêts nationaux »⁷⁰⁸. Néanmoins, le juge national assure, tout de même, l'unification des règles du droit international privé sur le plan national.

b) *L'unification des règles de droit international privé garanti par l'autorité judiciaire supérieure*

395. L'unification du droit assurée par la Cour de cassation. L'atout majeur du juge étatique en tant que source jurisprudentielle principale en droit international privé est représenté par sa juridiction ultime. Chaque ordre juridique détient dans son ordre judiciaire une juridiction suprême, comme la Cour de cassation en droit français, afin d'assurer l'unification des règles de droit composant son système juridique. Particulièrement, en droit français, « la jurisprudence de cassation occupe (...) le rôle principal sur la scène jurisprudentielle », puisque « la Cour de cassation est la supérieure hiérarchique de l'ensemble des tribunaux judiciaires, elle peut, par sa reconnaissance, faire accéder une manière de juger des juges du fond au rang de règle jurisprudentielle tout en établissant de son propre fait des règles jurisprudentielles nouvelles »⁷⁰⁹. Ainsi, « la Cour de cassation est devenue responsable, en tant que juridiction, du contrôle et de l'unification de l'interprétation du droit par les juridictions du fond afin qu'une même règle de droit ne soit pas interprétée de manière différente par les tribunaux français »⁷¹⁰. Cette fonction d'unification assurée par la Cour de cassation s'applique au droit international privé en l'absence de toute Cour internationale dont la fonction serait identique et surtout effective. Par conséquent, l'unification du droit international privé est véritable sur le territoire français. En effet, « le

⁷⁰⁷ R. Savatier, *Cours de droit international privé*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1953, § 250.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, § 251.

⁷⁰⁹ M.-C. Pitton, *Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Thèse, Paris 1, 2007, The Hague : Eleven international publishing, 2014, § 59.

⁷¹⁰ *Ibid.*, § 61.

rôle de la juridiction suprême est lié à la notion qu'une seule autorité s'exerçant sur un territoire donné, ses ordres doivent recevoir une interprétation uniforme »⁷¹¹.

396. L'unification du droit à l'échelle nationale préservée par l'ensemble de la jurisprudence. La jurisprudence étatique, composée de ses juges du fond et de sa Cour suprême, constitue une source du droit international privé dont le rôle consiste à unifier la discipline sur l'ensemble de son territoire notamment grâce au rôle qu'assure la haute juridiction de l'ordre judiciaire.

397. Vers une judiciarisation internationale espérée. Finalement, l'unification du droit international privé se cantonne à la sphère nationale au sein de laquelle chaque Etat entend faire prévaloir sa politique législative. Ainsi, en l'absence de communauté véritablement internationale, il est peu probable d'espérer une harmonisation entière de la discipline garantissant un traitement égalitaire des sujets de droit. Néanmoins, actuellement, chaque juridiction nationale, membre d'une organisation régionale, pourrait se conformer aux exigences de cette organisation pour espérer une universalisation des règles au sein des Etats membres de ladite région. De plus, si la compétence du juge national en droit international privé est indispensable, elle n'est pas suffisante. Le système de droit des conflits de lois ne peut traiter de manière égalitaire tout sujet de droit eu égard à la diversité des sources textuelles⁷¹² qui ne font pas l'objet d'une véritable unité d'interprétation. C'est pourquoi il serait nécessaire d'instaurer une juridiction internationale dont le rôle consisterait uniquement à régler les questions d'interprétation spécifiques au droit international privé et à l'application de ses textes.

398. De l'absence de neutralité des sources directes à l'inégalité de traitement. En conclusion, bien que les sources directes du droit international privé soient sujettes aux mêmes critiques, elles demeurent marquées par les aspirations souverainistes dont chaque Etat est encore imprégné et favorisent la persistance d'un certain particularisme c'est-à-dire d'un cloisonnement du droit des conflits de lois. Or, il s'agit d'une réaction contraire à l'esprit universaliste de cette discipline dont la conséquence conduit à l'inégalité de traitement des sujets de droit. C'est pourquoi la neutralité du système doit indéniablement constituer l'un de ses fondements. Néanmoins, il ne peut être nié qu'un véritable pas a été effectué dans le sens d'une harmonisation, laquelle reste inachevée. Il convient donc de poursuivre cette ligne

⁷¹¹ M.-C. Pitton, *op. cit.*, § 61.

⁷¹² Cf. *supra* § 330 et s.

conductrice pour parvenir à une unification laquelle sera seule garante d'une égalité de traitement des situations juridiques internationales. En effet, la difficulté principale aujourd'hui se concrétise par les différents niveaux de normes juridiques existantes conduisant principalement à une imprévisibilité du droit des conflits de lois. Or, il semble que cette difficulté soit accentuée par la participation des autres sources qui régissent le droit international privé.

SECTION 2 : DE L'INFLUENCE DES SOURCES INDIRECTES A L'INTEGRATION D'OBJECTIFS SUPRANATIONAUX COMMUNS

399. Parallèlement aux sources directes du droit international privé qui régissent positivement la matière, d'autres sources interviennent indirectement. En effet, certaines sources de la discipline sont influencées par d'autres facteurs. Principalement, les autres sources classiques du droit positif, à savoir la doctrine et la coutume, peuvent être considérées, en droit international privé comme des facteurs d'influence traditionnels (sous-section 1). En sus, de façon plus abstraite, d'autres moteurs sont intervenus et orientent la réglementation de la matière. Il s'agit là des objectifs contemporains européens et internationaux (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : DE L'INFLUENCE PREPONDERANTE DE LA DOCTRINE A L'INCIDENCE MINIMALE DE LA COUTUME

400. Classiquement, principalement en droit français, la doctrine et la coutume sont classées au rang des sources du droit. Un même classement peut s'opérer en droit international privé en tant que source indirecte. En effet, si la doctrine n'est pas une source positive, elle exerce une influence effective (§ 1). En revanche, si la coutume aurait pu constituer une réelle source du droit, elle est en vérité dénuée de valeur juridique (§ 2).

§ 1 – L'INFLUENCE INCONTESTEE DE LA DOCTRINE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

401. La doctrine constitue, en droit international privé, une source du droit en tant que telle puisque sa participation est indéniable dans la construction de la matière (A). De plus, au regard des législations et des jurisprudences qui encadrent le système de droit international privé, il apparaît que celui-ci s'est concrétisé au regard de différentes doctrines (B).

A. LA PARTICIPATION EFFECTIVE DE LA DOCTRINE A LA CONSTRUCTION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

402. Traditionnellement, la doctrine constitue une source de droit dans tout système de droit positif mais sa fonction demeure simplement abstraite et consiste en la conceptualisation de théories. Une telle mission est attribuée à la doctrine en droit international privé la conduisant à proposer des principes généraux communs ainsi que des méthodes applicables à la discipline (1). Cependant, sa mission ne se restreint pas seulement à cela. La doctrine participe réellement à l'édification de la matière et son rôle s'avère indispensable (2).

1) Les principes généraux et méthodes de droit international privé conceptualisés par la doctrine

403. La doctrine, de la même manière que dans le système de droit positif français, constitue une source de droit. Sa mission est principalement abstraite en ce qu'elle consiste d'une part à ériger des principes généraux de droit international privé (a) et d'autre part à proposer des méthodes applicables à la discipline (b).

a) L'établissement de principes généraux en droit international privé par la doctrine

404. Les principes généraux établis par la doctrine. De tout temps, plus précisément depuis l'Antiquité, le droit international privé est l'objet de la doctrine. En effet, même avant sa consécration effective en tant que discipline propre, ce sont bien les doctrines qui ont été l'origine des solutions dégagées en la matière⁷¹³. Puis, au fil des siècles, la discipline se développant nettement, celle-ci a été saisie par le législateur et corrélativement par la jurisprudence⁷¹⁴. Or, aujourd'hui, les sources textuelles et jurisprudentielles du droit international privé demeurent insuffisantes principalement en raison du caractère encore lacunaire des textes. Même si la jurisprudence constitue une source du droit en tant que telle, « les tribunaux (...) ne statuent que sur des cas d'espèce »⁷¹⁵. Le rôle de la doctrine s'avère donc être celui de la formulation de principes généraux de droit international privé puisqu' « il faut s'élever du particulier au général »⁷¹⁶.

405. La fonction complémentaire de la doctrine. Ainsi, le rôle de la doctrine, pouvant être qualifié d'abstrait contrairement à celui de la jurisprudence, consiste à édifier des principes communs à la matière. Elle joue donc un rôle complémentaire, comme la

⁷¹³ Cf. *supra* § 96 et s.

⁷¹⁴ Cf. *supra* § 105 et s.

⁷¹⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 33.

⁷¹⁶ *Ibid.*

jurisprudence, à l'égard du législateur⁷¹⁷. C'est ainsi, en tant que source du droit, que la doctrine a notamment élaboré divers mécanismes, aujourd'hui unanimement admis en droit international privé, comme l'ordre public international ou encore les lois de police. Il s'agit désormais de principes généraux de droit positif. Ainsi, d'une part, chaque fois que le contenu matériel d'une loi étrangère applicable heurte les conceptions du for, cette loi sera écartée, et d'autre part, en présence d'une disposition impérative du for visant la protection des intérêts politiques, économiques et sociaux, celle-ci sera d'application immédiate. Ces mécanismes d'exception, communément admis en théorie générale des conflits de lois, ne sont que des exemples de principes généraux émanant de la doctrine. La mission de cette dernière ne s'est pas cantonnée à ce seul rôle, elle a également permis la formulation de méthodes propres à la discipline.

b) La formulation des méthodes de droit international privé par la doctrine

406. Les méthodes proposées par la doctrine. Si la doctrine est intervenue afin d'ériger des principes généraux de droit international privé, son rôle a également une nette importance eu égard à la formulation des méthodes du droit international privé et plus particulièrement du droit des conflits de lois. En effet, « la matière des conflits de lois se prête comme peu d'autres à la spéculation intellectuelle et à la construction de systèmes ; cela explique que la doctrine y joue un rôle particulier »⁷¹⁸.

407. La systématisation de la discipline assurée par la doctrine. C'est pourquoi depuis que le droit international privé est consacré comme une matière propre, il a fait l'objet de diverses méthodes lesquelles ont été élaborées de d'Argentré à aujourd'hui. Ce qu'il faut retenir principalement c'est que toutes les méthodes proposées par ces divers auteurs ont participé à la constitution du droit international privé d'aujourd'hui et notamment du droit des conflits de lois. En effet, que ce soit aux Etats-Unis ou en Europe, « les contributions de la doctrine ont été d'une importance telle qu'elles ont influencé de façon décisive le droit

⁷¹⁷ Pour aller plus loin, voir en ce sens : O. Cachard, *Droit international privé*, Bruylant, 6^{ème} éd., 2017, § 31 : « L'influence de la doctrine est aussi bien individuelle, par le rayonnement des propositions de tel auteur reçues et mises en œuvre par la Cour de cassation, que collective par le rayonnement de certains cercles en France, en Europe, ou dans l'ordre international. On citera en France le Comité français de droit international privé, dont les travaux sont publiés, et en Europe, le Groupe européen de droit international privé, dont les travaux sont accessibles en ligne. Au plan international, l'Académie de droit international de La Haye (...) est un haut lieu de l'activité doctrinale en droit international privé et en droit international public, donnant lieu à la publication annuelle d'un cours général et de cours spéciaux, tandis que l'Institut de droit international émet des recommandations ».

⁷¹⁸ B. Ancel et L. D'Avout, *op. cit.*, § 25.

international privé »⁷¹⁹. Les applications pratiques de la doctrine permettent de le confirmer⁷²⁰. La doctrine constitue donc une source du droit international privé en ce qu'elle permet l'édification de normes générales et de méthodes propres à la discipline. Cependant, son rôle ne peut être simplement réduit à une pure et simple conceptualisation de la discipline. Le rôle de la doctrine ne demeure pas purement abstrait, il se révèle concret et effectif.

2) L'intervention indispensable de la doctrine en tant que source du droit

408. Si la mission de la doctrine semble purement abstraite, ce n'est pas réellement le cas. En effet, la doctrine participe activement à l'élaboration du droit international privé aux côtés du législateur et de la jurisprudence (a) et, probablement, pourrait constituer l'unique source du droit des conflits de lois susceptible de conduire à son unification (b).

a) *La collaboration effective de la doctrine à l'élaboration du droit international privé*

409. L'intervention nécessaire de la doctrine. Comme il l'a été constaté, l'intervention de la doctrine s'est justifiée par le caractère lacunaire des textes en droit international privé et par la nécessité de recourir à des principes abstraits indépendamment des solutions concrètes rendues par la jurisprudence. Ces motifs ont appuyé le recours aux conceptions doctrinales, mais pas uniquement. Effectivement, le rôle de la doctrine s'est nettement développé en ce que cette dernière influence à la fois aussi bien la jurisprudence que le législateur⁷²¹.

410. L'influence véritable de la doctrine en droit positif. De nos jours, « les auteurs guident la jurisprudence en droit international privé » du fait de « la complexité et l'ampleur de la tâche créatrice qui (lui) incombe en l'absence de textes »⁷²². De même, se constate « une influence réciproque de la doctrine et de la jurisprudence »⁷²³ à l'égard du législateur. Ainsi, « on peut constater que la doctrine de droit international occupe une place centrale dans le développement de la matière, résultat d'un dialogue continu entre le législateur, les juges et

⁷¹⁹ E. Jayme, 6. « Le droit non écrit », in « Les sources du droit international privé », *RCADI*, 1995, vol. n°251, p. 77 et s.

⁷²⁰ Cf. *infra* § 412 et s.

⁷²¹ Voir en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 218 : « En réalité c'est toujours la pratique (le législateur et la jurisprudence) qui a fait apparaître les problèmes et leurs solutions (en droit international privé). La doctrine s'est efforcée de les expliquer, voire de donner quelques impulsions et de les systématiser. Le dialogue entre la doctrine et les praticiens a toujours été particulièrement fructueux dans cette discipline, grâce à une écoute réciproque assez remarquable ».

⁷²² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 33.

⁷²³ B. Ancel et L. d'Avout, *op. cit.*, § 25.

les auteurs »⁷²⁴. Ceci s'est confirmé notamment grâce à la création en 1935 du Comité français de droit international privé lequel « réunit les magistrats, praticiens et universitaires qu'intéresse la matière »⁷²⁵. Indéniablement, la doctrine joue un rôle manifestement très important dans le développement de la discipline. De surcroît, la doctrine pourrait constituer l'unique source du droit des conflits de lois permettant l'application d'une méthode universelle.

b) *L'unique source d'une potentielle unification du droit des conflits de lois*

411. L'échec des sources directes. Aujourd'hui, seule la doctrine peut constituer l'unique source du droit des conflits de lois permettant l'unification de toutes ses règles à une échelle internationale. Comme l'affirmait déjà Pillet, « il existe (...) un aussi grand nombre (de lois) qu'il existe de pays divers et, dans chaque pays, la jurisprudence comble leurs lacunes par l'interprétation qu'elle en donne »⁷²⁶. Par conséquent, et comme il l'a été remarqué, le droit international privé, étant régi par de nombreuses sources à savoir des textes et jurisprudences développés à plusieurs échelles (nationales et supranationales), conduit à une variabilité de résultat. Les systèmes sont donc extrêmement variables eu égard à ces lois et à leurs interprétations.

412. L'unique source en capacité de proposer un système commun. Pour remédier à cette variabilité de résultat issue de ces diverses sources, le recours à la doctrine semble idéal. Effectivement, « la source principale d'un droit international général sera forcément la doctrine »⁷²⁷ puisque finalement il s'agit de la seule source qui propose un système complet et non pas variable composé de plusieurs niveaux. En effet, seule la doctrine pourrait, voire peut, proposer un système commun de droit des conflits de lois applicable à tous, comme l'ont proposé déjà certains auteurs. La difficulté reviendrait alors à déterminer quel est le système le plus à même de régir la discipline. C'est de cette difficulté qu'est apparue la diversité des sources de droit positif, lesquelles se sont inspirées des différentes doctrines existantes. De plus, l'élaboration des normes applicables en droit des conflits de lois a été trop fragmentaire et a conduit notamment à la lacune et la variabilité. Néanmoins, la pratique atteste aujourd'hui de la mise en œuvre des éminentes doctrines du droit international privé même si cette application demeure fragmentaire, tout comme les autres sources de la discipline.

⁷²⁴ E. Jayme, *op. cit.*, p. 77 et s.

⁷²⁵ B. Ancel et L. d'Avout, *op. cit.*, § 25.

⁷²⁶ A. Pillet, *Principes de droit international privé, op. cit.*, § 32.

⁷²⁷ *Ibid.*, § 40.

B. L'INTEGRATION DE LA DOCTRINE EN DROIT POSITIF DEPUIS L'ANCIEN DROIT

413. Les théories doctrinales développées à l'égard du droit international privé n'ont pas été que des sources d'inspiration ou des éléments de complément aux vides juridiques persistants. Elles ont en réalité été consacrées en tant que telles par le droit positif, tant à l'égard des doctrines traditionnelles issues de l'Ancien Droit (1) que des doctrines contemporaines issues de l'époque moderne (2).

1) La consécration des doctrines traditionnelles par le droit positif français

414. Originellement, le droit international privé a fait l'objet de deux courants doctrinaux, ou du moins de deux conceptions publicistes, lesquelles ont été consacrées par le législateur et la jurisprudence. Il s'agit d'une part du territorialisme (a) et d'autre part du personnalisme (b).

a) La consécration du territorialisme par le législateur et la jurisprudence

415. La doctrine territorialiste de d'Argentré. La doctrine territorialiste, élaborée en premier lieu par d'Argentré, consiste à admettre que « les coutumes (sont) par principe d'application territoriale (...) et, exceptionnellement, personnelles »⁷²⁸. Cette doctrine, perdurant dans le temps, consiste donc à considérer par principe que toute loi est d'application territoriale.

416. La consécration du territorialisme en droit positif. Cette théorie doctrinale s'est implantée tant sur le plan législatif que jurisprudentiel. La première codification du droit international privé à l'article 3 du Code civil en est la preuve⁷²⁹ puisque celui-ci prévoit que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont soumis à la loi française ». Sur cette base, le législateur a donc intégré le territorialisme en tant que règle propre au droit des conflits de lois. De plus, sous l'Ancien Droit, si « les arrêts n'étaient pas motivés » rendant leur interprétation difficile, « il est certain cependant que la jurisprudence était favorable au territorialisme et que la plupart des solutions qu'elle a données étaient dominées par cette tendance »⁷³⁰. Ainsi le législateur n'a fait que consacrer une doctrine déjà admise par la jurisprudence de l'Ancien Droit. De surcroît, la jurisprudence moderne, et postérieure au Code civil, « a été influencée par le principe de la territorialité des lois » parce que toute la

⁷²⁸ B. Audit, P. II, Ch. I. « L'évolution historique des approches : les grands modèles de solution », in « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *op. cit.*, p. 147 et s., spéc. p. 166.

⁷²⁹ Cf. *supra* § 106.

⁷³⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 133.

doctrine du XVIII^{ème} siècle en était imprégnée⁷³¹. Ainsi, la jurisprudence, intervenant à titre de complément de la législation, a su pérenniser la doctrine territorialiste. Ce mouvement juridique s'est reproduit à l'égard de la doctrine personaliste.

b) La consécration du personalisme par le législateur et la jurisprudence

417. La doctrine personaliste de Mancini. Parallèlement au territorialisme, la doctrine personaliste, conceptualisée par Mancini, consiste, à l'inverse, à admettre que « par principe, dans la vie internationale, les individus doivent être régis, en tous lieux, par leur loi nationale »⁷³². Il s'agit donc de considérer que par principe toute loi est d'application nationale.

418. La consécration du personalisme en droit positif. Si cette doctrine n'a été conceptualisée qu'au XIX^{ème} siècle par Mancini, elle était déjà connue sous l'Ancien Régime. C'est pourquoi le législateur en 1804 a également consacré la loi nationale en son article 3, lequel prévoit notamment que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Il s'agit d'une innovation puisque « la loi nationale est substituée à la loi du domicile en matière d'état et de capacité des personnes »⁷³³. Par conséquent, « l'interprète n'est pas lié par les solutions de l'Ancien Droit »⁷³⁴ et c'est ainsi que la jurisprudence, principalement en matière de statut personnel et familial, va développer un corpus de règles conforme à la doctrine personaliste.

419. De l'incorporation des doctrines traditionnelles aux doctrines contemporaines. Finalement, les doctrines traditionnelles, « avatars de la théorie statutaire », lesquelles « procèdent d'une analyse de la compétence de l'Etat au sens du droit international public »⁷³⁵ ont influencé le droit positif et ont su pénétrer la législation et la jurisprudence françaises. Par conséquent, si la doctrine est le seul instrument à même d'organiser un système un et entier de droit des conflits de lois, encore faut-il que cette doctrine ne soit pas l'objet de considérations publicistes restreignant la discipline à des aspirations souverainistes. En outre, l'intégration de ces théories doctrinales traditionnelles dans le système de droit positif interne dès l'Ancien Régime s'est poursuivie par l'incorporation de doctrines contemporaines.

⁷³¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 134.

⁷³² *Ibid.*, § 137.

⁷³³ *Ibid.*, § 134.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ B. Audit, P. II, Ch. I. « L'évolution historique des approches : les grands modèles de solution », in « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *op. cit.*, p. 147 et s., spéc. p. 210 et 211.

2) L'intégration des doctrines contemporaines en droit positif

420. Dès la codification du droit international privé, législateur et jurisprudence nationaux ont intégré les doctrines traditionnelles dans le droit positif. Or, ce processus ne s'est pas arrêté à cette première étape. Postérieurement, ont été également consacrées les méthodes contemporaines classiques, à savoir l'universalisme et le particularisme (a), ainsi que les méthodes modernes américaines orientées par le substantialisme (b).

a) *La consécration de l'universalisme et du particularisme parmi les sources positives*

421. Les premières systématisations doctrinales. Sur la base des doctrines territorialistes et personnalistes, se sont développés d'autres courants doctrinaux et principalement l'universalisme et le particularisme. Chacune de ces doctrines conduit à penser le droit des conflits de lois sous une forme de systèmes, lesquels sont bien distincts. L'opposition de ces doctrines conduit à se demander « si les règles du droit international privé, et plus particulièrement du conflit des lois de droit privé, sont ou devraient être communes à l'ensemble des Etats, ou, au contraire, sont légitimes et doivent rester particulières aux différents Etats, qui, actuellement, les formulent et les mettent en œuvre »⁷³⁶.

D'une part, l'universalisme se rattache au bilatéralisme lequel permet de désigner de manière indifférente la loi du for ou la loi étrangère. Ainsi grâce au caractère bilatéral de la règle de conflit, le droit des conflits de lois a pour objet de promouvoir un système universel, applicable à tout système juridique. D'autre part, le particularisme se dégage de l'unilatéralisme lequel consiste à déterminer le champ d'application de la loi du for dans l'espace. Par conséquent, ce type de règle de conflit conduit à créer un système de droit des conflits de lois purement étatique, lequel ne pourra être étendu à une sphère plus large.

422. Des systèmes doctrinaux insérés en droit positif. Ces doctrines ont, aujourd'hui, intégré le droit positif, et ceci tant à l'échelle nationale que régionale. En effet, le bilatéralisme a intégré rapidement le droit français notamment au travers de la bilatéralisation de l'article 3 du Code civil par la jurisprudence, mais également le droit européen au regard des divers conventions internationales et règlements européens qui prônent une telle méthode. Celle-ci est devenue la méthode classique du règlement des conflits à tous les niveaux. Cependant, la méthode unilatérale n'est pas totalement absente du droit positif. En effet, le droit français maintient certaines dispositions qui ne déterminent que son champ d'application

⁷³⁶ H. Batiffol, « Universalisme et particularisme », in « Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *op. cit.*, p. 9 et s., spéc. p. 9.

dans l'espace. Tel est le cas de l'article 309 du Code civil⁷³⁷ relatif au divorce. En revanche, à l'échelle régionale, aucune disposition ne peut faire l'objet de cette méthode puisqu'il ne s'agit pas de déterminer le champ d'application de la « loi européenne »⁷³⁸. Néanmoins, les textes européens n'évincent pas totalement la doctrine particulariste en ce que certains prévoient expressément le recours au mécanisme des lois de police ou de l'ordre public international. C'est notamment le cas du règlement Rome I en son article 9⁷³⁹. Grâce à ces mécanismes, les Etats membres peuvent faire prévaloir d'une certaine manière leur particularisme lorsque sont concernés des dispositions impératives ou encore des principes fondamentaux de leur ordre juridique.

423. Un socle véritablement doctrinal. En d'autres termes, chacune de ces doctrines classiques contemporaines a pénétré le droit positif en droit des conflits de lois, lesquelles sont fondées sur les anciennes doctrines traditionnelles. Par conséquent, il convient d'admettre que toute doctrine reconnue en droit international privé constitue le socle sur lequel législateur et jurisprudence vont construire les normes juridiques applicables à la discipline, que ce soit sur le plan national ou sur le plan international. Ceci est davantage confirmé au regard de la prise en compte des méthodes modernes américaines par le législateur contemporain.

b) L'inclusion du substantialisme au sein des sources positives

424. La prise en compte du substantialisme en droit positif. Au cours des siècles derniers, principalement du XX^{ème} siècle, diverses doctrines américaines se sont développées autour de l'idée de substantialisme. Leurs théories consistent à prendre en compte dans la construction de la méthode le résultat matériel recherché. En effet, il s'agit de la conséquence de « l'interventionnisme croissant de l'Etat libéral » qui « a conduit à la multiplication de réglementations de marché dans le domaine du droit public avant de conférer une fonction régulatrice au droit privé lui-même », dont le droit international privé a nécessairement subi

⁷³⁷ C. civ. art. 309 : « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française : lorsque (...) ».

⁷³⁸ Cf. *infra* § 669.

⁷³⁹ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

l'évolution⁷⁴⁰. Ainsi, tout comme les doctrines concurrentes modernes, la méthode américaine s'est, elle aussi, immiscée dans le droit positif pour atteindre conflit de lois et conflit de juridictions, et ceci tant au regard du droit interne que régional. La promotion du mariage homosexuel à l'article 202-1 alinéa 2 du Code civil⁷⁴¹ en atteste parfaitement, tout comme le règlement Bruxelles II *bis*⁷⁴² et son successeur, le règlement Bruxelles II *ter*⁷⁴³, favorisent la saisine de tout juge d'un Etat membre. Même, à l'échelle internationale, cette méthode a été admise. L'exemple est donné par la Convention de La Haye relative à la forme testamentaire⁷⁴⁴, laquelle favorise la validité en la forme de tout testament.

425. La doctrine comme véritable source du droit. La reconnaissance de toutes ces doctrines par le législateur et par la jurisprudence, que ce soit à l'échelle nationale ou supranationale, indique que la doctrine constitue une véritable source du droit international privé et même qu'elle en est le socle⁷⁴⁵. En contribuant à l'élaboration de la législation, elle participe à une véritable « production normative »⁷⁴⁶. Cependant, ces diverses immigrations doctrinales ont conduit à rendre la discipline très variable et à cristalliser toute forme

⁷⁴⁰ H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 162 ; laquelle poursuit en précisant notamment que : « Aux Etats-Unis, où celle-ci a été la plus sensible et la plus précoce, elle a conduit à ce que la discipline intègre très largement des préceptes néo-statutistes dans les rapports inter-américains, se reconvertissant également, dans les rapports internationaux, en un ensemble de critères de délimitation du droit public fédéral. En Europe, où le schisme du droit public et du droit privé s'est maintenue avec plus de vigueur, la règle de conflit de lois a dû intégrer progressivement des « morceaux » de droit public dans le droit privé qu'il répartissait, avant de se prêter au jeu des objectifs économiques du droit de l'Union ».

⁷⁴¹ C. civ. art. 202-1 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'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

⁷⁴² Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *Bruxelles II bis*.

⁷⁴³ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), *Bruxelles II ter*.

⁷⁴⁴ Convention du 5 oct. 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.

⁷⁴⁵ Voir en ce sens : B. Oppéit, Ch. I, S. II, Par. 2, A. « Situation générale de la doctrine », *op. cit.* : « aussi ne faut-il guère s'étonner que ce soit plutôt chez certains « francs-tireurs », moins prisonniers des dogmes, qu'a été exprimée à l'époque contemporaine l'idée du rôle majeur qui revient à la doctrine en droit international privé : c'est ainsi que le grand comparatiste René David (ce n'est sans doute pas un hasard si sa formation a conduit cet auteur à dépasser une approche purement positiviste de la matière, à l'instar de ce que K. Zweigert a appelé la troisième école du droit international privé (die dritte Schule im internationalen Privatrecht), centrée sur la méthode comparative) a contesté la valeur de l'identification du droit et de l'Etat dans la société internationale et estimé qu'est dévolue à la doctrine une double mission, à la fois d'explication et de création du droit, essentiellement en dégagant les principes généraux de solution pour les rapports juridiques internationaux qui n'apparaissent pas manifestement liés à un pays plus qu'à d'autres ; il a critiqué vivement la vision positiviste et nationaliste qui a maintenu le droit international privé dans la mouvance des droits nationaux en accordant une place excessive tant au procédé du conflit de lois qu'au droit conventionnel, alors qu'il appartient à la doctrine de forger un nouveau droit commun ».

⁷⁴⁶ D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppéit*, *op. cit.*, p. 45 et s.

d'unification. En effet, le problème qui se pose est bien celui-ci. En insérant toutes les doctrines depuis l'Ancien Droit comme fondement aux règles du droit international privé, la matière est devenue excessivement diversifiée et, plus encore, imprégnée de diverses considérations, notamment publicistes, qui n'ont plus lieu d'être à l'heure actuelle. Par conséquent est venu le temps de faire table rase du passé et de proposer une doctrine c'est-à-dire une méthode applicable à l'international conformément à l'objet du droit des conflits de lois. En effet, la doctrine est la seule source du droit capable d'harmoniser et d'unifier une telle discipline dans la mesure où aucune autorité commune n'existe encore aujourd'hui⁷⁴⁷. Il conviendrait donc de tirer les conséquences de ce manque de cohésion pour établir une doctrine unique à même de régir la matière uniformément et d'emporter l'assentiment de la société internationale⁷⁴⁸. Pour autant, les seules normes universelles du droit international privé qui sont implicitement reconnues aujourd'hui sont celles qui émanent de la coutume internationale.

§ 2 – L'INCIDENCE FICTIVE DE LA COUTUME INTERNATIONALE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

426. Traditionnellement, la coutume constitue une source du droit positif. C'est pourquoi la coutume internationale a pu être classée comme source positive du droit international privé (A). Pourtant son existence n'est que chimérique, notamment en ce qu'elle est dénuée de toute valeur juridique (B).

A. UNE SOURCE A *PRIORI* POSITIVE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

427. La coutume internationale peut être rangée au rang de source du droit international privé à deux titres. D'une part, les règles non écrites du droit international public ont constitué un cadre pour l'élaboration des normes juridiques internationales privées (1). D'autre part, le droit international privé, grâce à l'application ancienne et générale de certaines normes a contribué à l'établissement de règles coutumières (2).

⁷⁴⁷ Voir en ce sens : D. Bureau et N. Molfessis, *op. cit.*, p. 45 et s. : « Mandatée par le Prince, la doctrine contribue à l'élaboration d'un droit des professeurs, qui le plus souvent séduit et, en retour, rejaillit sur l'ensemble de ceux qui la compose. Portée par la mission confiée aux plus illustres de ses représentants, elle en ressort renforcée dans son autorité et légitimée dans son rôle »,

⁷⁴⁸ Voir en ce sens : B. Oppéit, Ch. I, S. II, Par. 2, A. « Situation générale de la doctrine », *op. cit.*, lequel poursuit : « Dans un esprit voisin, on a soutenu que la communauté savante, par l'échange d'arguments et la controverse, était seule à même, par-delà les frontières, de renouer avec le jus commune et de provoquer une unification internationale du droit par l'intégration dans les ordres nationaux de concepts et solutions communs ».

1) Les règles non écrites du droit international public : le cadre initial du droit international privé

428. Le droit international privé constitue une branche du droit international. Pourtant, il est considéré que la discipline est née dans le cadre du droit des gens (a) et qu'elle a évolué conformément aux principes du droit international public (b).

a) *La naissance du droit international privé dans l'environnement du droit des gens*

429. Le droit des gens comme cadre au droit international privé. « Le droit international privé puise dans le droit des gens certaines de ses notions fondamentales, celle de la souveraineté territoriale et de la personnalité des Etats étrangers »⁷⁴⁹. Ainsi, le droit international privé trouverait également sa source dans le droit des gens conçu et systématisé depuis le XVI^{ème} siècle par Grotius et ses disciples⁷⁵⁰. En effet, un lien serait nécessairement établi entre le droit international privé et le droit international public, et ces deux disciplines auraient donc les mêmes sources juridiques⁷⁵¹. A ce titre, Scelle estimait que « le droit international dit public est seulement un cadre pour le droit international privé »⁷⁵².

430. Le droit international privé soumis à une obligation naturelle. En considérant que le droit international privé s'est construit dans le cadre du respect des principes de droit naturel, logiquement la matière se soumet à ces principes. C'est pourquoi le droit international privé serait, comme l'a affirmé Bartin, soumis à une obligation naturelle consistant pour chaque Etat à limiter sur son propre territoire l'effet de ses lois internes et la compétence de ses propres juridictions⁷⁵³. Ainsi, au fondement du droit international privé, demeurerait « une obligation internationale de ne pas aller jusqu'à la territorialité absolue »⁷⁵⁴. Par conséquent, le système de droit international privé s'est construit sur la base de cette obligation naturelle, pouvant être qualifiée d'universelle, qui pèse sur chaque Etat de la communauté internationale. Puis, à l'encadrement de la discipline par les principes du droit naturel, ont succédé les principes du droit international public.

⁷⁴⁹ P. Arminjon, *Précis de droit international privé*, op. cit., § 17.

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ J.-D. Grimaldi, op. cit., § 67.

⁷⁵² *Ibid.*, citant G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, vol. n°46, p. 361.

⁷⁵³ J. Maury, op. cit., § 20, reprenant les propos de Bartin, *Principes du droit international privé*, op. cit.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, § 20.

b) *L'évolution du droit international privé conformément aux principes du droit international public*

431. Le droit international public comme source non écrite. Aux principes du droit naturel se sont substitués les principes du droit international public lesquels constituent également une source non écrite du droit international privé. Il s'agit non plus de principes issus typiquement d'un droit naturel mais de principes communs ou généraux du droit international trouvant leur origine dans la pratique internationale. Ils consistent donc en des règles non écrites du droit international public « dont l'existence résulte de la conduite généralement acceptée par les Etats, dans le sentiment que l'attitude opposée soulèverait légitimement des oppositions »⁷⁵⁵. Cela concerne donc différents principes, dont certains sont en réalité issus du droit des gens, comme le principe de la souveraineté des Etats ou encore le principe de l'immunité de juridiction ou d'exécution des Etats⁷⁵⁶.

432. Vers une coutume internationale. Par conséquent, les principes gouvernant le droit international public s'imposeraient donc au droit international privé, de telle sorte que la matière se serait construite conformément à ceux-là. Ces derniers découlant du droit naturel et d'une pratique internationale commune constitueraient donc la coutume internationale. D'ailleurs, certaines règles propres au droit international privé seraient également nées de cette pratique internationale commune.

2) Les règles considérées comme coutumières en droit international privé

433. Si le droit international privé est régi indirectement par des principes publicistes issus de la coutume internationale, celle-ci constitue également une source directe de la matière au regard de certaines règles de rattachement (a). Pour autant, il ne s'agit pas de règles coutumières, mais bien de règles issues d'une tradition juridique commune (b).

a) *Les règles de rattachement non écrites du droit international privé*

434. Les règles de rattachement coutumières. Au-delà de principes juridiques communs d'origine publiciste, d'autres règles de droit international privé peuvent être assimilées à la coutume internationale. En effet, certaines règles de rattachement pourraient être classées comme règles non écrites en droit international privé. Comme l'a affirmé Pillet, « on peut citer à l'actif de la coutume l'adoption des règles de droit international privé qui

⁷⁵⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 28.

⁷⁵⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 64.

sont aujourd'hui d'une application générale dans la communauté des nations »⁷⁵⁷. Du fait de leur ancienneté et de leur application presque universelle, diverses règles pourraient faire partie d'une coutume internationale notamment les règles de rattachement suivantes : *locus regit actum*, la *lex rei sitae* de l'immeuble, ou même la *lex loci celebrationis* pour les conditions de forme du mariage. Ainsi, la question s'est posée de savoir si « les règles identiques adoptées par un certain nombre d'Etats expriment leur conviction qu'une obligation internationale non écrite les leur impose »⁷⁵⁸.

435. Coutume ou tradition juridique ? En d'autres termes, il semblerait, bien que la coutume internationale soit d'origine publique, qu'elle s'étende au domaine privé pour parvenir à ériger certaines règles non écrites en droit international privé. En réalité, tel n'est pas le cas. Il ne s'agit là que du résultat d'anciennes traditions juridiques qui ne se traduisent pas comme une pratique internationale commune.

b) *Le simple rapprochement de traditions juridiques entre Etats*

436. Des règles de rattachement objet de traditions juridiques communes. S'il a pu être considéré que certaines règles de rattachement du fait de leur ancienneté et de leur application générale pouvaient être considérées comme des normes juridiques relevant de la coutume internationale, tel n'est pas le cas en pratique. En effet, au regard des différents systèmes propres à chaque Etat, il apparaît notamment que les règles de rattachement sont loin d'être « exclusives » et que leur « domaine dépend des conceptions juridiques internes »⁷⁵⁹. Par conséquent, si certaines règles de rattachement semblent communément admises, elles ne sont pas des règles de droit non écrites dotées de force obligatoire à l'égard de tous les Etats composant la communauté internationale. En réalité, il s'agit d'une tradition historique et, ou, juridique, puisque « la tradition est, elle aussi, une source générale »⁷⁶⁰ indirecte.

437. La consécration commune du territorialisme de l'Ancien Régime. L'origine de ces règles d'application générale se trouve dans les doctrines traditionnelles au fondement desquelles s'est construit le droit international privé et notamment les doctrines de d'Argentré et Dumoulin⁷⁶¹. Ces doctrines ont été suivies, ou du moins, reprises dans toute l'Europe et se sont propagées jusqu'à aujourd'hui sous des formes évoluées. Néanmoins, ce sont bien ces

⁷⁵⁷ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, op. cit., § 42.

⁷⁵⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, op. cit., § 28.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ A. Pillet, *Principes de droit international privé*, op. cit., § 41.

⁷⁶¹ Cf. *supra* § 45 et s.

doctrines qui ont donné naissance à certaines règles traditionnelles de rattachement. Or, la tradition ne conduit pas à donner force obligatoire à des règles de rattachement en droit international privé. Si certaines règles sont aujourd'hui communément admises à une échelle internationale, elles ne le sont que par l'intervention du législateur ou de la jurisprudence et indirectement de la doctrine.

438. L'inexistence de la coutume internationale. Finalement, la coutume internationale n'est pas une source directe du droit international privé au regard des normes juridiques qui composent la matière. Vraisemblablement, elle n'est pas non plus une source indirecte de la discipline puisque les principes du droit international public n'ont pas une existence avérée, ni même une valeur juridique certaine.

B. DE L'EXISTENCE ILLUSOIRE A L'ABSENCE DE VALEUR JURIDIQUE DE LA COUTUME INTERNATIONALE

439. Si la coutume internationale semble constituer une source indirecte du droit international privé, son existence n'est qu'illusoire (1). En réalité, la coutume internationale, en l'absence de consensus commun entre Etats, est dénuée de toute valeur juridique (2).

1) L'existence illusoire d'une coutume internationale en tant que source du droit

440. La coutume internationale semble s'apparenter, au regard des principes directeurs qui la composent, à une source indirecte du droit international privé (a). Pourtant, la coutume internationale érigeant des principes généraux et abstraits ne peut se traduire que sur le plan d'une coutume nationale (b).

a) Une source indirecte et partielle en droit international privé

441. « Actuellement le droit international privé opère sur des notions essentielles du *jus gentium* de telle manière qu'un rapprochement des deux disciplines juridiques se produit dans leur domaine réciproque »⁷⁶². C'est pourquoi les principes issus du droit international public sont susceptibles d'encadrer, en tant que coutume internationale, le droit international privé. Néanmoins ces sources demeurent indirectes et partielles⁷⁶³. Il ne s'agit que d'une source indirecte puisque les principes issus du droit international public ne sont que des principes directeurs, mais ne constituent en aucun cas des règles de droit propres à régir la matière. De surcroît il ne s'agit que d'une source indirecte, voire partielle, dans la mesure où

⁷⁶² A. Navarro, « Droit international public et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, *op. cit.*, § 7.

⁷⁶³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 28.

« les principes de droit naturel international qui ont été dégagés de ce droit sont en effet généralement conçus de façon différente dans chaque Etat, de sorte qu'ils n'ont pas été réglementés et sanctionnés par une coutume internationale »⁷⁶⁴. Par conséquent, la coutume internationale n'en est pas réellement une au sens strict du terme, il s'agit bien d'une source purement nationale.

b) De la coutume internationale à la coutume nationale

442. Bartin affirmait, à propos de la coutume internationale que, « le consentement unanime sur lequel elle se fonde ne porte jamais que sur des règles très générales, sur des propositions abstraites fort éloignées de la réalité et de l'application pratiques »⁷⁶⁵. Par conséquent, lorsque certains principes issus du droit international public sont communs à plusieurs Etats, « faute d'une conscience universelle de leur nécessité, ils ne fondent en fait qu'un droit positif à caractère interne »⁷⁶⁶. Ainsi, « la coutume internationale devient, à son tour, une source purement nationale du droit international privé »⁷⁶⁷. Le caractère abstrait et général des principes fondamentaux issus du droit international public conduit à soustraire la coutume internationale des sources du droit international privé. Ces principes ne sont que des normes communes et abstraites appliquées à l'échelle nationale selon le sens que chaque Etat leur donne. Ceci se justifie d'autant plus dans la mesure où la coutume internationale est dénuée de valeur juridique.

2) L'absence de valeur juridique de la coutume internationale en droit positif

443. S'il semble que l'existence de la coutume internationale soit contestable, ceci est confirmé par son absence de force contraignante. En effet, ce n'est que grâce à la compétence personnelle des Etats que les principes issus de la coutume internationale sont lisibles sur la scène juridique (a). Ils sont donc dénués de toute valeur juridique en raison du défaut d'obligation internationale qui incomberait aux Etats (b).

a) La compétence personnelle des Etats en matière de coutume reconnus par le droit international public

444. Les principes généraux du droit international public affectés de particularisme. En reprenant l'idée selon laquelle incombe aux Etats une obligation internationale naturelle de ne pas aller jusqu'à la territorialité absolue, Bartin ajoute que

⁷⁶⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 64.

⁷⁶⁵ E. Bartin, *op. cit.*, § 36.

⁷⁶⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 64.

⁷⁶⁷ E. Bartin, *op. cit.*, § 36.

chaque Etat se réserve donc le pouvoir d'en définir le contenu⁷⁶⁸. Il faut, en réalité, aller plus loin que cette simple obligation naturelle puisque « le droit international public reconnaît simultanément aux Etats une compétence « personnelle », les autorisant à légiférer pour leurs nationaux, et une compétence territoriale, qui leur permet d'édicter des normes applicables à toutes les personnes sur leur territoire »⁷⁶⁹. Si bien que les principes généraux et abstraits issus du droit international privé sont objet de la compétence personnelle des Etats. Ainsi, « les conséquences et même le sens de ces règles générales sont nécessairement fixés par la jurisprudence de chaque pays seulement »⁷⁷⁰. Ces principes contractent donc « le même caractère particulariste qui s'attache à la règle issue de la législation positive écrite »⁷⁷¹.

445. L'absence de valeur juridique des principes généraux du droit international privé. Ces principes n'ont donc de valeur que parce que les Etats leur en donnent, mais leur traduction juridique n'est pas commune et donc propre à chaque pays. Ceci s'explique parce que les Etats ne se sentent pas contraints par une obligation internationale.

b) *Le défaut d'obligation internationale incombant aux Etats en matière de coutume*

446. L'absence d'obligation internationale entre Etats. « La cause profonde de l'absence d'un droit positif international » vient de ce que « les Etats n'ont pas conscience d'être tenus, vis-à-vis des autres Etats, d'adopter une règle de préférence à une autre »⁷⁷². Par conséquent, si peut être soutenue l'idée d'une obligation naturelle de ne pas outrepasser les limites de sa propre territorialité, cela ne se justifie que par une volonté de protéger sa propre souveraineté. C'est d'ailleurs pourquoi, « même lorsqu'ils (les Etats) élaborent des règles identiques, le défaut d'un sentiment d'obligation internationale empêche la création d'une coutume internationale proprement dite »⁷⁷³. Par conséquent, la coutume internationale n'en est pas réellement une et ne possède aucune valeur juridique. D'ailleurs, comme l'a affirmé Arminjon, « le droit international privé est très ancien » et « à ce moment-là, les Etats ne s'étaient pas constitués, la notion de souveraineté n'avait pas encore été formée, il n'y avait pas encore de droit des gens »⁷⁷⁴. Par conséquent le droit international privé s'est créé, à l'origine, abstraction faite des normes issues du droit naturel et notamment de celles propres à

⁷⁶⁸ J. Maury, *op. cit.*, § 20, reprenant les propos de Bartin, *Principes du droit international privé, op. cit.*

⁷⁶⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.* § 34.

⁷⁷⁰ E. Bartin, *op. cit.*, § 36.

⁷⁷¹ *Ibid.*

⁷⁷² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 64.

⁷⁷³ *Ibid.*

⁷⁷⁴ P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 17.

la souveraineté des Etats. A l'époque, « les règles conçues pour les conflits des coutumes et des lois qui régissent les divisions territoriales d'un même pays ont été étendues avec ou sans modification aux conflits de lois entre Etats »⁷⁷⁵. Par conséquent, dire que le droit des gens, en tant que coutume internationale, est une source juridique produisant des obligations à l'égard du droit international privé serait erroné. L'histoire de la discipline suffit à démontrer que la simple doctrine territorialiste et donc indirectement souverainiste a justifié de respecter entre les Etats un principe de souveraineté territoriale.

447. L'ineffectivité avérée de la coutume internationale. Ainsi, la coutume internationale n'est pas une source du droit international privé et ceci principalement en l'absence de principes communs stricts dotés de force obligatoire. Si la place de la souveraineté des Etats reste un problème majeur dans l'établissement de toute source du droit universelle, une autre difficulté perdure. Van Hecke affirmait déjà à propos du XXème siècle que « le monde actuel est caractérisé par la nécessité de régler les relations entre trois groupes présentant des degrés divers de cohésion : le groupe occidental américano-européen (...), le groupe communiste et les pays de développement afro-asiatiques » considérant que « cette nouvelle structure du monde n'a pas manqué d'influence sur le droit des gens »⁷⁷⁶. Il s'interrogeait alors sur le fait de savoir si les règles traditionnelles issues de la coutume internationale, d'origine européenne, sont toujours valables et applicables au reste du monde. La réflexion est pertinente en ce qu'il semble quasiment impossible d'établir des principes universels applicables à l'entièreté des Etats qui composent le monde, et davantage s'il convient de leur donner une force obligatoire. La coutume internationale ne peut donc être considérée comme une source du droit international privé dans la mesure où d'une part, elle ne peut constituer, à ce jour, une source directe à l'égard de la matière, et d'autre part, en raison de son absence de caractère obligatoire. Finalement, la doctrine semble bien être la source idéale à la création d'un droit des conflits de lois commun. Cependant, à côté du législateur, de la jurisprudence et de la doctrine, une autre source semble apparaître. En effet, notamment au sein des communautés régionales, il pourrait être considéré que les objectifs prônés par lesdites communautés constituent des sources indirectes du droit international privé.

⁷⁷⁵ P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 17.

⁷⁷⁶ G. Van Hecke, « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XXème siècle », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, 1963, p. 939 et s.

SOUS-SECTION 2 : L'INTEGRATION CONTEMPORAINE D'OBJECTIFS SUPRANATIONAUX COMMUNS A L'ELABORATION DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

448. En dehors des sources classiques auxquelles peut prétendre toute discipline juridique, le droit international privé subit l'influence de facteurs contemporains lesquels se traduisent notamment par la volonté d'atteindre des objectifs spécifiques. En effet, le droit international privé se construit, d'une part, sous l'impulsion des objectifs et standards européens prônés par l'Union européenne (§ 1), et d'autre part, en fonction de l'aspiration universelle propre à tout Etat de droit, à savoir la défense des droits de l'Homme (§ 2).

§ 1 - LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN ORIENTEES PAR LES OBJECTIFS ET STANDARDS DE L'UNION EUROPEENNE

449. Le droit international privé s'inscrivant dans une logique de construction régionale est notamment influencé par la structure européenne⁷⁷⁷. Par conséquent, au regard des objectifs communautaires de l'Union européenne, le droit international privé, et nécessairement le droit des conflits de lois est dirigé par le principe des libertés de circulation (A). Consubstantiellement à ces objectifs communautaires, le droit international privé est aussi, à la fois, sous l'influence et promoteur de standards européens dont celui de l'uniformisation du droit (B).

A. LA LIBRE CIRCULATION COMME OBJECTIF DIRECTEUR DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE EUROPEEN

450. Le droit de l'Union européenne est conduit par divers buts à atteindre, et parmi eux s'y rangent les libertés de circulation lesquelles doivent nécessairement être respectées, notamment par le droit international privé (1). Au-delà du respect qui lui est accordé, la libre circulation a intégré directement le champ d'application du droit international privé (2).

1) Le nécessaire respect des libertés de circulation en droit international privé

451. Le droit de l'Union européenne promeut, depuis sa création, divers objectifs notamment économiques et politiques sur lesquels le droit international privé doit s'aligner

⁷⁷⁷ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 13 : « ce qui caractérise le droit international privé européen c'est l'emprise qu'ont sur la solution des questions de droit international privé des concepts économiques (liberté de circulation, principe d'origine, reconnaissance mutuelle) ou des droits fondamentaux (droit au respect de la vie familiale, ...) qui n'avaient pas été conçus à l'origine dans cette perspective ».

(a). Réellement, ceci impose au droit international privé de se conformer à des objectifs purement publicistes (b).

a) *L'alignement du droit international privé aux objectifs économiques et politiques de l'Union européenne*

452. L'instauration d'un marché unique dans l'Union européenne. Depuis 1951, la Communauté européenne, puis l'Union européenne, ont poursuivi un objectif économique propre, celui d'assurer la mise en place d'un marché unique. Par conséquent, à la suite de l'instauration d'un marché commun en 1951, a été mis en place en 1986, grâce à l'Acte unique européen, un marché intérieur lequel constitue un « espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée »⁷⁷⁸. En d'autres termes, les traits généraux du marché intérieur constituent un « objectif essentiel de la Communauté européenne »⁷⁷⁹ qui se traduit par la garantie effective des libertés de circulation. Cette protection des libertés se traduit tant sur le plan économique que sur le plan politique, et ne cesse d'être encouragée, notamment avec la mise en place de l'espace de liberté, sécurité et de justice consacré par le Traité de Lisbonne en 2009.

La promotion des libertés de la circulation est assurée par l'Union européenne⁷⁸⁰ au regard des règles matérielles qui émanent de ses institutions. Par conséquent, ces règles de l'Union ont un caractère supranational c'est-à-dire « un rang hiérarchique supérieur à celui des normes internes »⁷⁸¹. Elles s'imposent donc aux Etats membres, lesquels doivent se conformer à ces objectifs communautaires. De surcroît, les règles de conflit de droit international privé propres à chaque Etat membre doivent donc respecter ces objectifs communautaires, mais plus encore participer à leur garantie⁷⁸². Ainsi, ces règles ne doivent

⁷⁷⁸ A. Borràs, « Le droit communautaire et les rapports privés internationaux », *RCADI*, 2005, vol. n°317, § 15.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, § 16.

⁷⁸⁰ Ex. : CJUE, *Coman*, 5 juin 2018, *JDI* n°1, 1 janv. 2019, doct. 2, note G. Kessler dans lequel la Cour a consacré un droit de séjour du conjoint de même sexe du citoyen européen au nom de la libre circulation des situations familiales au sein de l'UE.

⁷⁸¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 79.

⁷⁸² Voir notamment en ce sens : L. G. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *op. cit.*, p. 401, et spéc. p. 403 : « Les rapports avec les conflits de lois pourraient se manifester aussi sous un autre angle, parce que, tout en réglant directement des conflits de lois par le biais de normes ayant spécifiquement ce but, le droit communautaire pourrait également influencer la solution de ces conflits d'une manière indirecte, et cela par l'effet de ses principes généraux. Parmi ceux-ci, un rôle particulier semblerait susceptible d'être joué par les principes en matière de libre circulation, surtout tels qu'ils ont été élaborés par la Cour de justice des Communautés européennes et utilisés dans le contexte de la « nouvelle approche » adoptée à l'égard de la création du marché unique ».

pas porter atteinte « aux principes de droit de l'Union en ce qui concerne particulièrement le marché intérieur et les libertés de circulation »⁷⁸³.

453. La promotion des libertés de la circulation en droit international privé. En outre, bien que les objectifs du droit de l'Union intègrent directement ses règles matérielles, il atteint parfois même les mécanismes du droit international privé notamment les lois de police ou l'ordre public international⁷⁸⁴. Effectivement, les buts recherchés par l'Union européenne peuvent être traduits comme normes impératives au sens d'une loi de police ou bien encore comme valeurs fondamentales au sens de l'ordre public international. L'arrêt *Unamar* de la CJUE de 2013⁷⁸⁵ en est l'exemple traditionnel. Dans cet arrêt, il est bien expliqué que la loi de transposition nationale d'une directive européenne constitue une loi de police en ce que les dispositions qu'elle transpose sont impératives puisqu'elles assurent la protection de l'agent commercial ; laquelle constitue bien un objectif de l'Union européenne. Par conséquent, si l'arrêt *Unamar* ne vise pas directement la libre circulation, le raisonnement de la CJUE peut s'y appliquer néanmoins. Finalement, même les mécanismes du droit international privé, demeurant pourtant nationaux, se voient soustraits au respect des principes du droit de l'Union. Il ne s'agit alors que d'une application stricte du principe de primauté du droit communautaire puisque « les objectifs traditionnels du droit international privé (...) sont supplantés par les exigences relatives à la réalisation du marché intérieur »⁷⁸⁶. Autrement dit, le droit international privé et conséquemment le droit des conflits de lois s'alignent sur les objectifs publics européens.

b) *La conformité des règles de droit international privé à des objectifs de nature publique*

454. Un droit international privé européen publiciste. Si les normes de droit international privé sont subordonnées aux objectifs du droit européen, l'élaboration de celles-ci est encadrée par des considérations publicistes. En effet, si le droit international privé est le corollaire du droit européen, matière publiciste, il ne peut être considéré que le droit international privé se consacre simplement à ses objectifs propres lesquels demeurent privés.

⁷⁸³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 79.

⁷⁸⁴ J.-M. Jacquet, « L'affaiblissement du rôle de l'Etat-nation et le droit international privé », *JDI* n°1, janv. 2013, biblio. 2, spéc. p. 2.

⁷⁸⁵ CJUE, 17. oct. 2013, *Unamar*, aff. C-184/12, *RTD com.* 2014, p. 457, note Ph. Delebecque ; *Rev. UE* 2014, p. 305, note A. Cudennec et p. 376, note V. Pironon ; *RTD civ.* 2014, p. 107, note H. Barbier ; *Dalloz* 2014, p. 893, note D. Ferrier, p. 60 et 1967, note L. d'Avout, et p. 1059, note H. Gaudemet-Tallon ; *D. actualité*, 24 oct. 2013, note F. Mélin.

⁷⁸⁶ J.-M. Jacquet, *op. cit.*, spéc. p. 2.

En définitive, « le système juridique européen emprunte les formes d'un fédéralisme plus ou moins assumé » et conduit « à une lecture publiciste du conflit de lois »⁷⁸⁷.

455. Un droit international privé exempt de neutralité. Véritablement, l'Union européenne impose sa politique publique aux Etats membres, notamment en droit international privé. Une comparaison s'opère avec l'histoire de la discipline puisque la matière n'a jamais pu se construire abstraction faite du contexte politique duquel elle est issue. Par conséquent, le droit international privé conçu sous l'empire de la Communauté puis de l'Union européenne ne peut se consacrer entièrement à ses objectifs propres dans la mesure où il doit garantir les buts recherchés à l'échelle régionale. De plus, si cela se traduit au sein de la réglementation positive des Etats membres, cela se traduit également au sein des règlements européens.

2) La traduction juridique de la libre circulation en droit international privé

456. La fusion des objectifs communautaires aux objectifs du droit international privé s'est concrétisée au travers du principe de reconnaissance mutuelle (a), lequel a été consacré par les instruments dérivés du droit communautaire (b).

a) *La libre circulation préservée par le principe de reconnaissance mutuelle*

457. Le principe de reconnaissance mutuelle en matière de libre circulation. La promotion de ces libertés communautaires a nécessairement un impact sur les rapports privés internationaux pour répondre à « la logique d'un marché sans entraves »⁷⁸⁸. Cela se traduit sur le terrain du principe de reconnaissance mutuelle. En effet, principalement au regard des relations privées internationales, « le processus d'intégration européenne va apparaître comme crédible (...) si des résultats rapides et tangibles sont accomplis dans des domaines tels que la reconnaissance et l'exécution des décisions »⁷⁸⁹. Ainsi, considérant que « la diversité des droits des Etats membres (est) un obstacle au fonctionnement du marché », l'Union européenne et le droit communautaire se prévalent du « principe de reconnaissance mutuelle consacré par la Cour de justice à propos de la libre circulation des marchandises (...) et étendu à d'autres matières relevant de la libre circulation des services (...) ou des personnes »⁷⁹⁰. En effet, si le principe de reconnaissance mutuelle « n'apparaît en réalité dans

⁷⁸⁷ J.-S. Bergé, « Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen », *JDI* n°4, oct. 2011, biblio. 18, spéc. p. 2.

⁷⁸⁸ A. Borràs, *op. cit.*, § 15.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, § 38.

⁷⁹⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 60.

le domaine du droit international privé communautaire qu'à partir du Traité d'Amsterdam en 1997 (...), ce principe constitue à présent la pierre angulaire (...) de l'espace européen de justice »⁷⁹¹. Il se traduit alors par « le besoin d'accepter les règles en vigueur dans un autre Etat membre, quel que soit le contenu de ces règles ».

458. Un outil au secours des entraves portées aux libertés de circulation. Le recours au principe de reconnaissance mutuelle, en droit international privé, consiste à en faire un outil de correction sur la base duquel seraient contrecarrées toutes les entraves aux libertés de circulation, lesquelles seraient menées par les activités des Etats membres dans le champ d'application du conflit de lois⁷⁹². Ainsi, le principe devient un correcteur aux règles de droit international privé qui constituent un obstacle à ce principe, et donc aux libertés de circulation. D'ailleurs, cette exception « s'est traduite dans différentes directives ainsi que dans la jurisprudence de la Cour de justice, toujours au nom du respect des libertés (...) »⁷⁹³. Ainsi, le droit international privé se doit bien de garantir les libertés de circulation. C'est pourquoi cet objectif de libre circulation et de reconnaissance mutuelle a été intégré dans les instruments dérivés du droit communautaire.

b) La libre circulation intégrée aux instruments dérivés du droit communautaire

459. La libre circulation des jugements insérée dans les règlements européens. Si le droit international privé doit se soustraire au principe de reconnaissance mutuelle, il le consacre également à l'échelle régionale grâce aux règlements européens. En effet, ces outils de l'Union européenne ont promu la libre circulation des jugements au travers de leur reconnaissance et de leur exécution pour en faire « une technique propre au droit international privé, bien qu'elle se trouve au service d'une finalité différente, l'intégration communautaire »⁷⁹⁴. En effet, chaque règlement européen, qu'il soit relatif au conflit de lois ou de juridictions, reprend dans son préambule, et dans des termes similaires, les objectifs de l'Union européenne et notamment celui « de maintenir et de développer un espace de liberté, de sécurité et de justice, entre autres en facilitant l'accès à la justice, notamment par le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires en matière

⁷⁹¹ A. Borràs, *op. cit.*, § 57.

⁷⁹² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 79.

⁷⁹³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 60.

⁷⁹⁴ A. Borràs, *op. cit.*, § 68.

civile »⁷⁹⁵. Par conséquent, l'objectif de libre circulation des jugements, en tant qu'objectif communautaire, notamment promu par l'espace liberté, sécurité et justice, est directement intégré dans le corps des règles du droit dérivé de l'Union. De surcroît, les règles de conflit de juridictions européennes, traitant directement de la thématique de circulation des jugements, mettent en œuvre cet objectif européen. Effectivement, chaque règlement européen, aujourd'hui, garantit la libre circulation des jugements en prônant d'une part un principe de reconnaissance de plein droit et en tendant d'autre part à alléger au maximum la procédure d'*exequatur* voire même à la supprimer. Ainsi, le droit international privé lui-même a intégré les politiques du droit communautaire.

460. Le droit international privé conditionné par les objectifs européens. En définitive, le droit international privé, qu'il soit de source nationale ou de source européenne, doit s'incliner face aux buts visés par la politique de l'Union européenne. Il pourra alors difficilement devenir une matière soustraite de toute orientation politique et détachée de la sphère publique. De plus, une telle intégration des objectifs communautaires contraint la discipline à se cantonner à un niveau européen. Une méthode universelle ne peut être proposée sur cette base, puisqu'elle empêche toute autre culture juridique, politique, ou économique d'y participer, celle-ci pouvant être en opposition avec l'identité de l'Union européenne. En tout état de cause, la politique de l'Union européenne conduit progressivement à l'instauration d'un standard européen.

B. LA CREATION D'UN STANDARD EUROPEEN APPLICABLE AU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

461. Au-delà des objectifs communautaires, l'Union européenne, en recourant à la technique du rapprochement des législations, a participé à la réalisation d'un standard européen (1). Celui-ci, originellement instrument, tend à devenir une finalité consubstantielle à ladite réalisation. En effet le standard européen se concrétise par l'uniformisation du droit européen et tend à devenir un droit unique tant en droit européen qu'en droit international privé (2).

⁷⁹⁵ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Bruxelles I bis*, considérant n°3.

1) La réalisation d'un standard européen par le rapprochement des législations

462. L'Union européenne, pour parvenir à la réalisation de ses objectifs communautaires a recouru à une technique particulière consistant à rapprocher les législations de ses Etats membres afin d'obtenir l'uniformisation de ses normes matérielles (a). Celle-ci constitue désormais l'instrument du standard européen applicable en toute matière et notamment en droit international privé (b).

a) *La réalisation d'un standard européen d'uniformisation du droit matériel européen*

463. Le rapprochement des législations nationales. Si l'Union européenne s'est fixée des objectifs à atteindre notamment économiques et politiques et tendant principalement à promouvoir la libre circulation, elle y est parvenue et y parvient par un moyen unique, le rapprochement des législations. En d'autres termes, l'uniformisation des normes juridiques européennes, notamment de droit matériel, constitue le moyen d'atteindre le standard européen vers lequel l'Union européenne se dirige.

464. L'élaboration d'un droit matériel unifié. En effet, depuis le traité de Rome de 1957, le rapprochement des législations des Etats membres constitue la technique par laquelle l'Union européenne cherche à atteindre ses objectifs communautaires et celle-ci est « largement utilisé par les directives pour éliminer les obstacles au fonctionnement du marché commun »⁷⁹⁶. Par conséquent, par le biais des directives européennes, l'Union européenne parvient à unifier son droit matériel. Néanmoins, l'Union européenne « est aussi intervenue indirectement pour discipliner les pratiques étatiques dans le champ du droit international privé en posant des standards, inspirés par des objectifs (...) variables »⁷⁹⁷. Ce standard, se traduisant par la réalisation d'objectifs propres au moyen de l'uniformisation des règles du droit international privé, devrait conduire à l'effectivité d'un droit unique en Europe.

b) *La combinaison du standard européen aux règles du droit international privé*

465. Vers la disparition du droit international privé national. En imposant un standard européen relatif à l'unification des règles du droit européen, et indirectement du droit international privé, « l'application des règles communautaires aux situations privées internationales exclut l'application du droit international privé de source nationale ainsi que les techniques propres à celui-ci »⁷⁹⁸. Finalement, en poursuivant ses objectifs

⁷⁹⁶ A. Borràs, *op. cit.*, § 57.

⁷⁹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 78.

⁷⁹⁸ A. Borràs, *op. cit.*, § 40.

communautaires, l'Union européenne tend indirectement, par la technique du rapprochement des législations, à supprimer petit à petit les règles nationales de droit international privé.

466. La promotion d'un droit unique en tant que standard européen. Véritablement, « le droit européen (...) s'est donné très tôt pour objectif de rapprocher les législations nationales, y compris le droit privé » avec « cette volonté de créer une communauté de lois » et de « faire converger les différents systèmes nationaux qui fondent une emprise du droit européen contemporain sur le droit privé »⁷⁹⁹. Finalement, lorsque le droit matériel de l'Union européenne, à raison du principe de primauté communautaire, se réclame d'une application uniforme par les Etats membres, il exige un rapprochement de leurs législations nationales. Ainsi, par le biais des directives, l'Union européenne promeut, en tant que standard européen, un droit unique. De plus, « le phénomène se prolonge et s'amplifie au niveau de l'impérativité internationale dont les Etats ont normalement la maîtrise par le truchement de leurs lois de police et leur ordre public » ; « or, au niveau des lois de police s'est instauré un contrôle de leur compatibilité au regard du droit de l'Union » et « symétriquement se développe (...) un usage de la technique des lois de police au bénéfice de règles impératives européennes »⁸⁰⁰. De même concernant l'ordre public, « il sert désormais moins à défendre ou promouvoir les intérêts et valeurs propres à chaque Etat que ceux qui se développent dans le cadre européen ». Finalement le standard européen organise indirectement, par la technique du rapprochement des législations, un droit matériel européen unique également applicable au droit privé. Or, cette technique du rapprochement des législations a également impacté les règles de conflit des règlements européens.

2) Le standard européen « unicité du droit » intégré au droit international privé européen positif

467. Le standard européen relatif à l'uniformisation du droit a su pénétrer les règles du droit international privé par le recours aux règlements européens (a) et constitue, consubstantiellement aux objectifs communautaires, une source indirecte du droit international privé (b).

a) La standardisation du droit international privé au regard des règlements européens

468. L'unification des règles de conflit européennes. « Le standard international privé n'est pas en tant que telle une norme juridique ; il constitue uniquement une norme

⁷⁹⁹ J.-S. Bergé, *op. cit.*, spéc. p. 2.

⁸⁰⁰ J.-M. Jacquet, *op. cit.*, spéc. p. 2.

technique » et « c'est par le truchement d'un acte juridique qu'il accède à la dignité normative »⁸⁰¹. Ainsi par la technique du rapprochement des législations, l'uniformisation du droit acquiert un certain degré d'effectivité par le recours aux règlements européens lesquels unifient les règles conflictuelles du droit international privé dans de nombreux domaines⁸⁰².

469. Un droit international privé *a priori* unifié sur le territoire européen. Si les règles de droit international privé de source européenne ne sont pas des règles matérielles, elles doivent tout de même être appliquées par les Etats membres. Ainsi, les Etats de l'Union européenne doivent appliquer de manière uniforme les règles du droit international privé conformément aux standards européens que cette Union prône. Finalement les objectifs de l'Union européenne et ses standards européens constituent bien une source du droit international privé, et donc du droit des conflits de lois.

b) *Le droit international privé indirectement conditionné par les objectifs et standards européens*

470. La politique européenne comme source indirecte du droit international privé. Si le droit européen constitue une source directe du droit international privé, les objectifs communautaires et les standards européens en constituent également une de manière indirecte. En effet, la volonté d'atteindre certains objectifs et d'établir des standards, en recourant à des techniques propres telles que la reconnaissance mutuelle ou le rapprochement des législations, a nécessairement un impact dans la construction du système de droit international privé à l'échelle européenne.

471. L'uniformisation du droit international privé cantonnée à l'échelle régionale. Le système régional européen se construit sous l'influence des objectifs économiques et politiques européens au moyen d'un standard européen, l'uniformisation du droit, lequel incite à atteindre l'unicité du droit. Ainsi, si le droit international privé est orienté par des objectifs publicistes puisque d'aspiration originellement économique et politique, il n'en demeure pas moins qu'il est également orienté par une considération qui lui est propre : l'unification du droit à l'échelle régionale. En effet, en recherchant à atteindre ses objectifs communautaires, l'Union européenne a mis en place un standard européen au moyen de diverses techniques juridiques qui la conduise à la finalité ultime du droit international privé : l'établissement d'un droit unique. Les aspirations politiques de l'Union européenne

⁸⁰¹ R. Bismuth et J.-M. Thouvenin, *La standardisation internationale privée : aspects juridiques : (colloque, Poitiers, vendredi 24 mai 2013)*, Larcier, 2014, § 4.39 et s.

⁸⁰² Cf. *supra* § 300 et s.

sembleraient compatibles avec l'objectif prôné par un droit international privé égalitaire prenant finalement en compte l'individu⁸⁰³. Cependant, cet objectif européen, bien que louable, ne pourra *a priori* s'étendre au-delà de l'Europe puisque les règles de droit international privé demeureront l'émanation d'une culture juridique européenne, laquelle ne pourra sans doute convenir à l'intégralité de la société internationale. Néanmoins, il ne faut pas négliger la portée d'une telle démarche qui atteste d'un universalisme potentiel. En tout état de cause, il semble qu'une amorce vers l'universalisation du droit international privé ait été initiée et puisse être espérée au travers des droits de l'Homme.

§ 2 – L'UNIVERSALISATION POTENTIELLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE AU TRAVERS D'UNE PROTECTION COMMUNE DES DROITS DE L'HOMME

472. La protection des libertés fondamentales constitue l'une des préoccupations les plus importantes de tout Etat de droit et, à ce titre, conduit les politiques de chaque Etat en tant que source indirecte de toute discipline juridique, et notamment du droit international privé. Cette source, bien qu'indirecte, est, en vérité, universelle, puisque la défense des droits de l'Homme est assurée tant au sein de l'Europe (A) qu'en dehors de celle-ci (B).

A. LA PROTECTION EFFECTIVE DES DROITS DE L'HOMME EN EUROPE

473. Les droits de l'Homme font aujourd'hui l'objet d'une protection particulière laquelle est notamment accrue au sein de l'Europe. C'est pourquoi ils sont reconnus et garantis de manière effective tant par l'Union européenne que par le Conseil de l'Europe (1). Sous l'influence de ce mouvement, le droit international privé s'est lui aussi engagé à en assurer une protection positive (2).

1) La consécration juridique des droits de l'Homme avérée en Europe

474. L'Europe est garante du respect des droits fondamentaux depuis la moitié du XXème siècle. Les libertés fondamentales sont garanties par l'Union européenne qui érige

⁸⁰³ Voir en ce sens : A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé : Cours général », *RCADI*, 2010, vol n°341, § 11 : « Le droit international privé européen est également marqué par certains des principes fondamentaux qui forment la substance essentielle et la structure de l'ordre juridique de l'union européenne. Ces principes, relevant du droit dit primaire, n'offrent pas, en général, de règles immédiatement applicables, mais ils peuvent produire un effet réflexe qui peut se concrétiser sous forme de solutions affectant la répartition du champ d'application des droits nationaux. il suffit d'évoquer, à ce stade, les libertés de circulation, le principe de non-discrimination et les droits attachés à la citoyenneté européenne, dont l'incidence sur les rapports de droit privé au sein de l'union européenne est certaine. Celle-ci n'est plus limitée par l'objectif initial de la création d'un marché commun, aujourd'hui appelé « marché intérieur », auquel s'ajoute une « finalité sociale ». La consécration d'un espace de liberté, de sécurité et de justice va bien au-delà de la seule intégration économique, encadrant très largement la mobilité croissante des citoyens de l'union européenne. L'individu est ainsi plus spécifiquement visé et sa position renforcée par les droits attachés à sa qualité de citoyen européen ».

leur respect comme l'un de ses objectifs (a). Pourtant, à l'origine, la défense des droits de l'Homme est apparue sous l'impulsion du Conseil de l'Europe (b).

a) *La promotion des libertés fondamentales assurée par le droit de l'Union*

475. La consécration des droits de l'Homme par le TUE. Le Traité sur l'Union européenne, en son article 2, prévoit que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que de respect des droits de l'Homme » et celles-ci « sont communes aux Etats membres ». Par conséquent, le traité par lequel l'Union européenne est consacrée fonde cette organisation sur des valeurs fondamentales qui sont celles des droits de l'Homme, et ceci avant même la promotion des objectifs politiques et économiques de l'Union prévus aux articles 3 et 4 du même traité.

476. La Charte des droits fondamentaux. De plus, pour asseoir les valeurs fondamentales qu'elles prônent, l'Union européenne, par référence à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, « reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (...) laquelle a la même valeur juridique que les traités ». Par conséquent, la Charte des droits fondamentaux, qui contient un corpus relatif aux droits de l'Homme acquiert un rang de droit primaire et s'impose à toutes les institutions. Ainsi, les droits de l'Homme acquièrent un rang supérieur au sein de l'Union européenne, pour figurer comme principes de l'Union européenne s'imposant à ses Etats membres.

477. L'adhésion à la Conv. EDH. De plus, l'article ajoute que l'Union « adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » et considère que « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne (...) et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». L'Union s'est donc dotée d'un arsenal conséquent relatif aux droits de l'Homme afin que ces derniers soient appliqués universellement au sein de la région européenne.

478. La violation des droits fondamentaux sanctionnée. De surcroît, en son article 7⁸⁰⁴, le Traité sur l'Union européenne prévoit un mécanisme de sanction d'un Etat membre en cas de violation d'un droit fondamental, sous l'impulsion d'un tiers des Etats membres, ou

⁸⁰⁴ Art. 7 du TUE : « Sur proposition motivée d'un tiers des Etats membres, du Parlement européen ou de la Commission européenne, le Conseil, statuant à la majorité des quatre cinquièmes de ses membres après approbation du Parlement européen, peut constater qu'il existe un risque clair de violation grave par un Etat membre des valeurs visées par l'article 2 ».

bien du Parlement européen, ou encore de la Commission européenne. Ainsi, l'Union s'est engagée à assurer l'effectivité des droits fondamentaux en mettant en place une sanction dans le cas où le respect de ces droits serait mis en péril par l'un des Etats membres.

479. La place fondamentale accordée aux droits de l'Homme dans l'Union européenne. Il en ressort que la place accordée aux droits de l'Homme par l'Union européenne est fondamentale et celle-ci s'impose à tous les Etats membres. Ces derniers devront donc se conformer aux libertés fondamentales, notamment au regard de leurs législations nationales sous peine de sanction. Il est donc supposé que le droit international privé se doit aussi d'être en conformité avec les droits de l'Homme garantis par l'Union européenne en tant que valeurs fondamentales. Cependant, à l'origine « le caractère économique de la construction communautaire avait conduit à ne reconnaître que des libertés de nature économique »⁸⁰⁵. Ainsi « les droits reconnus étaient liés aux objectifs généraux et aux compétences communautaires plus qu'à un souci de la protection des droits individuels »⁸⁰⁶. C'est pourquoi la promotion des libertés fondamentales est originellement due, au niveau européen, à une autre organisation internationale, le Conseil de l'Europe. Par conséquent, la protection des droits de l'Homme, plus qu'un objectif garanti par l'Union européenne, est une valeur fondamentale à laquelle aspire aujourd'hui toute l'Europe.

b) La défense des droits de l'Homme sous la large impulsion du Conseil de l'Europe

480. La Convention européenne des droits de l'Homme. Le 4 novembre 1950, à l'initiative du Conseil de l'Europe, ses Etats membres ont signé un nouveau traité international, la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, laquelle a pour objet d'assurer ces droits et libertés à tout individu. De plus, depuis 1959, le Conseil de l'Europe s'est doté d'une juridiction internationale, la CEDH, laquelle a notamment pour rôle d'assurer l'effectivité et le respect des droits individuels garantis par la Convention européenne de 1950.

481. La protection des droits de l'Homme sous l'impulsion du Conseil de l'Europe. La volonté de garantir les droits de l'Homme à une échelle européenne s'est donc développée avant l'Union européenne, grâce au Conseil de l'Europe. Par conséquent « le droit européen des droits de l'Homme, dont le texte phare – la Convention européenne des droits de

⁸⁰⁵ J. Rideau, « Introduction », in « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'Homme », *RCADI*, 1997, vol. n°265, p. 29 et s.

⁸⁰⁶ *Ibid.*

l'Homme du 4 novembre 1950 – a pendant longtemps bénéficié, dans ce domaine, d'un quasi-monopole en tant que corps de règles de droit positif dont le respect est garanti par l'ouverture de recours juridictionnels »⁸⁰⁷. Le Conseil de l'Europe a été le premier à se saisir de la question des droits de l'Homme, c'est pourquoi son influence « est nettement plus diffuse que celle de l'Union européenne »⁸⁰⁸. Ceci explique également que l'Union européenne se soit saisie par la suite, à raison de l'influence exercée par le Conseil de l'Europe, de la question des droits de l'Homme pour en garantir aussi le respect et l'application. Ainsi, l'Union européenne a adhéré à la Convention européenne⁸⁰⁹.

482. Vers une défense universelle des droits de l'Homme. En outre, en référence aux divers instruments européens dont se prévaut aussi bien l'Union européenne que le Conseil de l'Europe, il est indéniable que les droits de l'Homme font, à ce jour, l'objet d'un véritable arsenal juridique et qu'ils sont protégés et garantis à l'échelle européenne. De plus, grâce au jeu des juridictions européennes et notamment de la CEDH, « le champ d'application matériel de la Convention européenne des droits de l'Homme » subit « un élargissement manifeste »⁸¹⁰. Les droits de l'Homme sont donc consacrés à une échelle régionale et ont vocation à être étendus quant à leur condition matérielle. Ceci implique nécessairement une volonté d'ériger au premier rang un objectif de défense des libertés fondamentales. De plus, la protection des droits de l'Homme, étant assurée par l'Union européenne, mais aussi par le Conseil de l'Europe, lequel est composé de 47 Etats membres, fait état de la conviction de la région européenne à l'égard de la protection des droits fondamentaux. Cette partie du monde érige ces droits au rang de l'universel. C'est sur ce seul terrain des libertés fondamentales qu'apparaît alors l'idée d'universalité à laquelle pourrait tendre chaque Etat du monde entier, puisque plus que l'Union européenne, le Conseil de l'Europe participe à leur protection. La conséquence indirecte engendrée par cette protection accrue des droits de l'Homme en Europe s'illustre en droit international privé. En effet, les droits de l'Homme, étant fondamentaux, sont garantis par la discipline.

⁸⁰⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 80.

⁸⁰⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 62.

⁸⁰⁹ Art. 6.2 du TUE.

⁸¹⁰ J.-S. Bergé et S. Touzé, 2. « Au-delà du droit européen, le droit international de l'interprétation des traités », in « Au-delà du droit européen, le droit international (public et privé) », *JDI* n°3, juill. 2014, chron. 5, spéc. p. 10.

2) La protection des droits de l'Homme soutenue par le droit international privé

483. Les droits fondamentaux, bien que garantis au premier plan par le droit international public au sein de deux institutions européennes, sont également garantis en droit international privé. En effet, les principes fondamentaux sont d'une part intégrés dans les règles de conflit du droit international privé (a), et sont protégés d'autre part par le mécanisme de l'ordre public international (b).

a) *Les principes fondamentaux intégrés aux règles de conflit du droit international privé*

484. Le respect des droits fondamentaux par les Etats européens. « Une convention multinationale sur les droits fondamentaux peut être l'occasion pour les Etats de s'accorder sur certaines valeurs qui pour gagner le rang de l'effectivité, doivent être retranscrites à une échelle de proximité locale »⁸¹¹. Cette citation de Monsieur Lécuyer invite à considérer que les droits fondamentaux, ayant fait l'objet de traités internationaux à l'échelle européenne, doivent être retranscrits à l'échelle nationale au sein de chaque Etat membre. Toutefois, il a longtemps été considéré que le droit international privé n'avait pas besoin de se conformer aux droits fondamentaux dans la mesure où par nature il s'agissait d'un droit neutre et indirect⁸¹². Cette approche a été remise en cause à partir du XXème siècle au regard de l'essor des droits fondamentaux au sein de la société internationale en arguant notamment que « la valeur éminente des droits fondamentaux veut que ceux-ci règnent sans partage sur toutes les règles, y compris les règles de conflit de lois »⁸¹³.

⁸¹¹ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 101.

⁸¹² Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 237 : « La première incidence des droits fondamentaux sur le droit international privé concerne la nécessité pour les règles de conflits de lois d'être conformes à ceux-ci. Cette exigence ne s'est pas imposée sans hésitation. Parmi les caractères de la règle de conflit de lois figurent en bonne place, on l'a vu, son caractère indirect et sa neutralité. Son caractère indirect : ne résolvant pas directement la question de droit posée, la règle de conflit de lois se contente de désigner l'ordre juridique auquel la solution sera empruntée ; son caractère neutre : la règle de conflit de lois désigne la loi applicable en raison non de l'excellence ou de la simple supériorité de la solution qu'elle pose mais de l'étroitesse des liens que le rapport entretient avec un ordre juridique donné ; les lois en conflit sont tenues pour équivalentes sauf intervention de l'exception d'ordre public international. De ce caractère purement instrumental des règles de conflit de lois, on a longtemps déduit que leur compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux ne pouvaient faire l'objet d'aucun contrôle. Autrement dit, à la différence des autres règles de droit, les règles de conflit de lois échappaient totalement à l'emprise des droits fondamentaux ».

⁸¹³ *Ibid.*, § 239, lequel poursuit : « Ensuite, on souligne que la neutralité habituellement prêtée aux règles de conflit de lois est toute relative. Le droit international privé n'étant, selon une image chère à Bartin, que la projection du droit civil interne au plan international, la règle de conflit de lois est dans la dépendance directe de l'« esprit » des institutions du droit interne. C'est ainsi que la soumission des rapports de famille à la loi nationale du mari reflète une conception du droit selon laquelle la cohésion du groupe familial est assurée par l'attribution au mari de la qualité de chef de famille. Cette conception étant désormais contraire aux droits fondamentaux, il devrait en aller de même du résultat de sa projection au plan international ».

485. La préservation des droits fondamentaux par le droit international privé. En pratique, en droit international privé, les Etats membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe doivent nécessairement garantir les libertés fondamentales⁸¹⁴. De nos jours, cette protection est notamment assurée, dans l'Union européenne, par les règles de conflit du droit international privé prévues par les règlements européens, lesquels ont directement intégré certains principes fondamentaux issus des textes internationaux propres aux droits de l'Homme. « Les droits de l'Homme affleurent donc le droit international privé (...) comme principe à l'aune desquels les règles de droit international privé du for sont en permanence évaluables »⁸¹⁵. Le droit international privé, de source nationale ou européenne, doit donc nécessairement être régi en considération du respect des droits de l'Homme. Cependant, il peut également garantir certains de ces droits au travers de sa réglementation. La meilleure illustration est le droit au procès équitable lequel se traduit sous des formes diverses et variées au sein des règlements européens⁸¹⁶. En outre, si les droits fondamentaux ont fait leur apparition indirectement au sein des règles de conflit européennes, ils ont surtout intégré l'ordre public international de chaque Etat membre, leur assurant ainsi une réelle assise en droit international privé.

b) Les libertés fondamentales sauvegardées par l'ordre public international

486. Les droits de l'Homme intégrés à l'ordre public international de chaque ordre juridique. L'ordre public international est un mécanisme par lequel toute juridiction peut évincer une loi étrangère initialement applicable lorsque ses dispositions matérielles se heurtent aux valeurs et principes fondamentaux de l'ordre juridique du for. Par conséquent, il est des hypothèses où « le juge de l'un des Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (...) soit requis d'appliquer une norme étrangère contraire à l'un de ces droits ou libertés »⁸¹⁷. La question est donc de savoir si le juge de cet Etat membre va pouvoir utiliser le mécanisme de l'ordre public international afin d'évincer cette

⁸¹⁴ Voir en ce sens : P. Kinsch, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.*, § 12 : « Tous les droits de l'Homme qui peuvent avoir une incidence sur le droit privé sont susceptibles d'avoir leur importance en droit international privé (...) : le droit de se marier et de fonder une famille ; le droit à une vie familiale normale ; le droit au respect des biens ; le droit à la liberté d'opinion et à la liberté de presse, et ainsi de suite ».

⁸¹⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 80.

⁸¹⁶ Voir en ce sens l'art. 45 du règlement *Bruxelles I bis* : « la reconnaissance d'une décision est refusée dans le cas où la décision a été rendue par défaut, si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été notifié ou signifié au défendeur en temps utile et de telle manière qu'il puisse se défendre ».

⁸¹⁷ P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991, p. 651.

loi étrangère incompatible avec les droits et libertés fondamentales garantis par l'Union européenne et par le Conseil de l'Europe. La réponse est positive, puisque les droits et libertés fondamentales protégés par la région européenne doivent l'être également par les Etats membres qui la composent. Par conséquent, les droits de l'Homme sont aussi bien défendus par les juges européens que nationaux et intègrent donc nécessairement les principes fondamentaux de tout ordre juridique national relevant de l'Europe.

487. Un mécanisme moteur d'une application universelle des droits fondamentaux. Ainsi, « en évinçant la loi ou le jugement étranger, le juge d'un Etat partie accomplit deux choses : il défend son ordre public, qui intègre les droits de l'Homme, et il assure le respect, par l'Etat dont il est l'organe, de son engagement international »⁸¹⁸. Les droits de l'Homme « alimentent » donc « l'ordre public (international) » lequel fait « obstacle à la prise en compte des lois ou jugements étrangers qui y seraient contraires »⁸¹⁹. Ainsi, le droit international privé, au travers de l'un de ces mécanismes d'exception, assure l'application universelle de principes fondamentaux. Les décisions de juridictions nationales attestent de cette intégration des droits de l'Homme au sein de l'ordre public international du for. Une illustration peut en être donnée au regard de la répudiation, laquelle ne peut être reconnue par l'ordre juridique français considérant que cette institution est contraire au principe d'égalité entre époux prévu par le protocole additionnel numéro 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme⁸²⁰. Finalement, le droit international privé pourrait donc tendre vers une unification puisque l'universalité des droits de l'Homme garantie à l'échelle européenne en atteste. Ceci se confirme au regard des aspirations auxquelles tendent les Etats indépendamment de l'Europe.

B. LA DEFENSE COMMUNE DES DROITS DE L'HOMME AU-DELA DE L'EUROPE

488. La défense des droits de l'Homme reconnus à tout individu n'est pas une finalité propre à l'Europe issue des guerres mondiales. En réalité, cette aspiration fondamentale trouve son origine à l'échelle nationale, et notamment en France (1). Pour autant, elle s'est étendue en Europe, mais bien au-delà encore pour devenir un objectif universel (2).

⁸¹⁸ P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *op. cit.*, p. 651.

⁸¹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 80.

⁸²⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 23 oct. 2013, 12-25.802, *RTD civ.* 2014, p. 94, note J. Hauser.

1) L'aspiration fondamentale aux droits de l'Homme d'origine nationale

489. La protection des droits fondamentaux constitue un objectif commun aux Etats européens. Cependant, cet objectif est d'origine nationale en ce qu'il constitue un but primordial pour tout Etat de droit (a). C'est pourquoi il est aujourd'hui réalisé par tout système de droit international privé national (b).

a) *La protection des droits de l'Homme : l'objectif primordial de tout Etat de droit*

490. La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. « Les Représentants du Peuple Français, (...), ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs »⁸²¹. La déclaration des droits de l'Homme et du citoyen constitue le premier pilier du système sur lequel s'est fondé l'Etat de droit français, lequel reconnaît et garantit à chaque individu des droits fondamentaux. Elle « est une pièce essentielle de notre actuel « ordonnancement » juridique » et « la plupart des branches du droit peuvent s'y rattacher d'une façon ou d'une autre »⁸²². Par conséquent, cette déclaration a érigé au premier rang les droits de l'Homme contraignant toute discipline juridique à s'y conformer.

491. Un corpus juridique français spécifique aux droits de l'Homme. La DDHC n'a été que la première étape vers la réalisation d'un corpus juridique propre aux droits fondamentaux. En effet, par la suite, d'autres sources juridiques sont intervenues pour élargir le champ d'application matériel de ces droits. Ces derniers ont été complétés par les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ou encore par les principes politiques, économiques et sociaux nécessaires à notre temps, lesquels sont consacrés par le Préambule de la Constitution de 1946. De plus, aujourd'hui, la Constitution du 4 octobre 1958, dans son Préambule « proclame son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ».

492. La place primordiale reconnue aux droits de l'Homme par l'ordre juridique français. Sous l'impulsion de la Révolution française et des philosophes des Lumières, le système juridique français n'a cessé de promouvoir les droits de l'Homme tant au regard de

⁸²¹ Préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789.

⁸²² J.-M. Carbasse, *op. cit.*, § 153.

l'élargissement de leur contenu matériel que de leur protection juridique. En effet, les droits de l'Homme, aujourd'hui, partie intégrante de la Constitution française et plus précisément du bloc de constitutionnalité se situent au sommet de la hiérarchie des normes françaises. Cette place dominante suffit à considérer qu'il s'agit d'un objectif primordial de l'Etat de droit français, auquel il ne peut être dérogé. C'est pourquoi il s'impose à toute discipline juridique.

493. Un objectif propre à tout Etat de droit. De surcroît, cela signifie bien que si les droits de l'Homme constituent un objectif de l'Etat de droit, il constitue l'objectif de tout Etat de droit. En effet, la défense des droits de l'Homme à l'échelle européenne est issue d'une volonté commune de chaque Etat membre de protéger les droits fondamentaux reconnus à tout individu, chaque Etat pouvant être considéré comme un Etat de droit. Ceci est confirmé par la formule employée à l'article 6 du TUE laquelle prévoit que « les droits fondamentaux, (...) tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Ce sont donc les traditions constitutionnelles communes des Etats membres, lesquelles se réfèrent aux libertés fondamentales, qui ont permis la construction d'un arsenal juridique à l'échelle régionale. C'est pourquoi elles sont aujourd'hui intégrées au sein de l'Union européenne également. Ainsi, tout Etat de droit aspire au même objectif, à savoir le respect et la garantie des droits de l'Homme. Une universalisation du droit serait donc envisageable, puisqu'elle l'est déjà à l'échelle européenne. Par ailleurs, les droits fondamentaux étant originellement défendus au niveau national, ont été garantis par le droit international privé national en premier lieu.

b) La protection des droits de l'Homme assurée par tout droit international privé interne

494. Les droits de l'Homme défendus par l'ordre public international. « La doctrine et la jurisprudence modernes s'accordent à définir l'ordre public comme un correctif exceptionnel permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible par le tribunal saisi »⁸²³. La question est donc de savoir au regard de quels principes ou de quelles dispositions une loi étrangère peut paraître inadmissible. La réponse est tournée vers les droits fondamentaux. En effet, la Cour de cassation, dans l'arrêt *Lautour* de 1948, a établi que l'ordre public international français était composé des « principes de justice universelle

⁸²³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 381.

considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »⁸²⁴. Sur la base de cette définition établie par la Cour de cassation, l'ordre public international français est bien constitué par les droits de l'Homme garantis par la Constitution française puisqu'ils sont considérés dans l'opinion française comme doués de valeur universelle.

495. Les droits de l'Homme garantis par chaque ordre juridique. Les droits de l'Homme étant garantis par le droit international privé français au regard du contenu de son ordre public international, il est loisible de penser qu'une telle protection est assurée également par les autres Etats de droit, membres de l'Union européenne notamment. En effet, chaque Etat de droit fait nécessairement des droits de l'Homme des principes à valeur universelle composant leur ordre public international respectif. Ainsi, un pan du droit international privé a pu faire l'objet d'une universalisation ou du moins d'une universalisation à l'échelle régionale européenne. Néanmoins, il ne convenait pas d'être un pays européen pour parvenir à cette universalisation, il suffit d'être un Etat de droit dont l'objectif inhérent est celui d'un respect universel des droits de l'Homme. C'est pourquoi cette aspiration, originellement nationale, puis devenue européenne, s'étend en réalité bien au-delà.

2) L'aspiration contemporaine universelle aux droits de l'Homme

496. Les droits de l'Homme sont des droits universels en ce qu'ils sont reconnus à tout individu, mais aussi en ce qu'ils font l'objet d'une conscience commune qui s'étend bien au-delà de l'Europe (a). C'est pourquoi il est possible d'espérer que le droit international privé débute son universalisation sur la base de ces libertés fondamentales (b).

a) *L'objectif universel de défense des droits de l'Homme au-delà de l'Europe*

497. La conscience mondiale de défense des droits de l'Homme. Si l'Etat français est aujourd'hui considéré comme le pays des droits de l'Homme, il serait faux de considérer qu'il est l'unique défenseur de ces droits. En effet, tant les Etats européens que le reste du monde s'investissent dans la poursuite de cet objectif. D'autres régions du monde sont concernées par la protection des droits de l'Homme, notamment l'Amérique et l'Afrique, lesquelles se sont dotées de Cours spécifiques à la discipline, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme issue de l'Organisation des Etats américains et la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples créée en vertu de l'article 1 du Protocole de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. Par conséquent, une conscience mondiale sur le plan des

⁸²⁴ Cass., Civ., 25 mars 1948, *Lautour*, *RCDIP* 1949, p. 89, note Batiffol ; *Dalloz* 1948, p. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1949, 1, p. 21, note Niboyet ; *JCP* 1948, II, p. 4532, note Vasseur ; *GAJFDIP*, n°19.

droits de l'Homme tend à s'imposer même si elle demeure absente dans certaines régions du monde⁸²⁵, notamment en Asie⁸²⁶.

498. La déclaration universelle des droits de l'Homme. De surcroît, sous l'impulsion des Nations unies, a été signée, le 10 décembre 1948, la déclaration universelle des droits de l'Homme afin de promouvoir les libertés fondamentales sur la scène internationale. « L'originalité de la Déclaration (...) réside dans une tendance manifeste – qui transparaît au hasard des différents articles – à établir un compromis entre les thèses de l'Est et les thèses de l'Ouest ».⁸²⁷ Par conséquent, des principes universels applicables à tous les Etats du monde entier peuvent faire l'objet d'une réglementation internationale, et non seulement nationale ou européenne.

499. Les prémices d'une universalisation. Finalement, les droits de l'Homme constituent bien le seul objectif, actuellement, auquel tout Etat de droit accepte de se conformer. Une universalisation pourrait donc être envisagée à l'aune des droits fondamentaux⁸²⁸, lesquels constituent indirectement une source du droit international privé.

b) Le regain d'espoir de l'universalisation du droit des conflits de lois

500. L'universalisation du droit des conflits de lois autour de l'égalité de traitement. Au regard de l'importance accordée aux droits fondamentaux dans l'espace international et indirectement dans toutes les disciplines du droit, il pourrait être considéré qu'une universalisation du droit international privé et spécialement du droit des conflits de lois soit envisageable. En effet, partant de l'idée que les droits de l'Homme constituent une source indirecte du droit international privé, celle-ci se développe au sein de tous les systèmes

⁸²⁵ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 225, reprenant notamment les propos de A. Supiot : « L'homme des droits de l'homme est un individu abstrait, composé de raison et de liberté, que, depuis la Renaissance, la société occidentale a progressivement mis au centre de l'univers, en considérant qu'il est à lui-même sa propre fin. Or une telle vision de l'homme est tout à fait étrangère à de grandes civilisations qui valorisent au contraire l'effacement de la volonté individuelle et où l'homme continue à se percevoir « comme la partie d'un tout, qui ... le dépasse, qui l'a précédé et qui lui survivra » ».

⁸²⁶ *Ibid.* : « En Asie, où la pensée juridique relative aux droits de l'homme présente certaines singularités, il n'existe pas de conventions régionales sur les droits de l'homme, si ce n'est une convention signée en 2012 à Phnom Penh dans le cadre de l'association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) qui n'a pas de valeur contraignante et qui a été critiquée par les organes de l'ONU en raison des exceptions qu'elle apporte à la liste traditionnelle des droits de l'homme ».

⁸²⁷ J. Robert et J. Duffar, *op. cit.*, § 78.

⁸²⁸ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 225 : « Au premier abord, l'essor des droits fondamentaux apparaît très prometteur à ceux qui appellent de leurs vœux un développement toujours plus intense des relations privées internationales. Ces droits étant définis en considération de « l'homme en soi », abstraction faite des particularités que lui imprime chaque société nationale, leur prise en compte ne peut sembler-t-il qu'aider à percer les compartimentages étatiques. Ils constitueraient une sorte de droit commun de l'humanité susceptible de traduire l'« unité au sein de laquelle existent les règles de droit comme parties constitutives du droit positif » à laquelle fait référence Savigny et plus généralement de fournir un socle institutionnel à la mondialisation ».

de droit international privé existants à l'heure actuelle. C'est pourquoi le droit international privé et spécialement le droit des conflits de lois pourrait tendre à l'universalisme au-delà de l'Europe et de son standard européen. Néanmoins, les droits fondamentaux ne constituent qu'un objectif universel auquel les Etats qui composent la société internationale tendent. En aucun cas, ces droits ne peuvent permettre la construction d'un système un et entier en droit des conflits de lois. Toutefois, ils exercent, malgré tout une véritable influence sur la discipline, notamment au travers du mécanisme de l'ordre public international⁸²⁹. Il serait alors possible de considérer que la discipline, si elle promeut l'effectivité des droits de l'Homme, s'attelle à garantir une véritable effectivité de l'égalité de traitement, laquelle constitue un droit de l'homme défendu de manière universelle. Ainsi, l'égalité de traitement pourrait constituer le point de convergence auquel chaque Etat de droit aspire en tant qu'objectif fondamental. En tout état de cause, si les Etats veulent respecter l'égalité de traitement à laquelle peut prétendre chaque sujet de droit, ils doivent déterminer un système de droit des conflits de lois commun, par lequel chaque sujet de droit verrait sa situation internationale traitée de manière identique. Autrement dit, le standard européen, unification du droit, pourrait implicitement dépasser la sphère régionale au travers de la promotion du principe d'égalité. Or, pour cela il convient, d'une part de mettre un terme à la fragmentation juridique des sources, et conséquemment d'autre part, d'organiser un système juridique neutre auquel tout Etat pourrait adhérer sans remettre en cause ses considérations identitaires.

501. Une universalisation sous l'impulsion de la doctrine. Finalement, après avoir pu établir que le droit international privé dans son ensemble était épargné de toute neutralité dans la construction de son système et de ses règles de conflit, il serait judicieux d'établir une doctrine propre au droit des conflits de lois conforme à la nature et à la fonction de la discipline et dont l'objectif serait la réalisation du principe d'égalité sous forme d'égalité de traitement des situations internationales. En effet, seule la doctrine peut parvenir à proposer un système unique et global mettant un terme à une fragmentation des règles de conflit de lois. De cette façon, en établissant un système neutre, tout Etat pourrait y adhérer, et chaque sujet de droit serait traité de manière identique, afin que soit respectée l'égalité de traitement.

⁸²⁹ Cf. *infra* § 1746 et 1747.

CONCLUSION DU CHAPITRE II :

502. La fragmentation des sources du droit incompatibles avec l'égalité de traitement. Le droit international privé et spécifiquement le droit des conflits de lois constitue une matière riche et complexe au regard de ses sources, lesquelles ont alimenté sa diversité. Actuellement, bien que la discipline soit régie en droit positif par le législateur et la jurisprudence, elle demeure fractionnée à plusieurs échelles notamment nationale et régionale. Il conviendrait donc de réduire au maximum ce droit fragmentaire puisqu'il tend à une certaine inégalité de traitement⁸³⁰. Néanmoins, la difficulté tient au fait que tous les Etats de la communauté internationale n'ont pas une identité juridique et culturelle similaire. C'est pourquoi il est difficile d'élaborer un système juridique commun dans la mesure où les exemples actuels sont politisés autour de considérations identitaires et communautaires.

503. La réalisation d'un système commun neutre et égalitaire sous l'impulsion de la doctrine. Cependant, la doctrine pourrait constituer une source commune du droit des conflits de lois sur la base de laquelle se fonderait le droit positif de demain. Il s'agit de l'unique source capable de réaliser une uniformisation internationale de la discipline dans la mesure où elle peut se défaire des sources positives réglementant déjà la discipline et proposer un système commun neutre, c'est-à-dire vide de toute politique et simplement conforme à la nature et à la fonction du droit des conflits de lois. De plus, pour y parvenir et emporter l'adhésion de tout Etat de droit, elle devrait partir du postulat commun relatif à l'égalité de traitement que chaque Etat s'efforce de réaliser. Effectivement, ce principe, étant classé parmi les droits de l'Homme, dont la vocation est universelle, devrait constituer l'objectif commun des Etats même en droit international privé, et conséquemment en droit des conflits de lois. Il convient alors de déterminer quel système de droits des conflits de lois pourrait garantir tant la neutralité que l'égalité de traitement.

⁸³⁰ Voir en ce sens : B. Dutoit et F. Majoros, « Le laci des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *RCDIP* 1984, p. 565, à propos des difficultés rencontrées par les tribunaux en raison de la multiplicité des sources : « ils risquent d'ignorer l'existence même de textes conventionnels devenus si nombreux ».

CONCLUSION DU TITRE I :

504. Une discipline à multiples fondements juridiques. L'étude des origines et des sources du droit international privé et essentiellement du droit des conflits de lois conduit indéniablement à admettre que cette discipline fait l'objet d'une multitude de fondements juridiques. Cependant, si la multiplicité peut s'avérer être facteur de richesse, elle provoque également des conséquences négatives à l'égard d'un système applicable à la communauté internationale.

505. Une discipline exempte de neutralité. Au regard des origines sur lesquelles s'est construite la discipline, il apparaît que cette dernière a été l'objet de nombreuses considérations tant publicistes que privatistes. En d'autres termes, la matière s'est fondée à l'aune de différentes doctrines, lesquelles répondaient de politiques étatiques propres à chaque Etat. Malgré certains efforts de la doctrine pour parvenir à penser le droit des conflits de lois conformément à sa nature et à sa fonction, cette discipline n'a pas réussi à s'extraire de toutes ces considérations orientées par la culture, la politique, l'histoire, l'identité des Etats. Par conséquent, les résultats éconduits par les règles de conflit, encore aujourd'hui, ne répondent pas à un traitement neutre des situations internationales. Or, de ce défaut de neutralité découle une rupture d'égalité.

506. Une discipline facteur d'inégalité. Si le droit des conflits de lois ne respecte pas la neutralité du système, alors il ne peut respecter l'égalité de traitement qui en découle. En effet, dès lors que le système est construit au regard de résultats substantiels conformes à la culture juridique et politique d'une communauté de droit, il ne peut emporter l'adhésion de tous les Etats composant la société internationale. C'est pourquoi l'étude des sources du droit international privé invite à constater que la discipline fait l'objet d'une véritable fragmentation juridique, laquelle empêche la réalisation d'un traitement commun et égalitaire des sujets de droit. Cette fragmentation n'est que la conséquence du défaut de neutralité de la discipline issue d'une politisation matérielle régionale de celle-ci.

507. Une discipline à revisiter intégralement sous la plume de la doctrine. En tout état de cause, afin de garantir un système de droit des conflits de lois égalitaire, celui-ci doit être commun. En effet, pour reprendre les propos du Professeur Muir-Watt, « c'est naturellement à travers le droit international privé, l'unique lieu du droit où la diversité culturelle est admise à sortir de l'état de non-droit par le biais de la loi applicable (dès lors du

moins que la collision culturelle dépasse les frontières de la société interne), que le modèle de l'« entre-deux » peut trouver son expression méthodologique »⁸³¹. Or, pour que cette expression ou plus précisément ce système soit commun, il doit nécessairement être neutre afin que chaque Etat puisse y adhérer sans remettre en cause son identité culturelle, politique et juridique. La seule manière de parvenir à ce résultat consiste donc à faire table rase du passé et à élaborer une nouvelle doctrine qui pourrait emporter l'assentiment de chaque Etat. Pour s'en convaincre, il ne faut pas oublier que chaque Etat de droit tend à garantir à ses sujets de droit le principe d'égalité en tant que droit de l'Homme. Par conséquent, il serait possible d'espérer, en établissant un système neutre et dont l'objectif serait de répondre à l'égalité de traitement, que tout Etat s'y soumette. Néanmoins, il faut pour cela, déterminer quel système, et plus précisément quelle méthode pourrait permettre de répondre à la fois de la neutralité de la justice conflictuelle et de l'égalité de traitement qui en découle.

⁸³¹ H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé, *op. cit.*, § 322.

TITRE II : L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES SUBORDONNE A LA METHODE CONFLICTUELLE BILATERALE OBJECTIVE A RATTACHEMENT UNIQUE

508. La recherche d'une méthode neutre et égalitaire. Appréhender le droit des conflits de lois sous l'angle de l'égalité de traitement des situations internationales implique de rechercher une méthode qui soit avant tout neutre afin de permettre d'emporter l'assentiment de n'importe quel Etat et de prétendre à l'universalité. C'est pourquoi après avoir constaté que les règles de droit positives sont fortement influencées par des considérations subjectives issues de l'histoire respective de chaque Etat, et sont relativement morcelées, il convient d'étudier les différentes méthodes auxquelles peut se soustraire la discipline.

509. La préférence pour la méthode conflictuelle objective bilatérale. Afin de respecter la directive selon laquelle le droit des conflits de lois doit traiter tout sujet de droit de manière équivalente, il est nécessaire de rechercher une méthode d'une part, neutre, et d'autre part, égalitaire. Or, parmi les méthodes effectives en droit des conflits de lois, seule la méthode conflictuelle objective et bilatérale est susceptible de garantir la neutralité et l'égalité de traitement. C'est pourquoi il convient absolument d'adhérer à cette méthode au regard des autres qui peuvent être proposées (chapitre I).

510. La structuration de la méthode choisie au regard du rattachement des liens les plus étroits. Néanmoins, si cette méthode prime par rapport aux autres au regard de l'égalité de traitement qu'elle préconise, il faut également, d'après sa construction personnelle, qu'elle parvienne à assurer le même résultat. En effet, il est intéressant de se pencher sur la structure relativement complexe de la méthode conflictuelle bilatérale dans la mesure où celle-ci possède des caractères et une structure propres. Or, malgré sa constitution particulière, il semble que se dégage de cette méthode bilatérale, l'amorce d'une construction scientifique et neutre, garante de toute égalité de traitement, lorsqu'est choisi de recourir au rattachement des liens les plus étroits (chapitre II).

CHAPITRE I : LA RECHERCHE D'UNE METHODE EGALITAIRE ETROITEMENT LIEE AUX REGLES DE CONFLIT OBJECTIVES BILATERALES

511. L'étude des méthodes. Après avoir reconnu que tout système de droit des conflits de lois, pour traiter de manière égalitaire toute situation juridique internationale, doit être exempt de considérations identitaires propres à chaque Etat, il convient de déterminer quelle méthode semble garantir cet objectif d'égalité de traitement, et implicitement de neutralité, parmi celles déjà existantes.

512. La préférence accordée à une méthode conflictuelle objective. Au regard des règles de droit mises en place, il apparaît que plusieurs méthodes peuvent s'en dégager notamment au regard de la construction des règles et de leur but respectif. Cependant, l'étude de ces diverses méthodes invite à accorder une préférence pour la méthode conflictuelle objective celle-ci étant la plus adaptée aux objectifs du droit des conflits notamment en termes de neutralité et d'égalité de traitement (section 1).

513. Le choix d'une méthode bilatérale. En outre, bien que la méthode conflictuelle objective soit la plus adaptée, elle peut se décliner sous différentes formes, à savoir l'unilatéralisme et le bilatéralisme⁸³². Or, seule la méthode bilatérale peut être retenue puisqu'elle assure neutralité et égalité de traitement contrairement à la méthode unilatérale (section 2).

SECTION 1 : LA METHODE CONFLICTUELLE OBJECTIVE ADAPTEE AUX OBJECTIFS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

514. Le droit des conflits de lois se traduit sur le plan juridique sous différentes formes. Premièrement, la discipline peut opter pour deux types de méthode en termes de structure. Il peut s'agir autant de règles matérielles que de règles conflictuelles. En droit positif, ces deux méthodes ont été retenues. Néanmoins, si celles-ci doivent être combinées, il convient de donner la préférence à la méthode conflictuelle conformément à l'objectif d'unification du droit des conflits de lois (sous-section 1).

⁸³² Voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 346 : « L'histoire méthodologique du droit international privé est celle d'un remarquable chassé-croisé, dans le temps et dans l'espace, entre les deux démarches dont Savigny a formalisé l'opposition au XIX^{ème} siècle. La première invite en effet à partir de la loi elle-même pour définir, en fonction de ses propres finalités ou visées politiques, son champ dans l'espace, tandis que la seconde prend pour point de départ la situation ou la question litigieuse pour découvrir ensuite, compte tenu des liens qu'elle comporte avec différents ressorts législatifs eu égard à l'ensemble des intérêts en jeu, la loi qui semble pouvoir la régir de la façon la plus appropriée ».

515. Deuxièmement, lorsque l'on décline la méthode conflictuelle, celle-ci peut également prendre deux formes. Elle peut adopter deux types d'approches l'une objective, l'autre subjective. Si, une fois de plus, ces deux déclinaisons de la méthode conflictuelle sont consacrées en droit positif et qu'elles doivent être coordonnées, il est favorable de préconiser une approche objectiviste à laquelle serait intégrée l'approche subjectiviste afin de préserver un traitement égalitaire des situations juridiques (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA PREFERENCE ACCORDEE A LA METHODE CONFLICTUELLE CONFORMEMENT A L'OBJECTIF D'UNIFICATION DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

516. La discipline du droit des conflits de lois connaît aujourd'hui deux méthodes principales⁸³³. D'une part existe la méthode qualifiée de matérielle, laquelle consiste à déterminer la solution au fond, directement applicable au litige. Cependant, principalement au regard des défauts qu'elle présente, cette méthode se voit reconnaître inévitablement une place restreinte au sein du système de droit des conflits de lois (§ 1). D'autre part est utilisée la méthode dite conflictuelle, laquelle consiste à désigner la loi applicable, c'est-à-dire une loi interne, à la situation. En raison des réels avantages que présente cette méthode, notamment en termes d'égalité et d'harmonisation, mais aussi de la souplesse dont elle fait état, elle domine sur la scène internationale au détriment de la méthode matérielle (§ 2).

§ 1 - LA PLACE RESTREINTE DES REGLES MATERIELLES EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS

517. La méthode matérielle, tant utilisée par le législateur interne que le législateur international, ne présente qu'une place restreinte dans le système de droit des conflits de lois. Théoriquement, il est considéré, en principe, que les règles matérielles sont dotées d'une valeur supérieure à celles des règles conflictuelles (A). Néanmoins, pratiquement, ces règles substantielles présentent divers inconvénients tels qu'ils conduisent à réduire conséquemment leur valeur à l'égard des règles conflictuelles (B).

⁸³³ Voir notamment en ce sens : F. Rigaux, « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *RCDIP* 1985, p. 3 : « Pour rudimentaire qu'elle soit, la distinction la plus fondamentale qu'on puisse proposer en droit international privé est celle qui sépare la règle de conflit de lois de la règle de droit matériel. Alors que celle-ci énonce en termes généraux la conséquence juridique qui s'attache à l'hypothèse légale, celle-là désigne l'ordre juridique national auquel doit être empruntée la solution applicable à une situation privée internationale. Pareil contraste est loin d'épuiser la complexité méthodologique du droit international privé ».

A. LA SUPERIORITE DE PRINCIPE DES REGLES MATERIELLES A L'EGARD DES REGLES CONFLICTUELLES

518. Par principe, il est admis que les règles matérielles possèdent une valeur supérieure à l'égard des règles conflictuelles (1). Pourtant, les règles matérielles attestent plutôt, concrètement, d'un rang inférieur (2).

1) La supériorité théorique des règles matérielles

519. La méthode matérielle, à raison de sa fonction substantielle, est classée *a priori* au premier rang, notamment par rapport à la méthode conflictuelle. Effectivement, les règles matérielles ont vocation à primer dans l'application des règles de droit international privé (a) et participent nécessairement à garantir un traitement identique du sujet de droit (b).

a) La primauté d'application des règles matérielles

520. La primauté des règles matérielles. Les règles matérielles, tant les conventions internationales d'uniformisation du droit substantiel que les lois de police, ont vocation à primer sur toute autre règle de droit international privé. Plus précisément, c'est en raison de la règle d'applicabilité qui est assortie à ces règles matérielles que leur est octroyée une primauté en termes d'applicabilité sur la règle de conflit ⁸³⁴. En effet, il est considéré « traditionnellement que leurs règles d'application dans l'espace remplacent les règles de conflit de lois »⁸³⁵. Par conséquent, dès lors qu'une règle matérielle a vocation à s'appliquer à une situation juridique internationale, elle prime. Les règles de conflit de lois susceptibles de s'appliquer à cette situation juridique internationale n'auront vocation à jouer que dans l'hypothèse où la règle matérielle elle-même n'aurait pas ce titre en raison du défaut de l'une de ses conditions d'applicabilité.

521. L'autorité supérieure des règles matérielles. La méthode matérielle se voit donc reconnaître une autorité supérieure à celle de la méthode conflictuelle en termes

⁸³⁴ Voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 210 et 212, laquelle précise que « les règles matérielles de droit international privé prétendent saisir des situations juridiques internationales, normalement soumises à la méthode conflictuelle » parce que « certains Etats, dont la France, semblent considérer que l'existence – dans leur ordre juridique – de règles substantielles particulièrement adaptées aux situations internationales justifie que le juge du for en fasse une application directe aux situations internationales dont il est saisi, sans détour par la règle de conflit ».

⁸³⁵ S. Corneloup, « L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois », *JDI* n°1, janv. 2012, biblio. 4.

d'applicabilité⁸³⁶. Ceci semble justifié dans la mesure où la méthode matérielle règle directement la situation litigieuse au fond permettant ainsi une égalité de traitement du sujet de droit.

b) *Le traitement identique des sujets de droit issu du recours aux règles matérielles*

522. Une méthode d'unification du droit. La méthode matérielle s'entend de « règles régissant directement le fond du droit »⁸³⁷. Par conséquent, en droit des conflits de lois, une telle méthode permet d'appliquer à tout sujet de droit les mêmes règles dans une situation litigieuse identique. Elle participe donc à traiter tout sujet de droit de la même façon conformément à l'objectif d'égalité de traitement. Pour parvenir à ce résultat, la méthode matérielle doit s'entendre comme celle qui prône l'unification du droit. En effet, « les règles matérielles n'acquièrent leur pleine valeur sur le plan international que si elles concourent efficacement à l'unification du droit »⁸³⁸.

523. Une méthode propice à l'égalité de traitement. Employée comme source internationale, il s'agit de la méthode la plus performante pour conduire à une égalité de traitement puisque, d'une part, elle prime sur la méthode conflictuelle, et d'autre part, elle emporte unification du droit des conflits de lois. Ainsi, tout sujet de droit se verra légitimement appliquer une solution au fond laquelle sera identique dans une situation similaire malgré des éléments d'extranéité différents. Cependant, cette méthode ne constitue qu'un idéal à atteindre. En effet, la pratique atteste de l'infériorité des règles matérielles par rapport aux règles conflictuelles. L'utilisation de la méthode matérielle relève donc de l'utopie.

2) **L'infériorité pratique des règles matérielles**

524. Si la méthode matérielle semble la plus à même de garantir l'égalité entre les sujets de droit, la pratique atteste du contraire. En effet, d'une part, les règles matérielles sont peu nombreuses (a) et d'autre part, elles se cantonnent uniquement aux matières pratiques (b).

⁸³⁶ Voir en ce sens : O. Cachard, *op. cit.*, § 347 : « La principale caractéristique des règles matérielles de droit international privé est qu'elles peuvent être appliquées directement par la juridiction saisie d'un différend présentant un élément d'extranéité » ; « En effet, les conventions, comme la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise, définissent explicitement leurs propres critères d'application, *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione loci*. En vérifiant ces différents critères posés par la convention, il est possible de déclencher son application sans passer par la règle de conflit de lois, même si, en l'occurrence, la Convention de Vienne se veut également applicable quand la loi d'un Etat partie est désignée par la règle de conflit ».

⁸³⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 96.

⁸³⁸ *Ibid.*

a) *La proportion infime de règles matérielles en droit positif*

525. Une méthode subordonnée à l'intervention d'un législateur international.

Les Professeurs Mayer et Heuzé affirmaient à propos des règles matérielles que « l'élaboration et l'application de ces règles ne présentent pas de particularité notable par rapport à celles des règles substantielles de droit commun »⁸³⁹. Toutefois, ces règles matérielles propres au droit des conflits de lois se distinguent des lois de police nationales dans la mesure où elles ne constituent pas des normes matérielles impératives en raison d'une règle d'applicabilité spéciale. En tout état de cause, ces règles matérielles émanent d'un législateur pour établir des règles de fond, comme le législateur national. Cependant, pour que ladite méthode participe à une politique d'unification, il convient que ses règles soient érigées à l'international c'est-à-dire par un législateur international.

526. Le succès restreint de la méthode matérielle. En l'absence de législateur international effectif⁸⁴⁰, il est constaté que la méthode matérielle a connu un succès relatif. Par conséquent, peu de textes internationaux issus de conventions internationales établissent des règles régissant directement au fond des situations litigieuses privées. En effet, à ce jour, les règles matérielles internationales sont numériquement inférieures par rapport aux règles de conflit de lois. Si les conventions internationales s'y rangent et principalement la Convention des Nations-Unis sur la vente internationale de marchandises⁸⁴¹, certaines règles émanent également du « droit spontané » contenant le droit corporatif, les usages ou encore les contrats types⁸⁴². En réalité, les autres règles considérées comme matérielles sont des lois de police, lesquelles sont de source législative ou jurisprudentielle, mais demeurent nationales. En effet, « un certain nombre d'arrêts ont posé des règles matérielles de droit international »⁸⁴³. Ces règles étant de source interne ne participent pas à l'unification du droit des conflits de lois et favorisent au contraire son individualisation. Par conséquent, les règles matérielles internationales étant très infimes, notamment en comparaison aux règles conflictuelles, semblent peu favorables à un système harmonieux et égalitaire. Le cantonnement de ces règles à certaines matières le confirme.

⁸³⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 136.

⁸⁴⁰ Cf. *supra* § 330 et s.

⁸⁴¹ Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980, *Vienne*.

⁸⁴² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 104.

⁸⁴³ *Ibid.*, § 100.

b) *Le cantonnement des règles matérielles aux matières pratiques*

527. Des règles matérielles commerciales. Outre que les règles matérielles demeurent assez minces à l'heure actuelle, elles se cantonnent également à un domaine restreint et pratique, à savoir le commerce international. En effet, les conventions internationales « concernent presque exclusivement des matières relatives au commerce international, qu'il s'agisse des conventions sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels, de celles relatives au droit maritime, à la propriété industrielle ou aux effets de commerce »⁸⁴⁴.

528. Une méthode limitée aux affaires internationales. La méthode matérielle ne s'applique donc qu'aux matières pratiques touchant aux affaires internationales. En effet, de manière générale, le droit des Etats de la communauté internationale est sensiblement proche afin de faciliter les échanges commerciaux internationaux. C'est pourquoi il a été susceptible d'harmonisation dans cette matière. Néanmoins, cela n'est pas la seule raison. Aujourd'hui, les conventions internationales tendant à l'élaboration d'un droit privé uniforme émanent principalement de deux institutions, la CNUDCI et l'Unidroit, lesquelles ont pour mission la création d'un droit uniforme, notamment en commerce international. Ceci justifie l'élaboration plus importante de règles matérielles en droit commercial. Par conséquent, les autres matières, principalement toutes celles qui sont exclues du droit des affaires ou du droit commercial ne font que rarement l'objet d'une réglementation internationale de fond.

529. La portée limitée de la méthode en termes d'égalité. Au regard de la maigre proportion des règles matérielles internationales et de leur cantonnement au commerce international, la méthode substantielle est insusceptible de satisfaire aux exigences égalitaristes du droit des conflits de lois. En effet, il semble que si, théoriquement, la méthode répond à ces exigences, elle ne peut y parvenir en pratique, notamment en raison de son utopique universalisation.

B. LA VALEUR REDUCTIBLE DES REGLES MATERIELLES

530. Se convaincre que le recours aux règles matérielles est le meilleur moyen de parvenir à une égalité de traitement des situations internationales n'est qu'une conviction théorique et illusoire. En effet, si cette méthode semble la plus à même de parvenir à une unification, tel n'est pas réellement le cas. D'une part, le recours aux règles substantielles

⁸⁴⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 105.

conduit à une rigidité extrême du système issue d'une application restreinte et d'une incapacité d'adaptation (1), et d'autre part se traduit comme un échec en pratique, imputable à la souveraineté et l'indépendance de chaque Etat (2).

1) Le caractère excessivement rigide des règles matérielles

531. Si la méthode matérielle peut paraître idéale en termes d'universalisation des règles de droit, tel n'est pas le cas en pratique. En effet, son étude conduit à reconnaître un caractère excessivement restreint à son champ d'application tant matériel que spatial (a) ainsi qu'un caractère d'inadaptation aux évolutions de la communauté internationale (b).

a) *Un champ d'application matériel et spatial restreint*

532. Un champ d'application réduit. S'il a pu être considéré que la méthode matérielle se réfère principalement au commerce international, son champ d'application est davantage réduit tant sur le plan matériel que sur le plan spatial.

533. Un champ d'application matériel quasi inexistant. A propos de son champ d'application matériel, seules « les matières qui relèvent du droit du commerce international »⁸⁴⁵ ont fait l'objet de règles matérielles. Cependant, ces règles qui ont été juridicisées à l'échelle internationale demeurent cantonnées à des objets très précis. En effet, pour reprendre l'exemple de la Convention des Nations unies⁸⁴⁶, celle-ci ne concerne que les contrats de vente internationale de marchandises. Par conséquent, elle ne vise que des contrats ayant pour objet de la marchandise et ne s'applique qu'à la formation du contrat⁸⁴⁷. Ainsi, au regard des divers textes portant règlement matériel des litiges internationaux, il apparaît que même dans le domaine du commerce, ces règles demeurent cantonnées à un champ d'application restreint. De plus, aujourd'hui, la communauté internationale est animée par un « sentiment profond que le milieu du commerce international doit avoir ses règles propres » et cela « conduit à une professionnalisation du droit »⁸⁴⁸. C'est pourquoi l'uniformisation du droit commercial passe davantage par les usages, l'arbitrage, les contrats-types, et appelle « une « résurrection » de la *lex mercatoria* »⁸⁴⁹. En d'autres termes, si l'on retire les règles du droit commercial qui ne relèvent pas du droit des conflits de lois en tant que tel, il apparaît

⁸⁴⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 106.

⁸⁴⁶ Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980, *Vienne*.

⁸⁴⁷ Cass., Com., 16 janv. 2019, n°17-21.477, *D. actualité*, 7. fév. 2019, note F. Mélin, dans lequel la Cour rappelle que les juges du fond ont exactement énoncé que « la Convention de Vienne régit exclusivement la formation du contrat de vente entre le vendeur et l'acheteur ».

⁸⁴⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 106.

⁸⁴⁹ *Ibid.*

que la méthode matérielle n'a quasiment pas d'existence propre dans la discipline. Ceci se confirme au regard de son champ d'application spatial.

534. Un champ d'application spatial limité. La méthode matérielle suppose le recours à une convention internationale puisque celle-ci « est génératrice de liens dans l'espace »⁸⁵⁰. Elle permet donc de regrouper différents Etats du monde dans l'objectif d'établir un corpus de règles de fond pour telle ou telle discipline. Cependant la difficulté tient au rassemblement de divers Etats dans un objectif de rapprochement de leurs législations. Pour y parvenir, pourrait être utilisée une méthode comparative des législations. Or, comme l'a affirmé Maury, « le droit international privé comparé, est trop imparfait, trop inachevé pour que des généralisations objectives puissent être tentées avec quelque chance de succès »⁸⁵¹. Par conséquent, si la méthode comparative ne peut être empruntée, alors seuls les Etats dont les législations sont identiques peuvent se rapprocher. En l'état actuel, les conventions internationales de droit matériel attestent, par leur infime proportion, de l'impossible rapprochement des législations des Etats et donc de la portée réductible d'une telle méthode dans l'espace. Ainsi, la méthode matérielle ne pourrait être utilisée que par des Etats dont les législations sont similaires. Ceci a nécessairement pour conséquence de réduire considérablement la portée du droit des conflits de lois dans l'espace. D'ailleurs, « la seconde moitié du XXème siècle a connu un développement manifeste du droit international privé conventionnel » mais « plus les conventions internationales se sont développées, plus les différents niveaux spatiaux ont connu eux-mêmes et connaissent de manière croissante des expériences propres de réglementation du droit international privé »⁸⁵². Dès lors, aucune réglementation matérielle ne s'est imposée de manière généralisée sur la scène internationale afin de créer un droit des conflits de lois. La méthode matérielle ne semble donc pas être adaptée au droit des conflits de lois, ce que confirme la rigidité dont elle fait état.

b) Le caractère inadapté des règles matérielles aux évolutions internationales

535. Une méthode empruntée au législateur national. Si la méthode matérielle consiste à donner la solution au fond d'un litige, elle n'est que le reflet de la méthode employée par tout législateur interne. En effet, tout législateur organise son système juridique en donnant des règles de fond applicables à une situation. Il a donc pu être imaginé que la même méthode soit utilisée en droit des conflits de lois. Dès l'époque des comparatistes, à la

⁸⁵⁰ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 55.

⁸⁵¹ J. Maury, *op. cit.*, § 81.

⁸⁵² S. Lecuyer, *op. cit.*, § 70.

moitié du XX^{ème} siècle, Maury a envisagé l'hypothèse selon laquelle « un droit spécial interne, un vrai système de droit matériel (pourrait) être édicté pour les situations étrangères à la vie interne », puis avait finalement considéré qu'« il est infiniment peu probable qu'un Etat moderne ait la volonté de recourir à un tel système »⁸⁵³. Si, à l'époque, Maury a considéré que le législateur de l'époque ne pouvait recourir à une telle méthode, un parallèle peut être effectué avec notre système actuel.

536. Une méthode atteinte de rigidité en droit des conflits de lois. Recourir à la méthode matérielle est actuellement une possibilité réalisable puisque la pratique en atteste. Cependant, cette pratique n'est pas désirable puisque si le législateur national peut y recourir à l'égard de ses sujets de droit sans difficulté, tel n'est plus le cas lorsqu'il s'agit d'une question de droit international privé. Le recours à une telle méthode dans cette discipline implique nécessairement une rigidité. En effet, le problème de cette technique tient principalement à l'absence de législateur international. A la différence du législateur national, la méthode matérielle en droit des conflits de lois suppose un consensus de plusieurs législateurs nationaux indirectement, c'est-à-dire de plusieurs Etats par le biais d'une convention internationale. Hormis ce processus de rapprochement par lequel les Etats doivent avant tout passer, la difficulté tient en l'inadaptabilité de la législation matérielle internationale. En droit interne, le législateur, à lui seul, peut réformer son propre droit pour l'adapter aux évolutions politiques, économiques, sociales, etc. Tel ne sera pas le cas d'une législation matérielle internationale, puisque celle-ci suppose un nouveau rapprochement des divers Etats. La législation matérielle internationale, inadaptable aux diverses évolutions que peut connaître la communauté internationale, présente donc un caractère de rigidité qu'il convient de rejeter.

537. Une méthode incompatible avec le droit des conflits de lois. En réalité, la méthode en cause conduit à un certain « isolationnisme »⁸⁵⁴ et se situe en contradiction avec l'esprit du droit international privé qui est celui d'une organisation harmonisée des relations internationales privées, laquelle suppose la prise en compte des évolutions qui apparaissent

⁸⁵³ J. Maury, *op. cit.*, § 39.

⁸⁵⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 250.

sur la scène internationale⁸⁵⁵. Finalement, « la méthode des règles matérielles ne saurait de toute manière concerner que des problèmes particuliers », et « on ne peut guère envisager (...) un code complet des relations civiles et commerciales internationales, dont le domaine propre ne serait pas facile à définir, et qui éliminerait toute prise en compte des droits étrangers »⁸⁵⁶. La méthode matérielle ne semble donc pas être adaptée à la discipline du droit des conflits de lois puisqu'elle ne pourra permettre une égalité de traitement des sujets de droit. C'est pourquoi le recours à cette méthode constitue un échec aujourd'hui.

2) L'échec du recours à la méthode matérielle en droit des conflits de lois

538. Au-delà de la rigidité que présente la méthode matérielle, celle-ci constitue simplement un échec en droit des conflits de lois. En effet, le recours à ce procédé de règles substantielles est d'une part difficile en ce qu'il suppose une concession de compétence des Etats participants (a) et d'autre part impossible en l'absence d'identité commune internationale (b).

a) *Le recours malaisé à la méthode matérielle en raison de la concession de compétence des Etats*

539. Une méthode soumise à la volonté souveraine des Etats. En dehors des inconvénients inhérents à la méthode matérielle en tant que telle, son recours est également difficile. En effet, à raison de sa vocation substantielle, il est plus délicat d'obtenir une entente entre Etats conduisant à une concession de leur compétence. Dans la société internationale, chaque Etat demeure souverain. Par conséquent, dans l'ordre international, les Etats « coexistent et les pouvoirs de chacun y sont nécessairement bornés par ceux, égaux de tous les autres »⁸⁵⁷. La souveraineté demeure donc « la source des compétences étatiques, mais celles-ci ne sont concevables que pour autant qu'elles sont compatibles avec celles des autres

⁸⁵⁵ Pour aller plus loin, voir en ce sens H. Bauer, « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *RCDIP* 1966, p. 537, confirmant le caractère inadapté des règles matérielles à la justice du droit international privé : « le remplacement des règles de conflit par des règles de droit international privé matériel applicables à toutes les relations internationales quelle que soit leur localisation n'est pas un procédé acceptable pour la solutions des conflits de systèmes et de lois, parce qu'une telle solution fait abstraction de l'existence de différentes justices territoriales, ou, plus précisément, de l'expression différente que peut trouver la justice dans les différents systèmes juridiques. Le système juridique qui retient une telle méthode de solution refuse d'apprécier les systèmes juridiques étrangers et leurs lois matérielles, et ne prend en considération que des éléments de fait placés à l'étranger. Par là il refuse d'apprécier les conceptions de justice que se font (...) les systèmes étrangers, et les conséquences qui en dérivent ».

⁸⁵⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 250.

⁸⁵⁷ A. Pellet, Ch. III, S.1, § 1, II. « La souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance », *op. cit.*, p. 41 et s.

Etats souverains »⁸⁵⁸. Tout Etat est souverain et possède des compétences étatiques propres. La friction se pose donc au regard de leurs compétences étatiques.

540. Une méthode assimilée à un sacrifice des Etats. La méthode matérielle consiste à « édicter des règles uniformes de droit matériel » c'est-à-dire « un droit commun aux Etats signataires, et (...) international »⁸⁵⁹. Le procédé suppose que les Etats établissent communément une législation matérielle internationale. Pour atteindre ce résultat, les Etats doivent nécessairement abandonner une partie de leurs compétences étatiques propres à certaines matières du droit privé. En effet, une législation collective internationale suppose une concession réciproque et commune de tous les Etats participants. Or, les Etats, attachés à leur souveraineté, sont, en pratique, réticents à cette méthode puisqu'elle les contraint à abandonner une partie de leur compétence législative dans certaines matières de droit privé. Ils sont donc enfermés par la suite par la législation matérielle conjointe établie avec d'autres Etats. C'est pourquoi le recours à cette technique est limité. L'utilisation de ce procédé conduit à un grand sacrifice pour les Etats puisqu'il concerne directement le contenu propre de leur législation et non pas son domaine d'application⁸⁶⁰. Cette limitation n'en est que plus étendue par le préalable que requiert la méthode, à savoir une identité commune internationale.

b) Le recours impossible à la méthode matérielle dû à l'absence d'identité commune

541. L'absence d'identité commune internationale. Arminjon affirmait que « l'unification du droit international privé (...) est irréalisable ; des obstacles insurmontables s'y opposent et s'y opposeront vraisemblablement toujours »⁸⁶¹. Il précisait que « le premier de ces obstacles est la différence de conceptions qui ont motivé les institutions juridiques dans chaque législation » puisque « ces institutions se sont formées et ont évolué par l'effet de causes historiques et aussi sous l'action des institutions politiques, sociales, économiques nationales sur lesquelles elles ont d'ailleurs réagi »⁸⁶². Or, cette affirmation de la moitié du XXème siècle est toujours applicable aujourd'hui. En effet, chaque Etat possède une identité propre en raison de différents facteurs (politiques, économiques, historiques, culturels, sociaux), et chacun a fondé sa législation étatique sur la base de ces éléments identitaires. Par

⁸⁵⁸ A. Pellet, Ch. III, S.1, § 1, II. « La souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance », *op. cit.*, p. 41 et s.

⁸⁵⁹ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 22.

⁸⁶⁰ *Ibid.*

⁸⁶¹ P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 23.

⁸⁶² P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 23.

conséquent, il n'existe pas en tant que telle une identité commune internationale. Or, la méthode matérielle suppose, pour parvenir à une entente entre Etats, une certaine similitude identitaire afin d'élaborer une législation commune.

542. L'impossible établissement d'une législation internationale commune. Ainsi, le recours à ce procédé n'est possible qu'à l'égard de certains points juridiques fragmentaires sur lesquels les Etats ont une vision similaire et parviennent à s'accorder. Ceci implique qu'en aucun cas une législation matérielle internationale ne puisse un jour exister. Le préalable à un tel résultat est celui d'une identité commune internationale. Or, cela est inenvisageable puisque tout Etat, souverain et indépendant, est doté d'une identité propre. « Un trop grand développement » d'un droit commun matériel serait pour les Etats « intolérable, parce qu'il méconnaîtrait leurs intérêts politiques irréductibles et constituerait une cage dont grande serait la tentation de s'envoler »⁸⁶³. En d'autres termes, le recours à la méthode matérielle est difficile, voire quasiment impossible. Cette méthode est celle du législateur national, et non d'une prétendue législation internationale.

543. Le rejet de la méthode matérielle. Il convient finalement de rejeter la méthode matérielle en droit des conflits de lois et de déterminer une méthode capable de respecter l'identité et les compétences de chaque Etat, mais également d'emporter unification du droit des conflits de lois eu égard à son champ d'application matériel. C'est pourquoi il serait sans doute préférable de recourir à des règles indirectes ne résolvant pas le litige au fond comme les règles conflictuelles.

§ 2 - LA PLACE DOMINANTE DES REGLES CONFLICTUELLES EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS

544. La méthode conflictuelle, par les avantages qu'elle présente par rapport à la méthode matérielle, s'est imposée et généralisée en droit positif. De nos jours, elle atteste d'une incontestable supériorité par rapport aux règles matérielles (A). Ce phénomène est justifié par les finalités qu'elle permet d'atteindre, c'est-à-dire flexibilité et unicité (B).

A. L'INCONTESTABLE SUPERIORITE DES REGLES CONFLICTUELLES

545. En principe, les règles conflictuelles, conformément au système juridique en place, possèdent un rang inférieur à celui des règles matérielles. Pour autant cette infériorité n'est qu'illusion (1). En vérité, les règles conflictuelles détiennent et conservent une place

⁸⁶³ J-P. Niboyet, *op. cit.*, § 54.

prédominante dans le système de droit des conflits de lois positif et ceci depuis l'Ancien Régime (2).

1) L'illusoire infériorité juridique des règles conflictuelles

546. Conformément à la hiérarchie des normes, et aux règles d'applicabilité spéciales, les règles conflictuelles se rangent à une place inférieure par rapport à celle des autres types de règles (a). Cependant, au regard de la maigreur de ces dernières, les règles conflictuelles détiennent vraisemblablement une place supérieure et dominante (b).

a) *L'infériorité d'application théorique des règles conflictuelles*

547. L'application subsidiaire des règles de conflit. Francescakis affirmait que « le conflit de lois ne représente pas le type unique de réglementation des rapports internationaux, puisqu'aussi bien il fonctionne concurremment avec deux autres types de règles, celles visant l'extension de sa propre loi interne du for et celles visant directement une réglementation matérielle des rapports internationaux »⁸⁶⁴.

Actuellement, le droit international privé peut effectivement être encadré par trois types de règles : la règle matérielle, la règle conflictuelle et la loi de police. Si la règle matérielle consiste à régir directement au fond la solution d'un litige international, les lois de polices « sont les règles impératives qui, selon le droit du pays dont elles émanent, sont applicables quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit de ce pays »⁸⁶⁵. Ces trois types de règles pouvant régir tout rapport international privé, il convient de préciser que lois de police et règles matérielles priment sur les règles conflictuelles quelle que soit la situation litigieuse. Ainsi, les règles de conflit n'ont vocation à s'appliquer qu'à défaut de règles matérielles ou de lois de police applicables.

548. L'autorité inférieure des règles de conflit. En application de la hiérarchie des normes, et en vertu de la règle d'applicabilité spéciale reconnue aux lois de police, les règles de conflit ont donc une place inférieure par rapport aux autres règles applicables en droit des conflits de lois. Il devrait donc être considéré qu'elles se situent à un rang d'application inférieur et qu'elles n'ont donc pas vocation à devenir le principe à l'aune duquel se développe la discipline. Pourtant, au regard du droit positif applicable, il apparaît que ces règles constituent davantage le principe que l'exception.

⁸⁶⁴ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Thèse, Paris, 1957, Sirey, 1958, § 124.

⁸⁶⁵ P. Mayer, « Lois de police », *Rép. intern. Dalloz*, 1998, § 1.

b) La supériorité d'application pratique des règles conflictuelles

549. Le nombre réduit de règles matérielles et lois de police. Si les règles de conflit s'appliquent à titre secondaire dans tout litige international de droit privé, la réalité atteste d'une utilisation récurrente des règles conflictuelles pour résoudre ces litiges. En effet, les règles matérielles sont relativement restreintes et se cantonnent au commerce international et les lois de police ont vocation à sauvegarder « l'organisation politique, sociale, ou économique du pays »⁸⁶⁶. Par conséquent, les règles matérielles ne régissent que des situations très particulières, tout comme les lois de police qui, se limitant à un objectif de protection propre à un Etat en particulier, ne se mesurent pas en grande quantité. Par conséquent, ces règles ne primant pas sur la scène internationale, le champ libre est laissé aux règles conflictuelles.

550. La vocation supérieure d'application des règles de conflit. Finalement, dans la mesure où la majorité des situations litigieuses n'est pas régie par les règles matérielles ou les lois de police, les règles conflictuelles ont une vocation supérieure à s'appliquer à l'égard de ces dernières. Ceci est confirmé par la place prédominante qu'elles occupent dans le droit positif actuel.

2) La prédominance des règles conflictuelles en droit positif

551. Le droit international privé positif et singulièrement le droit des conflits de lois est principalement encadré par la méthode conflictuelle. C'est pourquoi les règles conflictuelles sont énormément diversifiées que ce soit en nombre ou en variété (a). Cependant, cette diversité conduit à relativiser le recours à cette méthode eu égard à l'égalité de traitement du sujet de droit (b).

a) La large proportion et variété des règles conflictuelles

552. Les règles types du droit des conflits de lois. En l'absence de règles matérielles applicables aux litiges relevant du droit des conflits de lois, les règles conflictuelles se sont imposées comme règles classiques. De plus, historiquement, la méthode conflictuelle a « comme point de départ les écoles des postglossateurs et des statutistes qui, à partir du XII^{ème} siècle, ont commencé à se demander quelle (était) la sphère d'application des statuts

⁸⁶⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 121, citant Francescakis.

(lois) »⁸⁶⁷. Ainsi, traditionnellement, ce sont les règles de conflit qui régissent les situations internationales de droit privé depuis l’Ancien Régime jusqu’à aujourd’hui.

553. Des règles diverses et variées. Au regard des règles de conflit positives, celles-ci sont sensiblement nombreuses et concernent toutes les matières de droit privé. En effet, les règles de conflit sont multiples dans la mesure où elles se sont développées dans un premier temps en tant que source interne dans chaque Etat, et se développent désormais à l’échelle régionale, notamment au sein de l’Union européenne ou de la Conférence de La Haye. De la même manière, elles ont vocation à encadrer toutes les matières de droit privé. Ainsi, toute catégorie de rattachement confondue est nécessairement encadrée par une règle de conflit que celle-ci soit interne ou internationale. Par exemple, les faits juridiques sont encadrés par le règlement Rome II concernant la loi applicable⁸⁶⁸, et à l’inverse, l’institution du mariage est encadrée par des règles de conflit internes et en France notamment par l’article 202-1 du Code civil. Néanmoins, toute matière de droit privé trouve son homologue en droit international privé, lequel s’illustre par une règle de conflit. Par conséquent, il est incontestable que la méthode conflictuelle s’est imposée en droit des conflits de lois et qu’elle constitue la méthode de principe. Néanmoins, le recours à cette méthode semble discutable notamment au regard de l’égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale équivalente.

b) Le discutable recours aux règles conflictuelles en termes d’égalité de traitement

554. De la grande variété des règles à l’insécurité juridique. La méthode conflictuelle s’impose naturellement en droit des conflits de lois puisque la méthode matérielle n’est pas parvenue à s’institutionnaliser comme législation internationale commune. Cependant, dans l’état actuel du droit international privé, les règles conflictuelles qui régissent les situations litigieuses provoquent indirectement de l’insécurité juridique. En effet, au regard des nombreuses sources dont émanent ces règles, le raisonnement intellectuel menant à la solution se complexifie énormément et réclame connaissance et maîtrise de toutes les règles de conflit existantes. Ainsi, les règles de conflit émanent de diverses organisations régionales, mais également du droit interne de chaque Etat, pour lesquels « les règles de conflit ont une origine non légale, mais jurisprudentielle » ce qui

⁸⁶⁷ E. Vitta, Ch. I « La méthode conflictuelle », I. « Origine historique », *op. cit.*, p. 26 et s.

⁸⁶⁸ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Rome II*.

conduit à rendre « la règle de conflit souvent incertaine, parfois imprévisible »⁸⁶⁹. Aujourd'hui, le système tel qu'il est conçu, à raison de sa grande variété, ne contribue pas à un traitement égalitaire du sujet de droit puisque, du fait de l'insécurité juridique qu'il procure, les sujets de droit pourraient être traités différemment selon l'ordre juridique compétent, alors même qu'ils se trouvent dans une situation similaire.

555. Une méthode perfectible favorable à l'égalité de traitement. Cependant, ce n'est pas parce que le système actuel n'est pas performant qu'il ne peut le devenir. En effet, la méthode conflictuelle est la seule méthode permettant de réaliser un système universel en droit des conflits de lois susceptible de garantir une égalité de traitement de tout sujet de droit. Néanmoins, comme l'affirmait Arminjon, « pour qu'une règle de rattachement puisse être admise dans deux systèmes juridiques, il est (...) nécessaire que leurs législations la motivent par des raisons identiques » et il ajoutait que « tant que cette condition ne sera pas réalisée, il est chimérique de songer à un droit international privé uniforme »⁸⁷⁰. Cette remarque s'applique encore aujourd'hui. Pour parvenir à un droit uniforme, la méthode conflictuelle doit être le produit d'une motivation identique de tout Etat. Il convient donc de déterminer quelle peut être cette motivation commune. Une fois celle-ci déterminée, la technique permettrait désormais une appréhension équivalente de la situation de chaque sujet de droit puisque chacun serait traité selon cette méthode conflictuelle universelle. Celle-ci désignerait alors telle ou telle loi applicable, et le sujet de droit y serait soumis. Toute insécurité juridique serait évincée. Finalement, hormis la possibilité de la méthode de pouvoir tendre, tout comme la méthode matérielle, à établir un droit uniforme, son emploi doit être privilégié, car elle seule peut assurer à terme une égalité de traitement des sujets de droit réalisable. Son recours est donc indispensable au regard des nombreux avantages qu'elle présente.

B. UNE METHODE INDIRECTE VECTRICE DE FLEXIBILITE ET D'UNIVERSALITE DU DROIT

556. Contrairement aux règles matérielles, les règles conflictuelles sont corollaires d'une grande flexibilité justifiant davantage son recours (1). De plus, son utilisation paraît indispensable puisqu'il s'agit de la seule méthode permettant une unification du droit des conflits de lois laquelle constitue le préalable à toute égalité de traitement (2).

⁸⁶⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 93.

⁸⁷⁰ P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 23.

1) La flexibilité issue des règles conflictuelles

557. La méthode conflictuelle est incontestablement plus flexible que la méthode matérielle. D'une part, son champ d'application est bien plus extensif (a), et d'autre part, elle met fin au caractère inadapté de la méthode matérielle (b).

a) *Le champ d'application extensif des règles conflictuelles*

558. Une méthode à caractère universel. Il est établi que la méthode conflictuelle « a été appliquée de façon constante dans les divers pays par la jurisprudence interne qui est le plus souvent la source principale du droit international privé »⁸⁷¹. Par conséquent, il est affirmé qu'elle présente « un caractère universel »⁸⁷². En effet, « la règle de conflit du type savignien demeure (...) globalement le modèle pour les auteurs européens, ainsi que pour les législateurs nationaux qui d'abord en Europe de l'Est, puis à partir des années soixante-dix, en Europe occidentale, ont entrepris la codification ou la recodification de la matière, et enfin pour les négociateurs de conventions internationales, principalement dans le cadre de la Conférence de La Haye de Droit international privé ou celui des Communautés européennes ».⁸⁷³

559. Un champ d'application spatial étendu. Il est indéniable que la méthode conflictuelle détient une place incontestable en droit international privé et en droit des conflits de lois, tant au regard de son champ d'application spatial que de son champ d'application matériel. En reconnaissant que la méthode conflictuelle est utilisée par tout législateur interne pour encadrer ses règles en droit des conflits de lois, celle-ci a été intégrée unanimement au sein de la communauté internationale. De plus, au sein des institutions régionales, voire internationales, notamment l'Union européenne et la Conférence de La Haye, la méthode conflictuelle est devenue l'instrument nécessaire à la construction du système de droit des conflits de lois. Par conséquent, cette méthode s'est indéniablement imposée dans l'espace international en tant que méthode principale.

560. Un champ d'application matériel vaste. Également, si la méthode conflictuelle régit le droit international privé interne, elle le régit intégralement c'est-à-dire en toute matière de droit privé. Or, une telle remarque peut aussi être faite à l'égard du droit international privé supranational. Au regard des sources supranationales, notamment les

⁸⁷¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 90.

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 242-2.

conventions internationales issues de la Conférence de La Haye ainsi que les règlements européens de l'Union européenne, la méthode conflictuelle s'est effectivement implantée dans diverses matières de droit privé. Contrairement à la méthode matérielle, elle ne s'est pas cantonnée au droit commercial, mais s'est imposée dans toute autre matière, même dans des matières proprement identitaires comme le statut personnel puisqu'il existe aujourd'hui des règlements européens en matière de séparation de couple portant sur la compétence et la loi applicable⁸⁷⁴. De la même manière existe un règlement européen en matière d'obligations alimentaires propre à la compétence et à la loi applicable⁸⁷⁵. Or, si la méthode conflictuelle a pénétré le statut personnel, elle a également intégré les autres matières de droit privé, tant sur le plan national que supranational.

561. La méthode de principe du droit international privé. La méthode conflictuelle constitue donc bien la technique principale du droit international privé et plus particulièrement du droit des conflits de lois puisque son champ d'application, tant spatial que matériel, est vaste. De plus, le recours à cette méthode est encore plus pertinent dans la mesure où il met fin au caractère inadaptable des règles matérielles.

b) La meilleure adaptabilité des règles conflictuelles

562. L'exclusion du substantialisme nécessaire à l'adaptabilité des règles. Dans son Traité de droit romain, Savigny affirmait que « le droit positif a pour essence de n'être jamais stationnaire et d'offrir une succession continue de développements organiques ; aussi lui donne-t-on pour caractère de varier dans le temps »⁸⁷⁶. Cette considération vaut encore aujourd'hui. Il convient donc que le droit des conflits de lois dans sa construction puisse s'adapter à ces évolutions et ces variations. Or, la méthode matérielle ne permet pas au droit des conflits de lois de s'adapter au temps⁸⁷⁷. En revanche, la méthode conflictuelle semble pouvoir permettre à cette discipline de s'adapter à toute évolution. Le problème de la méthode matérielle tient en ce que celle-ci a pour objet d'établir le contenu du droit

⁸⁷⁴ Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *Bruxelles II bis* ; Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), *Bruxelles II ter* ; Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *Rome III*.

⁸⁷⁵ Règlement (CE) n°4/2009 du Conseil du 18 déc. 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

⁸⁷⁶ F. C. von Savigny, *op. cit.*, § CCCXLIV.

⁸⁷⁷ Cf. *supra* § 535.

applicable. Par conséquent, il convient, pour rendre adaptable la technique de droit des conflits de lois que celle-ci soit exempte de règles substantielles. Elle doit donc se cantonner à déterminer simplement le domaine d'application de la loi ou du juge compétent dans la situation litigieuse, « et ceci indépendamment de toute considération du contenu des règles en présence »⁸⁷⁸.

563. L'adaptabilité des règles indirectes en droit des conflits de lois. Effectivement, en supprimant de la discipline du droit des conflits de lois toute règle matérielle, la méthode deviendrait adaptable. La méthode conflictuelle répond bien à cette définition puisqu'elle consiste à déterminer le domaine d'application de la loi applicable et/ou du juge compétent. Par conséquent, elle est susceptible de moindre évolution et ne contraint aucunement aux adaptations nécessitées par les évolutions politiques, économiques, sociales, etc. Ainsi, si des Etats doivent modifier leur législation matérielle à raison de diverses évolutions, ils ne seront pas contraints ou embrigadés par une convention internationale. L'avantage de recourir à la méthode conflictuelle est donc de supprimer ce défaut d'inadaptation imputable aux règles de fond. De plus, rares sont les évolutions susceptibles de modifier des règles conflictuelles. Dans la mesure où la méthode conflictuelle n'est susceptible de se modifier qu'à l'égard du rattachement qu'elle propose, ses transformations sont plutôt rares. Ceci s'explique dans la mesure où le choix du ou des rattachements est plutôt le choix d'un rapprochement identitaire entre Etats que celui d'une politique législative adaptée au contexte dans lequel la convention internationale a été conçue. Par conséquent, la méthode conflictuelle semble être l'instrument le plus adapté au droit des conflits de lois. En outre, son recours est facilité par le peu de préalables qu'elle exige.

2) Le recours aux règles conflictuelles : corollaire de toute unification du droit

564. La méthode conflictuelle constitue l'unique méthode permettant d'atteindre une universalisation du droit des conflits de lois. En effet, dans la mesure où elle exige un moindre sacrifice des compétences étatiques, l'unification de la discipline ne peut être que facilitée (a). De plus, ne nécessitant pas une condition identitaire stricte, l'unification du droit des conflits de lois peut inéluctablement être envisagée et espérée (b).

⁸⁷⁸ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse, Paris 2, 1985, Lille : ANRT, 1986, § 57.

a) *Le moindre sacrifice des Etats à l'égard de leur compétence : l'unification facilitée*

565. La fonction indirecte des règles de conflit. « Le conflit de lois n'est pas conçu comme le heurt d'intérêts législatifs exprimés dans la divergence de règles concrètes, mais prend la forme d'un concours d'ordres juridiques mis en cause du fait des liens géographiques ou politiques qui les rattachent à la situation litigieuse »⁸⁷⁹. Par conséquent, la méthode conflictuelle consiste à « rechercher la valeur respective de ces liens »⁸⁸⁰ et à déterminer quelle loi ou quel juge est compétent, indépendamment de toute considération ou règle matérielle.

566. Le moindre sacrifice des Etats par recours à la méthode conflictuelle. La méthode conflictuelle peut être utilisée plus facilement dans un but d'unification. Contrairement à la méthode matérielle, les règles conflictuelles ne nécessitent pas de concession de compétences des Etats à l'égard de divers pans de droit privé. En réalité, les Etats ne doivent concéder qu'une moindre partie de leurs compétences puisqu'ils ne s'engagent qu'à l'égard de règles indirectes et non pas de règles de fond. Par conséquent, ils demeurent libres de modifier le contenu de leur droit étatique. La méthode conflictuelle incite donc vraisemblablement davantage les Etats à s'unifier à une échelle supranationale puisqu'elle ne demande pas un large sacrifice à l'égard de leurs compétences, et préserve mieux leur souveraineté. C'est pourquoi il est préférable de recourir à cette technique pour parvenir à une unification du droit des conflits de lois laquelle constitue le préalable à toute égalité de traitement.

b) *L'identité respective des Etats ignorée : l'universalisation envisagée*

567. L'absence d'une identité commune nécessaire. Savigny constatait déjà dans son Traité de droit romain que « la nature du droit positif (...) n'est pas la même pour l'humanité tout entière, mais (...) varie avec les peuples et les Etats, et au sein de chaque peuple est l'œuvre en partie des idées générales, en partie de certaines forces spéciales »⁸⁸¹. En effet, chaque Etat, chaque peuple, possède une identité qui lui est propre, laquelle conduit nécessairement à ériger une législation en fonction de cette identité. Or, la méthode matérielle est difficile à mettre en œuvre à l'international puisqu'elle suppose une identité commune ou du moins similaire des Etats participants. A l'inverse, la méthode conflictuelle ne requiert pas une identité commune ou identique. En effet, dans la mesure où la méthode conflictuelle n'a

⁸⁷⁹ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 57.

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ F. C. von Savigny, *op. cit.*, § CCCXLIV.

pour objet d'établir des règles substantielles lesquelles touchent nécessairement au contenu des législations internes, il est inévitablement plus simple de rapprocher des législations dans le seul but de construire des règles dont l'objet est de déterminer un champ d'application dans l'espace. En effet, l'objet de la méthode conflictuelle exige un rapprochement minime des identités de chaque Etat mais en aucun cas une aussi grande similitude que celle exigée à l'égard de règles de fond. D'ailleurs la pratique en atteste, les pays européens ont su rapprocher leurs législations sur le fondement du conflictualisme en droit international privé parce qu'ils ont une histoire et une culture proche. Cependant, la proximité n'étant pas l'identité, ils n'ont pu élaborer que peu de règles matérielles.

568. La préservation de l'identité des Etats. De plus, Savigny affirmait que « c'est (la) diversité des droits positifs qui rend si nécessaire et si importante la délimitation de leur empire respectif »⁸⁸². Véritablement, la méthode conflictuelle répond à cette exigence puisqu'elle consiste à déterminer le champ d'application de la loi applicable. Surtout, contrairement à la méthode matérielle, elle préserve l'identité des Etats. Elle permet donc d'établir des règles spécifiques au droit des conflits de lois sans préalable de similitudes identitaires, mais également de protéger l'identité de chaque Etat. Elle réalise un compromis indispensable à la réalisation d'un droit des conflits de lois unifié.

569. L'unique méthode en capacité d'assurer l'uniformisation du droit. Le recours aux règles conflictuelles est donc facilité par une absence de préalable et favorisé par le respect de la souveraineté et de l'identité des Etats. Finalement, « (cette) méthode est la plus féconde, pour ne pas dire la seule efficace, que le droit des conflits ait jamais connue »⁸⁸³. Il s'agit bien de la seule méthode permettant la réalisation d'un droit des conflits de lois unifié au regard des avantages qu'elle présente. En conclusion, dans la mesure où la méthode conflictuelle est l'unique méthode permettant de répondre à un objectif de flexibilité et d'adaptabilité, et permettant de parvenir à une unification internationale grâce au respect identitaire et souverainiste qu'elle assure, elle est incontestablement la technique en vertu de laquelle le droit des conflits de lois doit se développer. Néanmoins, pour parvenir à garantir une égalité de traitement du sujet de droit, la méthode conflictuelle doit indéniablement faire l'objet d'une unification internationale. A l'heure actuelle, le caractère fragmentaire qui lui est imputable conduit à un résultat inverse, une inégalité de traitement. C'est pourquoi il convient

⁸⁸² F. C. von Savigny, *op. cit.*, § CCCXLIV.

⁸⁸³ E. Gaudemet, « La théorie des conflits de lois dans l'œuvre d'Antoine Pillet et la doctrine de Savigny », in *Mélanges Antoine Pillet, Reproduction de diverses études et notes de jurisprudence*, Sirey, 1929, p. 89 et s.

de s'interroger sur la nature de cette méthode afin de déterminer de quelle façon elle doit se décliner.

SOUS-SECTION 2 : LE CHOIX D'UNE METHODE ESSENTIELLEMENT OBJECTIVE PAR RESPECT DE LA FONCTION LOCALISATRICE DE LA DISCIPLINE

570. L'objectivisme et le subjectivisme. Le droit des conflits de lois envisagé sous la forme de la méthode conflictuelle conduit à s'interroger sur le système adopté en recourant à cette méthode. En effet, la méthode conflictuelle a pour fonction de localiser un rapport de droit pour déterminer quelle sera la loi applicable. Cette fonction peut s'illustrer sous la forme de deux systèmes : l'objectivisme et le subjectivisme. L'objectivisme consiste à localiser un rapport de droit en l'absence de toute considération attachée à la volonté des parties au litige. C'est pourquoi il est possible de considérer qu'il s'agit d'analyser concrètement la situation litigieuse. *A contrario*, le subjectivisme consiste à localiser le rapport de droit conformément à la volonté des parties. Par conséquent, lorsqu'il convient de déterminer dans quel ressort se situe le rapport de droit, la volonté des parties est nécessairement prise en compte.

571. La confrontation des méthodes à l'égalité de traitement. En adoptant une approche conceptuelle de la méthode conflictuelle, une intégration de ces deux systèmes semble justifiée puisqu'elles conduisent chacune à respecter la fonction localisatrice de ladite méthode, et par conséquent à assurer une égalité de traitement des situations internationales (§ 1). Cependant, au regard du droit positif, il apparaît en pratique que si les deux systèmes sont consacrés, le subjectivisme se voit accorder une place trop importante dont l'effet pourrait consister à détourner la neutralité à laquelle doit répondre la règle de conflit et à évincer l'égalité de traitement recherchée. C'est pourquoi seul l'objectivisme devrait posséder une place de choix (§ 2).

§ 1 – LE RECOURS MESURE A L'OBJECTIVISME ET AU SUBJECTIVISME AU REGARD DE LA LOCALISATION DU RAPPORT DE DROIT

572. La méthode conflictuelle supposant une approche localisatrice du rapport de droit permet de recourir aux théories objectiviste et subjectiviste. Or, la difficulté est de mesurer la légitimité du recours à chacune de ces techniques, conformément aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement, puisqu'elles présentent toutes deux des intérêts respectifs (A). Néanmoins, malgré les intérêts que chacune de ces méthodes réunit, elles restent soumises à de nombreuses frontières qui constituent un obstacle à une localisation neutre du rapport de droit conforme à la fonction de la méthode conflictuelle (B).

A. LE RECOURS LEGITIME A L'OBJECTIVISME ET AU SUBJECTIVISME

573. La détermination du rapport de droit consiste, en droit des conflits de lois, à établir où se situe dans l'espace cette situation litigieuse. Néanmoins, il faut que cette règle demeure neutre pour permettre une égalité de traitement des sujets de droit⁸⁸⁴. Or, en droit positif, deux approches sont proposées, lesquelles présentent chacune des intérêts propres. Tout d'abord, la localisation du rapport de droit peut se traduire par une approche objective c'est-à-dire une analyse concrète de la situation orientée par l'idée de proximité (1). Puis, la localisation du rapport de droit peut également s'entendre d'une appréciation subjective laquelle se cantonnerait à la volonté des parties (2).

1) L'intérêt d'une approche spatiale objective fondée sur le principe de proximité

574. Le droit des conflits de lois se doit de préserver les intérêts privés autant que l'intérêt général en adoptant une solution neutre. Pour parvenir à ce résultat, le système de droit des conflits de lois doit alors être fondé sur une appréciation purement objective de la situation juridique (a). Cependant, pour atteindre cet objectif, il convient que cette appréciation, menant à une localisation concrète et objective du rapport de droit, soit régie par le principe de proximité (b).

a) *Les intérêts privés et généraux préservés par une localisation objective*

575. La conciliation des intérêts privés et généraux. « La localisation objective paraît être la directive générale propre à concilier les différents intérêts que doit satisfaire le droit international privé »⁸⁸⁵. En effet, les règles du droit international privé et particulièrement du droit des conflits de lois doivent en premier lieu « rechercher l'équité et l'utilité réclamée par les intérêts privés » dans « une recherche d'égalité de toute personne » et en second lieu « auront égard aux intérêts généraux de la collectivité dans laquelle s'insèrent les relations en cause »⁸⁸⁶. Seule la localisation objective d'une situation litigieuse paraît être à même de respecter à la fois les intérêts des particuliers tout autant que l'intérêt général. En effet, lorsque la loi applicable est celle qui a « les relations les plus réelles avec leurs intérêts permanents »⁸⁸⁷. De même, l'intérêt général assurant « l'homogénéité et l'autorité de sa loi »

⁸⁸⁴ Cf. *supra* § 16.

⁸⁸⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 266.

⁸⁸⁶ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 102.

⁸⁸⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 266.

est préservé dès lors que « chaque législation s'applique aux relations dont l'élément essentiel est rattaché au territoire sur lequel elle s'applique »⁸⁸⁸.

576. L'objectivisme par respect de l'égalité entre sujets de droit. Effectivement, en analysant concrètement toute situation litigieuse, les éléments objectifs retenus conduisent à l'application d'une loi mais surtout permettent de considérer que tout sujet de droit sera traité de manière équivalente c'est-à-dire en fonction d'une appréciation objective de la situation. Quelle que soit la situation litigieuse, chaque sujet de droit sera soumis au même raisonnement c'est-à-dire celui consistant à déterminer où objectivement se localise le rapport de droit litigieux. Par exemple, dans le cadre d'un délit complexe, peuvent être pris en compte les différents territoires sur lesquels se sont produits les conséquences du dommage, de la même façon que peuvent être pris en compte les autres points de rattachement de la situation internationale, notamment le lieu du fait générateur, mais aussi le domicile des parties et leur nationalité. En tout état de cause, cette objectivité permet également en théorie à tout sujet de droit, de déterminer au préalable, quelle loi sera applicable à sa situation litigieuse au regard des éléments objectifs qui la composent.

577. L'objectivisme par respect de la compétence législative des Etats. En outre, l'application d'une loi sur la base d'une localisation objective de la situation litigieuse permet de justifier légitimement la compétence législative d'un Etat à l'égard d'un litige international. Parce que des éléments objectifs convergent à l'égard de l'ordre juridique d'un Etat, sa compétence législative est retenue. Par conséquent les intérêts de l'Etat sont préservés puisque l'autorité de sa propre loi est assurée dès lors que celle-ci a vocation à régir une situation internationale objectivement localisée dans son champ d'application spatial. « Or la Justice internationale privée n'a pas à préférer les uns aux autres, les intérêts des parties aux intérêts dont l'Etat a la garde »⁸⁸⁹.

578. L'effectivité des intérêts remise en cause par la diversité des rattachements. Cependant, affirmer que la localisation objective est la plus à même de préserver les intérêts privés et l'intérêt général ne suffit pas à en garantir leur effectivité en pratique. Toute situation litigieuse peut comporter divers éléments de rattachement, lesquels, objectivement, pourraient justifier la compétence législative de tout Etat. D'après Wengler, « en présence de rattachements à plusieurs Etats, aucun des systèmes juridiques intéressés et en tout cas aucun

⁸⁸⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 266.

⁸⁸⁹ J.-C. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Thèse, Paris 2, 1990, *Economica*, 1992, § 19.

d'eux seulement ne peut être déterminant »⁸⁹⁰. Par conséquent, la question est de savoir « comment trouver le rattachement qui doit être regardé comme le seul élément de rattachement à préférer afin de déterminer le droit applicable parmi les différents droits nationaux entrant en ligne de compte ? »⁸⁹¹. La réponse est sans doute le rattachement aux liens les plus étroits.

b) *L'appel à une localisation de proximité par analyse objective concrète*

579. Le rattachement de proximité conforme à la localisation objective du rapport de droit. Afin de garantir efficacement une localisation objective de toute situation litigieuse, il convient de se référer à une localisation de proximité c'est-à-dire que la loi applicable doit nécessairement être celle qui est la plus proche de cette situation. Il découle de l'idée de justice et d'égalité internationales que, par principe, la loi applicable doit être celle « de l'Etat le plus intimement lié au rapport juridique litigieux »⁸⁹². Par conséquent, le principe de proximité, en tant que « loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »⁸⁹³, doit être retenu comme facteur de rattachement de toute règle de conflit.

580. Les objectifs du droit des conflits de lois garantis par le rattachement proximité. En effet, le principe de proximité permet de préserver une localisation objective du rapport de droit, indépendante de toute considération subjective et permet surtout de satisfaire divers objectifs et notamment : « l'uniformité des solutions et l'élimination des situations boiteuses ; le respect des attentes légitimes des parties ; l'équilibre entre les intérêts respectifs des Etats à régir la situation, (...) ; la « justice » de la solution du conflit de lois »⁸⁹⁴. Le principe de proximité constitue donc la directive à l'aune de laquelle doit être construit le droit des conflits de lois. En effet, ce principe possède la capacité de concilier les intérêts garantis par le droit des conflits de lois, mais également de promouvoir ses

⁸⁹⁰ W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*, 1990, p. 657.

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 7.

⁸⁹³ P. Lagarde, P. I « Le principe de proximité dans les conflits de lois », in « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. n°196, § 4.

⁸⁹⁴ *Ibid.*, § 4.

objectifs⁸⁹⁵. En outre, il permet d'atteindre une égalité de traitement des sujets de droit dans la mesure où il s'agit d'une formule universalisable basée sur une analyse concrète⁸⁹⁶ de la situation juridique au regard d'éléments objectifs⁸⁹⁷.

581. Une consécration partielle du principe de proximité en droit positif.

Cependant, le droit positif n'a pas réellement consacré le principe de proximité par le rattachement propre « des liens les plus étroits »⁸⁹⁸. Actuellement, le principe de proximité se traduit par la détermination du rattachement qui présente le lien le plus étroit avec une matière. D'ailleurs, en matière contractuelle, « la directive générale de solution des conflits de lois commande d'appliquer la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits » qui se traduit, généralement, comme « la loi du lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat »⁸⁹⁹. La consécration du rattachement aux liens les plus étroits n'est

⁸⁹⁵ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 49 : « Il faut appliquer la loi avec laquelle le rapport juridique entretient les liens les plus significatifs, celle dans l'ordre juridique de laquelle il se localise objectivement » ; « C'est, pour parler le langage contemporain, faire appel à l'idée de « proximité » » ; « Une telle directive présente un triple mérite. C'est d'abord une directive neutre, de bon sens pourrait-on dire, en sorte qu'elle est acceptable par tous les Etats. Elle répond donc pleinement au programme précédemment tracé, à savoir que chaque législateur, se pensant comme législateur universel, utilise une règle qui est de nature à être l'objet d'un consensus des autres Etats. Il en résulte qu'une telle directive est la plus propre à favoriser l'harmonie internationale des solutions et par là même la continuité de traitement des situations juridiques. En évitant les commandements contradictoires et en faisant en sorte que règle de conduite et règle de décision coïncident, elle concourt à l'émergence de l'embryon de sécurité juridique nécessaire pour que se constitue au plan international une sorte d'ordre juridique a minima. C'est ensuite une directive qui est de nature à sauvegarder l'autorité des lois de chaque Etat. L'idée de localisation objective conduit, en effet, à insérer chaque situation juridique dans l'ordre juridique qui a naturellement vocation à la régir, en sorte que chaque Etat est assuré que sa loi s'appliquera aux situations qui lui sont le plus étroitement liées. En revanche, lui échapperont celles qui n'ont avec lui qu'un lien ténu ou accidentel. Mais il n'y a alors pas d'inconvénient à cela car ces situations sont par rapport à cet ordre juridique tout à fait périphériques. C'est dire qu'une telle démarche permet de préserver la cohésion de l'ordre interne. C'est enfin une directive qui est de nature à satisfaire les intérêts des personnes privées dans la mesure où l'application de la loi du milieu social dans lequel la situation s'insère de manière prépondérante est de nature à répondre à leur attente et à leur éviter l'intervention d'un droit dont l'application serait pour elles tout à fait inattendue ».

⁸⁹⁶ Voir en ce sens : A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé : Cours général », *op. cit.*, § 35 : « Les nombreuses codifications récentes montrent que la règle bilatérale de rattachement est dépouillée de toute référence au contenu et à la nature du rapport juridique. dans la conception que l'on s'en fait de nos jours, elle a pour but de déterminer le « lien le plus étroit » ou, selon l'expression de Paul Lagarde, la « proximité ». L'effet normatif de ces expressions consiste surtout à assurer une plus grande flexibilité dans l'application des règles de conflit de lois » ; « La souplesse introduite par ces concepts réside dans la diversification des solutions et non, nécessairement, dans la méthode d'y aboutir et de concevoir la nature et la fonction des règles de conflit de lois. en effet, ces règles demeurent destinées à la justice du droit international privé dans sa dimension « neutre » et détachée de la justice du droit matériel. Le critère du « lien étroit » et le principe de proximité ne tiennent pas compte de la teneur matérielle des lois en conflit ».

⁸⁹⁷ *Ibid.*, § 52, à propos de l'approche concrète : « on peut rechercher *in concreto*, au cas par cas, avec quel ordre juridique la relation concernée entretient les liens les plus étroits : « toute relation se manifestant par des signes extérieurs, c'est à l'endroit de plus grande condensation de ces signes qu'elle se localise ». Autrement dit, on essaiera de déterminer vers quel ordre juridique converge le maximum d'indices de rattachement. On procèdera à une pesée des indices afin d'identifier le « centre de gravité » de la relation ».

⁸⁹⁸ Cf. *infra* § 926 et s.

⁸⁹⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 237.

donc que partielle et ne se traduit pas encore comme principe général. Ceci s'explique sans doute dans la mesure où le droit des conflits de lois ne semble pas faire prévaloir qu'une localisation objective du rapport de droit, mais également subjective.

2) L'intérêt limité d'un examen spatial subjectif

582. Il est considéré que le recours à une appréciation subjective dans la détermination spatiale d'une situation litigieuse présente davantage d'intérêts, ou du moins d'autres intérêts, qu'une approche objective. D'une part, la localisation subjective du rapport de droit assure une garantie effective des intérêts privés (a). D'autre part, elle favorise la sécurité et la prévisibilité du droit (b).

a) *La localisation subjective de la situation litigieuse conforme à l'intérêt des parties*

583. La localisation subjective corollaire de la volonté des parties. La localisation du rapport de droit, écartée de tout objectivisme ou subjectivisme pur, consiste à déterminer dans quel ressort territorial s'inscrit la situation litigieuse. Si cette détermination peut être objective, c'est-à-dire consister en une analyse concrète de l'espèce en cause, elle peut également être subjective. La localisation dite subjective est celle qui consiste à considérer que le rattachement retenu est celui de l'autonomie de la volonté. En effet, en retenant une conception dualiste des situations et des règles de conflit, il est admis deux situations différentes « selon que l'on peut prêter ou non une intention aux parties quant à la loi applicable »⁹⁰⁰. Ainsi, selon le cas, la directive varie entre le respect de l'intention des parties ou le recours à une localisation objective⁹⁰¹. Sur la base de cette conception dualiste, il a été « à peu près universellement » admis que « pour résoudre le conflit de lois en matière contractuelle » le principe est celui « attribuant compétence à la loi d'autonomie »⁹⁰². Le raisonnement est fondé sur « un principe de localisation de l'obligation par sa source »⁹⁰³ c'est-à-dire qu'il convient de localiser la source du contrat pour établir la situation spatiale du rapport de droit. Par conséquent, il convient de se référer à la loi d'autonomie puisque « d'un commun accord, les parties ont localisé le contrat en un lieu donné »⁹⁰⁴. C'est ainsi que « la loi de ce lieu s'applique »⁹⁰⁵.

⁹⁰⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 234.

⁹⁰¹ *Ibid.*

⁹⁰² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 244.

⁹⁰³ *Ibid.*

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ *Ibid.*

584. Une localisation respectueuse des intérêts privés et étatiques. Il est tout à fait acceptable de considérer que la loi d'autonomie est un rattachement à part entière, et d'autant plus en matière contractuelle, lorsque l'on considère que les parties ont fixé le ressort territorial de leur rapport contractuel d'un commun accord au moment de leur engagement respectif. De plus, le recours à la volonté des parties en tant que rattachement s'est justifié par la difficulté de recourir à une localisation objective. En effet, celle-ci consiste à analyser « les situations par des critères de nature « spatiale », en se fondant sur des circonstances occupant une place visible dans l'espace » alors que « les contrats se soustraient naturellement à ce procédé en raison de leur nature immatérielle »⁹⁰⁶. Par conséquent, la difficulté de recourir à une approche concrète à l'égard de toute situation contractuelle justifie de prendre en compte la volonté des parties. En outre, le droit des conflits de lois a notamment pour fonction de protéger les intérêts des particuliers puisque sa mission est bien de régir leurs relations juridiques. Le recours à la loi d'autonomie permet alors de garantir ces intérêts puisque d'une part, « elle leur permet de désigner la loi qu'elles estiment la mieux adaptée à l'opération qu'elles concluent », et d'autre part, « elle facilite les échanges en permettant aux parties de choisir la loi qu'elles estiment appropriée »⁹⁰⁷. C'est ainsi que « l'autonomie de la volonté constitue (...) un outil que le législateur peut remettre entre les mains des particuliers, là où les intérêts de ceux-ci sont prédominants, pour remédier à l'imperfection de la règle de conflit ou à l'indétermination du principe de proximité »⁹⁰⁸. La localisation subjective pourrait donc constituer un facteur de localisation plus à même de répondre aux objectifs du droit des conflits de lois puisqu'elle permet à la fois de déterminer la situation spatiale du rapport de droit et qu'elle répond aux intérêts légitimes des parties.

585. Les intérêts privés mieux garantis par une localisation objective. Néanmoins, il est excessif de considérer que la localisation subjective garantisse mieux que la localisation objective les intérêts protégés par le droit des conflits de lois en recourant à une analyse fondée uniquement sur l'autonomie de la volonté. Comme l'a affirmé Batiffol, « la satisfaction des intérêts privés peut et doit être regardée comme le mode premier et normal de réalisation de l'intérêt général »⁹⁰⁹. En effet, « longtemps cantonnée dans le domaine des contrats et des régimes matrimoniaux, l'autonomie de la volonté pénètre aujourd'hui

⁹⁰⁶ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 229.

⁹⁰⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 235.

⁹⁰⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 269.

⁹⁰⁹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 116.

progressivement dans d'autres branches du droit » et, ainsi, « contribue à la satisfaction des intérêts généraux du droit international privé »⁹¹⁰. Ainsi, considérer qu'une localisation subjective favorise davantage les intérêts privés qu'une approche objective est donc dépourvu de valeur. L'analyse subjective du rapport de droit ne peut donc être préférée sur cette base. Cependant, elle pourrait être défendue au regard de la sécurité juridique et de la prévisibilité juridique qu'elle assure.

b) *Prévisibilité et sécurité du droit favorisées par l'autonomie de la volonté*

586. Prévisibilité et sécurité juridiques garanties par l'autonomie de la volonté.

Le reproche principal adressé à l'analyse concrète d'une situation juridique fondée sur le principe de proximité « est d'entraîner une certaine imprévisibilité des solutions »⁹¹¹. C'est pourquoi à l'inverse, une analyse subjective du rapport de droit a pu être soutenue. En effet, « l'autonomie de la volonté est une règle qui favorise la sécurité et la prévisibilité du droit, davantage que bien des rattachements objectifs »⁹¹². Ainsi, tant la sécurité juridique que la prévisibilité juridique sont donc garanties, car la loi choisie par les parties constitue « un critère dont la concrétisation est particulièrement aisée à déterminer » contrairement à une localisation objective qui suppose « la prise en considération des particularités de chaque espèce ». En effet, en l'absence d'encadrement d'une approche concrète de la situation litigieuse basée sur les liens les plus étroits, il apparaît certainement que la sécurité juridique et plus particulièrement la prévisibilité juridique puissent être mises à mal. Néanmoins, il n'est pas parfaitement justifié de considérer que le recours à l'autonomie de la volonté garantisse réellement sécurité et prévisibilité juridiques.

587. Des garanties à relativiser. « La sécurité juridique des parties à un contrat consiste en la possibilité de concevoir et d'ajuster leurs actes et comportements en fonction des normes juridiques applicables au rapport de droit visé »⁹¹³. De ce fait en droit des conflits de lois, « cette sécurité est assurée par la certitude de la règle de conflit et la prévisibilité de la loi applicable à leur relation juridique »⁹¹⁴. Il en ressort, notamment en matière contractuelle, que ces deux garanties s'analysent par le recours à l'autonomie de la volonté quelle que soit la situation juridique. Néanmoins, ce constat ne vaut qu'à l'égard d'une approche large du

⁹¹⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 269.

⁹¹¹ *Ibid.*

⁹¹² P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 243.

⁹¹³ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 12.

⁹¹⁴ *Ibid.*

rapport de droit, ou plus précisément du rapport contractuel. En effet, si ces objectifs semblent atteints par le recours à la loi d'autonomie, ce n'est pas réellement le cas si le raisonnement se poursuit au-delà de cette simple alliance entre matière contractuelle et volonté des parties. Ainsi, « des divergences liées au régime de la loi applicable en présence d'une volonté concordante déclarée par les parties »⁹¹⁵ vont nécessairement apparaître. Par conséquent, ces divergences vont nécessairement remettre en cause les objectifs visés. Il convient donc de relativiser les garanties qu'offre l'autonomie de la volonté à l'égard du droit des conflits de lois. Il serait préférable de simplement admettre que « dans les systèmes, où le rattachement objectif assure la prévisibilité du droit de manière insuffisante, l'autonomie de la volonté manifeste sa supériorité sur ces rattachements ». *A contrario*, cela signifie que dans l'hypothèse où la prévisibilité juridique ainsi que la sécurité juridique sont assurées par la localisation objective, il ne serait pas nécessaire de recourir à une approche subjective du rapport de droit.

588. L'insertion de l'autonomie de la volonté au sein de la localisation objective.

De ces considérations, il faut plutôt combler les lacunes qui sont imputées à la localisation objective. En effet, la localisation subjective n'aboutit pas à un meilleur système que celui produit par la localisation objective. Tout comme l'analyse objective, l'analyse subjective permet de garantir les intérêts des parties. De plus, si elle semble protéger davantage sécurité et prévisibilité juridiques, ce n'est que dans l'hypothèse où l'analyse objective ne le permettrait pas. Il devrait donc être préféré de recourir à une analyse objective incluant comme critère d'analyse la volonté des parties.

En effet, « la volonté des parties est un facteur très important, mais ce n'est pas le seul »⁹¹⁶. Par conséquent, la détermination spatiale du rapport juridique doit demeurer une analyse objective et concrète, fondée sur le principe de proximité, mais incluant la volonté des parties. En combinant, ou plutôt en insérant l'autonomie de la volonté c'est-à-dire une approche subjective, dans un raisonnement purement objectif relatif au ressort territorial d'un rapport juridique, il est permis d'atteindre doublement les objectifs de sécurité et de prévisibilité juridiques. De même, les intérêts des parties, mais également l'intérêt général, seront protégés. De la sorte, le rôle du juge consistera à vérifier « la localisation du contrat

⁹¹⁵ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 14.

⁹¹⁶ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 189.

sans être nécessairement lié par la volonté exprimée des parties »⁹¹⁷. Néanmoins, si la combinaison de ces deux systèmes semble être la parfaite adéquation pour garantir les intérêts privés, la prévisibilité juridique et la sécurité juridique, et donc, une égalité de traitement des sujets de droit, des limites s'y opposent.

B. LE RECOURS LIMITE A L'OBJECTIVISME ET AU SUBJECTIVISME

589. Si la coordination des systèmes objectivistes et subjectivistes peut parvenir à un traitement neutre et égalitaire des sujets de droit, demeurent des difficultés auxquelles ils sont confrontés. Effectivement, tout d'abord ces deux systèmes rencontrent des obstacles communs à toute localisation universelle du rapport de droit conformément à la méthode conflictuelle (1). Puis, chacun des systèmes connaît des limites personnelles qui s'opposent, une fois encore, à une localisation effective du rapport de droit (2).

1) Les obstacles communs à une technique de localisation universelle

590. La localisation du rapport de droit, issue d'une pensée conflictuelle, qu'elle soit objective ou subjective, connaît certaines limites qui freinent l'harmonisation du droit des conflits de lois. Ces obstacles consistent, premièrement, en un détournement de la localisation du rapport de droit par le recours à des règles à finalité substantielle (a), et deuxièmement en un encerclement de cette localisation par des dispositions impératives étatiques (b).

a) Le détournement de la localisation par recours aux règles à finalité substantielle

591. La neutralité déjouée par les règles de conflit à caractère substantiel. Par principe, le droit des conflits de lois, quel que soit le type de localisation retenue, rejette « toute appréciation directe du contenu des lois en conflits » et « suppose la neutralité de la règle de conflit »⁹¹⁸. Cependant, le droit des conflits de lois positif porte parfois atteinte à cette neutralité en recourant à des considérations substantielles⁹¹⁹. En effet, au regard notamment de la matière contractuelle, « le droit international privé conventionnel (...) ne néglige pas, (...), les objectifs de la justice matérielle »⁹²⁰.

592. La localisation du rapport de droit perturbé par le substantialisme. La localisation issue du raisonnement conflictualiste « peut être mise en échec par les Etats eux-mêmes lorsque, pour obtenir dans l'ordre international un certain résultat qui leur paraît

⁹¹⁷ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 189.

⁹¹⁸ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 8.

⁹¹⁹ O. Cachard, *op. cit.*, § 327.

⁹²⁰ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 8.

souhaitable, ils adoptent une règle de conflit non neutre, qui a pour objectif avoué de désigner un ordre juridique qui permettra d'obtenir le résultat matériel souhaité par l'auteur de la règle de conflit »⁹²¹. En effet, et surtout en matière contractuelle, « la pratique législative nationale et conventionnelle témoigne depuis quelques années de l'existence de différentes règles de rattachement ayant pour but de garantir l'application des règles matérielles protégeant la partie faible »⁹²². Par conséquent, ces considérations matérielles, notamment en matière de travail et de consommation, encadrent les règles de conflit, qu'elles soient objectives ou subjectives, et limitent donc ces deux types de systèmes. Au regard de ces règles, « la protection de la partie faible se réalise dans le cadre d'une gamme relativement variée de solutions, laquelle s'étend entre l'exclusion pure et simple de l'autonomie de la volonté et son maintien assorti à des conditions diverses ». Il n'est donc plus question d'une localisation objective procédant d'une analyse neutre et concrète puisque la règle de conflit est fonction de considérations substantielles propres au consommateur ou au travailleur. Il en demeure de même de la localisation subjective qui n'est plus la traduction pure et simple de l'autonomie de la volonté, celle-ci étant parfaitement encadrée au regard des objectifs substantiels visés par le droit international conventionnel⁹²³.

593. L'harmonisation du droit freinée par le substantialisme. La localisation du rapport de droit, que celle-ci soit objective ou subjective, est irrémédiablement limitée par les considérations substantielles sur lesquelles sont construits les textes internationaux. Les objectifs poursuivis par les Etats, dans les conventions internationales, peuvent paraître « en soi légitimes »⁹²⁴. Cependant, ils constituent des freins à l'harmonisation contrairement à la logique de localisation du rapport de droit.

La localisation du rapport de droit notamment objective permet, sur la base d'un principe de proximité, d'être déterminée au regard des liens les plus étroits. De même, la localisation subjective permet d'établir le rapport de droit conformément à la volonté des parties. Par conséquent, ces deux types de rattachement consistent à situer un rapport de droit dans l'espace indépendamment de toute aspiration matérielle. En recourant à des rattachements purement conflictuels, une universalisation des règles est envisageable. A l'inverse, en créant des règles conflictuelles à coloration matérielle, il est certain que

⁹²¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 269.

⁹²² P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 270.

⁹²³ Voir en ce sens l'article 6 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

⁹²⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 269.

l'adhésion des Etats demeurera limitée puisque chaque Etat, doté d'une identité propre, ne sera pas obligatoirement convaincu par les mêmes objectifs que ceux visés par une convention internationale dans telle matière. Finalement, dès lors que des considérations substantielles entrent en jeu dans la construction de tout système propre au droit des conflits de lois, alors l'uniformité, corollaire de l'égalité de traitement, est nécessairement limitée. Or, si les règles de conflit conventionnelles peuvent en être exemptes, elles demeureront toujours soumises quant à leur résultat à l'ordre public international. De plus, elles restent susceptibles d'éviction par des dispositions impératives.

b) L'encerclement de la localisation par les dispositions impératives étatiques

594. La localisation perturbée par le mécanisme des lois de police. En sus des aspirations matérielles auxquelles sont soumis les systèmes de localisation, ils sont également encerclés ou du moins encadrés par des dispositions impératives. En recourant au mécanisme des lois de police, des dispositions impératives s'appliquent à la situation juridique quel que soit le rattachement retenu. Effectivement, qu'il s'agisse d'une localisation objective ou subjective, il n'est pas exclu de considérer « d'un contrat donné qu'il n'est pas suffisamment détaché de l'Etat édictant une disposition impérative pour que celle-ci soit sacrifiée au souci de la participation au commerce international, et donc de faire prévaloir sur la désignation d'une loi étrangère l'autorité d'une disposition interne évincée »⁹²⁵. Ce mécanisme est notamment prévu dans le règlement Rome I et ceci, quel que soit le système retenu c'est-à-dire en présence ou en l'absence de choix de lois⁹²⁶. Par conséquent, « l'intérêt des contractants doit céder le pas à l'intérêt de chaque Etat à appliquer ses règles impératives à certains contrats »⁹²⁷. Chaque fois qu'une situation litigieuse peut être rattachée au territoire d'un Etat, les dispositions impératives édictées par celui-ci sont susceptibles de s'appliquer, et ceci, quelle que soit la règle de conflit retenue. Ainsi ces dispositions impératives constituent un autre obstacle à l'harmonisation des règles de conflit basée sur une fonction localisatrice.

595. Un mécanisme perturbateur compatible avec une localisation objective en termes de prévisibilité juridique. Cependant, elles représentent nettement plus un obstacle à l'égard du système subjectif en termes de prévisibilité. En effet, le système objectif, basé sur une analyse concrète, devrait permettre de déterminer avec le territoire de quel Etat la situation juridique est rattachée, et par conséquent, quelles seront les dispositions impératives

⁹²⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 235.

⁹²⁶ En ce sens, voir les articles 3, 4 et 9 du règlement *Rome I*.

⁹²⁷ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 269.

susceptibles de s'appliquer. Or, tel n'est plus le cas dans un système subjectif puisque ce ne sont pas seulement les dispositions impératives de la législation de l'Etat pour laquelle les parties ont opté qui sont susceptibles de s'appliquer, mais bien celles avec lesquelles se rattache la situation juridique. Ainsi, au regard des obstacles communs auxquels sont confrontés les systèmes de localisation, il apparaît tout de même préférable de maintenir une localisation objective, celle-ci assurant davantage la prévisibilité du droit. Néanmoins, d'autres limites sont imputables à ces systèmes, mais cette fois-ci individuellement.

2) Les limites individuelles de chaque technique de localisation

596. Si les systèmes objectifs et subjectifs de droit international privé connaissent des limites communes, ils sont également confrontés à des limites propres. D'une part, le système objectif est confronté à une difficulté issue de l'absence de définition de la proximité conduisant à cantonner l'analyse concrète à deux extrêmes c'est-à-dire à un excès de rigidité ou bien de souplesse (a). D'autre part, le système subjectif octroyant une liberté totale aux parties quant au choix de la loi applicable dénature totalement la fonction localisatrice de toute règle de conflit (b).

a) *L'imprécision du rattachement de proximité en l'absence de définition juridique*

597. L'imprécision du rattachement de proximité. Le Professeur Lagarde a affirmé que « c'est dans le domaine des contrats, lorsque les parties n'ont pas choisi d'un commun accord la loi applicable, que l'on est parvenu, pour la première fois, semble-t-il, à dégager la solution d'un rapport de droit, en l'espèce, le contrat, devait être régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »⁹²⁸. Plus généralement, la localisation objective d'un rapport de droit implique de déterminer à l'égard de quel territoire il est le plus proche. Ainsi, sur le principe, le recours à la notion de proximité est parfaitement légitime puisqu'elle implique objectivité et neutralité à l'égard de la détermination de la loi applicable et conduit, en théorie, à un traitement identique des situations juridiques. Cependant, le recours aux liens les plus étroits a pu créer une certaine imprévisibilité juridique dans la mesure où son contenu n'est pas défini. Par conséquent, notamment en matière contractuelle, le législateur a convenu d'associer un rattachement propre à une étape du contrat ou à un type de contrat considérant qu'il s'agirait alors du rattachement présentant le lien le plus étroit. A titre d'exemple, en

⁹²⁸ P. Lagarde, P. I « Le principe de proximité dans les conflits de lois », in « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 7.

Europe, le règlement Rome I, en son article 4, prévoit par exemple que « le contrat de vente de biens est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle ».

598. Un rattachement objet d'un éventuel encadrement rigide. Il ressort de ces réglementations européennes que le législateur a pris parti de déterminer quel est à son sens, le rattachement qui présente les liens les plus étroits. Or, ce type de raisonnement a été adopté dans d'autres matières que celles des actes juridiques, notamment en matière délictuelle, puisque la règle de rattachement prévoit que « les suites d'un accident d'automobile présentant des rattachements avec plus d'un Etat sont déclarées régies par la loi du lieu de l'accident »⁹²⁹. Le choix opéré par le législateur constitue une limite à une localisation purement objective du rapport de droit. La localisation objective consiste en une analyse concrète de la situation. Or, en confinant un rattachement rigide à une situation, il est peu probable que ce rattachement constitue celui présentant les liens les plus étroits dans toute situation juridique. Le résultat est tel que « l'élément de rattachement indiqué par le législateur lui-même pour certaines questions concrètes doit être présumé être le rattachement le plus fort sans possibilité de prouver le contraire »⁹³⁰.

599. Un rattachement objet d'un potentiel encadrement souple. Néanmoins, « certaines législations modernes ont effectivement pris acte de la relativité des rattachements et prévu des clauses d'exception pour le cas où une autre loi que celle désignée par la règle apparaîtrait mieux indiquée dans les circonstances »⁹³¹. C'est pourquoi l'article 4 du règlement Rome I prévoit une clause d'exception en son paragraphe 3 en établissant que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ». Grâce au mécanisme des clauses d'exception, la localisation concrète et objective du rapport de droit semble donc maintenue. Toutefois, comme l'a exprimé Monsieur Patocchi, « il est vrai qu'il ne s'agit pas d'une fuite pure et simple dans une clause générale, puisque le critère du lien le plus étroit a été concrétisé pour chaque type de contrat (...), toutefois l'existence d'une clause échappatoire en matière de contrats témoigne dans ce contexte d'une attitude où la prudence se mêle au scepticisme »⁹³².

⁹²⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 167.

⁹³⁰ W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *op. cit.*, spéc. p. 2.

⁹³¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 167.

⁹³² P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 230.

600. Vers un juste encadrement des liens les plus étroits. Effectivement l'insertion d'une clause d'exception au sein d'une réglementation conflictuelle pallie la rigidité consacrée par un rattachement strict représentant, *a priori*, le lien le plus fort avec le rapport juridique en cause. A l'inverse, la clause d'exception engendre une extrême souplesse. Autrement dit, dès lors que des liens plus étroits peuvent faire échec au rattachement strict retenu par le droit positif, l'imprévisibilité juridique va réapparaître. Il serait préférable de retenir comme rattachement principal les liens les plus étroits pour garantir une localisation objective et concrète, mais de l'associer à une définition ou du moins un encadrement quant à son contenu conformément à la matière à laquelle il s'applique. Autrement dit, chaque catégorie de rattachement devrait se voir assigner des points de rattachement conformément à sa nature. Par exemple, en matière de statut personnel, il pourrait s'agir de la nationalité et du domicile puisqu'ils constituent les éléments intrinsèques de la personne, mais pourrait y être ajouté le centre des intérêts de la personne. En tout état de cause, il s'agirait d'opérer un compromis entre souplesse et rigidité. Tel n'est pas le cas encore aujourd'hui, c'est pourquoi toute localisation purement concrète et objective est limitée par le droit positif. De même que l'est toute localisation subjective.

b) La dénaturation de la fonction localisatrice par liberté totale de choix de loi

601. L'autonomie de la volonté comme rattachement de localisation du rapport de droit. La localisation subjective, contrairement à une approche concrète et objective du rapport de droit, consiste à déterminer le lieu de situation duquel dépend un rapport de droit conformément à la volonté des parties. Ainsi, notamment en matière contractuelle, la détermination de la loi applicable est fonction de l'autonomie de la volonté c'est-à-dire que le rattachement retenu est la loi choisie par les parties. Par exemple, l'article 3 du règlement Rome I prévoit que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Par conséquent, le législateur européen a préféré le subjectivisme à l'objectivisme en matière contractuelle. De plus, il a également prévu dans ce même article que « par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ». En donnant la possibilité aux parties d'opter pour le dépeçage de leur contrat, le subjectivisme est totalement consacré à l'instar de l'objectivisme.

S'il est admis que le contrat, qu'il soit l'objet d'une approche objective ou subjective, est régi par une loi⁹³³, il n'en demeure pas moins que cette loi est objet de la volonté des parties. Il peut être soutenu que cette loi, en tant que loi d'autonomie, constitue bien un procédé de localisation du rapport de droit, c'est-à-dire que la localisation du contrat se situe sur le territoire de « la loi sous l'empire de laquelle se déroule l'ensemble des opérations contractuelles »⁹³⁴ conformément à ce qu'ont prévu les parties. Au contraire, l'admission d'une liberté totale de choix de loi ainsi que d'une possibilité de dépeçage du contrat par les parties « laisse ainsi le sentiment que ces dernières peuvent jouer avec la loi et tenir à l'écart de leur opération les dispositions légales qui leur paraissent inopportunes »⁹³⁵.

602. L'autonomie de la volonté comme rattachement à finalité substantielle. Le subjectivisme peut donc exercer une fonction localisatrice, comme à l'inverse, exercer une fonction purement matérielle qui serait conforme au résultat recherché par les parties. En effet, « si la volonté exerce une fonction conflictuelle, sa spécificité réside dans son caractère subjectif non localisateur par rapport aux autres rattachements, eux localisateurs et objectifs, des autres règles de conflit »⁹³⁶. Par conséquent, le subjectivisme implique que « la résolution du conflit de lois s'effectue principalement par le facteur de rattachement de la volonté, en ayant égard à un résultat matériel consistant en la satisfaction des parties au contrat dans leur désignation de la loi applicable au contrat »⁹³⁷. Finalement, en pratique, le subjectivisme conduit à exclure toute localisation du rapport de droit pour préférer la recherche d'un résultat substantiel. Or, il est contraire à l'esprit du droit des conflits de lois de retenir une approche matérielle puisqu'elle s'oppose à toute neutralité et égalité de traitement des situations internationales. Par conséquent, la volonté des parties peut constituer un facteur d'appréciation dans la détermination de la proximité de la situation juridique avec un territoire⁹³⁸, mais en aucun cas ne devrait constituer le seul critère de rattachement. Toutefois, il est nécessaire d'envisager dans son ensemble tous les systèmes subjectifs et objectifs mis en place par le droit positif afin de déterminer quelle approche est la meilleure en termes de neutralité et d'égalité de traitement.

⁹³³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 248.

⁹³⁴ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 187.

⁹³⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 248.

⁹³⁶ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 10.

⁹³⁷ *Ibid.*

⁹³⁸ Cf. *supra* § 582 et s.

§ 2 – LE RECOURS CONSEILLE A UN OBJECTIVISME TEINTE DE SUBJECTIVISME EN DROIT POSITIF

603. En droit des conflits de lois positif, tant l'objectivisme que le subjectivisme ont été consacrés par les législations relatives à la matière. Ainsi, le système subjectif est consacré dans diverses législations de droit des conflits de lois. Pourtant, son recours paraît discutable notamment au regard de l'étendue de son champ d'application matériel (A). Parallèlement, le système objectif a également été retenu dans tous les textes relatifs à la discipline. Or, contrairement au subjectivisme, cette reconnaissance juridique est indispensable, voire primordiale (B).

A. LE RECOURS CONTROVERSABLE AU SUBJECTIVISME EN DROIT POSITIF

604. Le subjectivisme s'est fortement développé grâce à la matière contractuelle et notamment en vertu de sa nature supplétive. Ceci a contribué à l'utilisation traditionnelle du principe de l'autonomie de la volonté en matière de droits disponibles (1). En outre, cet essor de la volonté des parties, principalement en matière contractuelle, s'est fortement propagé en transposant maladroitement les arguments propres aux droits disponibles aux droits indisponibles (2).

1) L'utilisation traditionnelle du subjectivisme en matière de droits disponibles

605. En adoptant une analyse pratique du droit des conflits de lois, il est établi que l'autonomie de la volonté, qu'elle soit absolue ou encadrée, a été consacrée par le droit positif en matière de droits disponibles (a). De plus, l'intégration du subjectivisme dans les matières relatives aux droits disponibles semble parfaitement justifiée au regard du respect de la volonté des parties (b).

a) D'une autonomie de la volonté absolue à une autonomie de la volonté encadrée

606. L'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Classiquement, le rattachement de l'autonomie de la volonté est consacré en matière contractuelle, et notamment par la sphère juridique européenne en droit des conflits de lois. Le règlement Rome I prévoit, en son article 3, une liberté de choix totale à l'égard des parties quant à la loi applicable. Par conséquent, « le contrat est soumis à la loi choisie, et le choix des parties est un critère dont la concrétisation est particulièrement aisée à déterminer »⁹³⁹. De plus, « la justification positive

⁹³⁹ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 243.

fondamentale du principe de l'autonomie de la volonté » se situe au regard de « l'intérêt des parties »⁹⁴⁰.

607. L'autonomie de la volonté étendue en matière de droits disponibles. Au regard de ces considérations, à savoir l'intérêt des parties et la facilité de concrétisation du rapport de droit, le principe de l'autonomie de la volonté s'est étendu à d'autres matières similaires c'est-à-dire celles relatives aux droits disponibles. En effet, la matière délictuelle ainsi que les régimes matrimoniaux, en tant que droits disponibles, ont consacré la théorie subjectiviste. Le règlement Rome II⁹⁴¹, en son article 14, offre une liberté de choix totale aux parties quant à la loi applicable, du même ordre que le règlement Rome I. La Convention de La Haye relative aux régimes matrimoniaux de 1978⁹⁴², en son article 3, et le règlement régimes matrimoniaux de 2016⁹⁴³, en son article 22, prévoient une liberté de choix des parties, mais cette fois-ci encadrée. Dès lors, les parties ont la liberté de choisir la loi applicable conformément aux options de choix qui sont offertes par le texte international.

608. Une autonomie de la volonté fréquemment totale. En pratique, le subjectivisme a donc su pénétrer le droit positif en intégrant les sources internationales dédiées aux droits disponibles. Néanmoins, le subjectivisme s'est concrétisé au moyen d'une liberté de choix davantage absolue qu'encadrée, qui n'est donc limitée que par le mécanisme des lois de police, et qui peut alors contourner l'objectif de localisation du rapport de droit recherché par la règle conflictuelle⁹⁴⁴. Toutefois, le recours au subjectivisme est justifié en la matière, même s'il serait préférable de l'encadrer. En effet, « dans les systèmes de conflit consacrant des rattachements rigides, l'avantage de l'autonomie n'est pas tant la sécurité que sa faculté de prendre en considération les particularités du cas d'espèce »⁹⁴⁵. C'est pourquoi la volonté des parties doit nécessairement être prise en compte dans le cadre de droits disponibles puisqu'il s'agit de droits « dont on peut librement disposer »⁹⁴⁶ et donc susceptibles de diverses particularités.

⁹⁴⁰ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 242.

⁹⁴¹ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Rome II*.

⁹⁴² Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

⁹⁴³ Règlement (UE) n°2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

⁹⁴⁴ Cf. *supra* § 600 et 601.

⁹⁴⁵ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 243.

⁹⁴⁶ G. Cornu, « disponible », *op. cit.*, spéc. p. 317.

b) *L'autonomie de la volonté justifiée en matière de droits disponibles*

609. Un rattachement corollaire de la liberté contractuelle en droit interne. Le recours à l'autonomie de la volonté, au-delà des intérêts qu'il peut présenter, se justifie conformément à la nature du rapport juridique en cause. En partant de l'origine, c'est-à-dire de la matière contractuelle, il apparaît que « la justification de la faculté de choix de la loi applicable, au moment où le principe en fut proclamé, était (...) liée à l'exaltation du rôle de la volonté dans le droit »⁹⁴⁷. De cette façon, « cette faculté fut considérée (...) comme le prolongement de la liberté contractuelle en droit interne »⁹⁴⁸. Par conséquent, c'est en accordant liberté conflictuelle et liberté contractuelle qu'est né le rattachement à l'autonomie de la volonté.

610. Un rattachement conforme à la nature des droits en cause. Comme l'explique Monsieur Patocchi, « l'autonomie conflictuelle permet le choix par les parties de la loi applicable au contrat » et « la liberté contractuelle permet aux parties d'aménager librement le régime contractuel dans les limites du droit impératif »⁹⁴⁹. C'est ainsi qu'« au fur et à mesure que l'autonomie privée (s'est) manifestée dans le droit interne, les rattachements impératifs (ont perdu) leur raison d'être et l'idée d'autonomie conflictuelle (s'est) fait jour »⁹⁵⁰. Ainsi, le principe de liberté contractuelle a pu justifier la naissance du principe de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. En effet, la liberté conflictuelle est le reflet de la liberté contractuelle en droit interne puisque les parties choisissent librement la loi applicable à leur rapport juridique avec pour unique limite « les règles internationalement impératives dont le système du for impose le respect »⁹⁵¹. Ainsi, conformément à la nature des droits en cause, à savoir des droits disponibles, il est juste de considérer que les parties puissent maîtriser la loi applicable à ces droits puisque par définition elles peuvent en disposer⁹⁵². « Là où l'autonomie

⁹⁴⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 235.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 240.

⁹⁵⁰ *Ibid.*

⁹⁵¹ *Ibid.*, § 241.

⁹⁵² Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 64 : « La liberté contractuelle qui règne en droit interne se prolonge, comme naturellement, au plan international, par la liberté de choisir la loi applicable au contrat, tout particulièrement à une époque où les règles étaient en ce domaine généralement supplétives de volonté, en sorte que le problème de l'autorité de la loi ne présentait que peu d'acuité. Ce libre choix présente le mérite d'assurer aux parties une très grande sécurité juridique en faisant coïncider la règle de décision du juge avec la règle sur laquelle les parties ont modelé leur conduite ; il donne toute latitude aux contractants pour choisir une loi appropriée à la teneur de leur projet et qui en facilite la réalisation ».

a libre jeu, les parties sont libres dans leur choix de la loi applicable et dans la détermination des critères présidant à ce choix »⁹⁵³.

De plus, depuis le principe de liberté contractuelle de 1804, le « dirigisme contractuel » a connu un développement universel⁹⁵⁴ conduisant donc nécessairement à promouvoir le rattachement de l'autonomie de la volonté en droit international privé et particulièrement en droit des conflits de lois. Ce développement a conduit à étendre le principe à toutes les matières relatives aux droits disponibles c'est-à-dire aux délits et aux régimes matrimoniaux. Or, il semble que le raisonnement retenu à l'égard de la matière contractuelle soit transposable aux délits et aux régimes matrimoniaux puisqu'il s'agit également de droits disponibles. Par conséquent, la nature de ces droits peut justifier le recours au subjectivisme c'est-à-dire le désir d'inclure la volonté des parties dans la détermination de la loi applicable au rapport de droit, sans qu'il soit nécessaire d'affirmer qu'une liberté totale soit reconnue. Pourtant, le droit positif fait appel au principe de l'autonomie de la volonté en matière de droits indisponibles.

2) L'appel critiquable au subjectivisme en matière de droits indisponibles

611. La frénésie de la doctrine de la liberté contractuelle, engendrant celle de l'autonomie de la volonté, s'est étendue en toute matière. Par conséquent, la volonté des parties est désormais prise en compte même dans les matières relatives aux droits indisponibles, mais demeure nécessairement encadrée (a). Pour autant, le recours à l'autonomie de la volonté dans une telle matière est contestable en ce qu'il est contraire à la nature même des droits indisponibles (b).

a) La volonté des parties nécessairement encadrée à l'égard des droits indisponibles

612. L'autonomie de la volonté étendue aux droits indisponibles. Comme l'a affirmé le Professeur Bernard Audit, « la volonté des parties (a) été prise en considération depuis une période ancienne des conflits de lois, selon l'idée que lorsqu'elle est admise à s'exprimer dans les rapports internes elle peut aussi bien l'être en présence d'un conflit de lois »⁹⁵⁵. C'est pourquoi si l'autonomie de la volonté s'est répandue en matière contractuelle, conformément à la nature disponible de ces droits, elle s'est également propagée en matière de droits indisponibles. A l'inverse des droits disponibles, les droits indisponibles sont ceux

⁹⁵³ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 241.

⁹⁵⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 235.

⁹⁵⁵ B. Audit, Ch. II « Le conflit de lois », in « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *op. cit.*, § 297.

« dont on ne peut disposer »⁹⁵⁶. Ainsi, l'autonomie de la volonté s'est étendue à d'autres matières que les contrats, les délits et les régimes matrimoniaux. Elle a notamment pénétré la matière successorale et la matière matrimoniale. En abordant ces deux matières, celles-ci sont régies toutes deux par un règlement européen lequel prévoit un système subjectif limité. D'une part, le règlement européen relatif aux successions donne la possibilité au défunt de choisir la loi applicable à sa succession, mais restreint ce choix à sa loi nationale⁹⁵⁷. En réalité, le choix s'opère entre le système objectif, qui offre le rattachement à la loi du domicile, et le système subjectif, qui permet d'opter pour la loi nationale du défunt. D'autre part, le règlement européen relatif à la loi applicable au divorce et à la séparation de corps⁹⁵⁸ donne la possibilité aux époux de déterminer la loi applicable à leur divorce ou séparation de corps pourvu que cette loi soit parmi l'une des quatre prévues dans l'article 5 du texte. Les rattachements retenus sont, à cet égard, la loi du domicile, la loi nationale et la loi du for.

613. Un rattachement encadré de manière arbitraire. Il en ressort que les droits indisponibles sont aussi atteints par le subjectivisme mais celui-ci demeure limité dans la mesure où si les parties ont la possibilité de déterminer la loi qu'elles souhaitent appliquer au rapport litigieux, ce choix demeure restreint. Cependant, le choix des rattachements retenus et offerts aux parties peut sembler contestable. La limitation de la volonté des parties par l'adoption de critères de rattachement arbitraires est contraire à l'esprit même du principe de l'autonomie de la volonté. Effectivement, il est difficilement justifiable de considérer que tel rattachement serait le plus conforme à ce que les parties ont souhaité.

En observant les critères de rattachement retenus par les systèmes subjectifs propres à chaque matière, un lien peut être fait avec le principe de proximité. Par exemple, en reprenant le règlement succession, les rattachements proposés sont le domicile et la nationalité. Or, nécessairement une succession se rattache à la personne du défunt, donc aussi bien à sa nationalité, qu'à son domicile. Par conséquent, ce sont les critères de localisation du rapport de droit qui ont justifié le recours au rattachement de la loi nationale dans le système subjectif. Ainsi, le subjectivisme limité serait donc fonction de la localisation du rapport de droit conformément au principe de proximité. Au regard des droits indisponibles, le principe

⁹⁵⁶ G. Cornu, « indisponible », *op. cit.*, spéc. p. 485.

⁹⁵⁷ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, spéc. art. 22.

⁹⁵⁸ Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *Rome III*.

d'autonomie de la volonté serait en quelque sorte vidé de sa substance puisqu'il serait encadré par l'objectivisme. En réalité, il ne s'agit que de la conséquence du recours au subjectivisme en matière de droits indisponibles.

b) *L'antinomie de l'autonomie de la volonté et des droits indisponibles*

614. L'autonomie de la volonté à tout prix par souci de prévisibilité juridique. A l'origine le principe de l'autonomie de la volonté est apparu en matière contractuelle dans la mesure où « le droit des contrats était pour l'essentiel de caractère supplétif, de sorte que la possibilité de désigner la loi applicable dans un contrat international fut proclamée sans difficulté dans un certain nombre de législations »⁹⁵⁹. De plus, il s'agissait d'une matière dotée de rares règles impératives internes, ce qui justifiait le possible recours à la volonté des parties⁹⁶⁰. Or, contrairement à la matière contractuelle, les matières relatives aux droits indisponibles notamment les questions personnelles et familiales se manifestent à raison du caractère impératif d'un certain nombre de règles internes⁹⁶¹. Par conséquent, en vertu de cette impérativité, les Etats ont un intérêt « à l'application de leur loi en matière de droit privé »⁹⁶². C'est pourquoi traditionnellement, les matières relatives aux droits indisponibles n'ont pas été l'objet de la volonté des parties. La justification du recours à l'autonomie de la volonté se trouve alors dans le souci de prévisibilité du droit applicable. Comme l'a expliqué le Professeur Bernard Audit, recourir au subjectivisme, à l'égard de tout acte juridique, et notamment en matière de contrat de mariage ou encore de succession, conduit à estimer que « donner aux intéressés le choix de la loi assure la prévisibilité des solutions mieux que les rattachements présentés comme objectifs », « l'idée n'est ici que de permettre aux parties de lever elles-mêmes l'incertitude sur la loi applicable, toute idée de facilitation du commerce international étant absente »⁹⁶³.

615. La prévisibilité juridique aussi bien assurée par l'objectivisme. Le recours à l'autonomie de la volonté en matière de droits indisponibles n'est *a priori* admis qu'en vertu de la prévisibilité du droit que ce critère de rattachement assure. Or, si la prévisibilité du droit constitue un argument en faveur du recours à l'autonomie de la volonté, il n'est pas le seul. Par conséquent, justifier le recours à un rattachement sur ce seul argument semble discutable.

⁹⁵⁹ B. Audit, Ch. II « Le conflit de lois », in « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *op. cit.*, § 297.

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ *Ibid.*, § 296.

⁹⁶² *Ibid.*

⁹⁶³ *Ibid.*, § 300.

En effet, en matière contractuelle, d'autres arguments justifient le recours à l'autonomie de la volonté, le principal étant de considérer qu'« aucune des lois auxquelles se rattache un contrat international ne peut revendiquer un titre exclusif à le régir ». Par conséquent, dans un souci de participation de chaque Etat au commerce international et d'absence de détermination préalable de la loi applicable sur des critères objectifs, le contrat doit être soumis à l'autonomie de la volonté. Ces arguments ne sont pas transposables en matière de droits indisponibles. Dire que le recours au subjectivisme permet de garantir une prévisibilité du droit qui n'est pas assuré par le droit objectif est erroné. En effet, au regard des règlements européens mis en place aujourd'hui dans ces matières, il apparaît que le droit objectif est parfaitement à même d'assurer la prévisibilité de la loi applicable puisque chaque texte prévoit quelle sera la loi applicable à telle question juridique. En sus, certains textes, et notamment le règlement Rome III, prévoient des rattachements identiques pour les systèmes objectifs et subjectifs. Ce parallélisme anéantit davantage l'argument de la prévisibilité puisque dans tous les cas, les parties sont soumises à des rattachements similaires et non pas différents selon le système applicable.

616. L'autonomie de la volonté non conforme à la nature des droits indisponibles.

En outre, le recours au subjectivisme est d'autant plus contestable qu'il s'agit de droits indisponibles. En effet, parallèlement au caractère impératif de ces droits, ceux-là ne peuvent faire l'objet d'une libre disposition c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être l'objet de la volonté des parties. Il est donc, par définition, contraire à la nature même de ces droits, de les soumettre à la volonté des parties. De plus, si l'on se réfère simplement à l'office du juge⁹⁶⁴ en droit international privé, le droit positif français prévoit que seuls les droits indisponibles sont soumis d'office à l'application des règles de droit international privé. A l'inverse, les droits disponibles peuvent y être soumis, mais il ne s'agit que d'une faculté. Si un parallèle est opéré avec l'autonomie de la volonté, il semble bien plus certain que celle-ci ne puisse jouer qu'en matière de droits disponibles, lesquels, étant soumis à la volonté des parties, peuvent ne pas être soumis à l'application des règles du droit international privé si les parties ne le soulèvent pas. Or, les droits indisponibles, dans la mesure où les parties ne peuvent en disposer, sont nécessairement soumis aux règles du droit international privé, même si les parties ne l'ont pas soulevé. Cela suffit à justifier l'exclusion de l'autonomie de la volonté en matière de droits indisponibles. Ces derniers doivent demeurer soumis à un système objectif, c'est-à-dire à un

⁹⁶⁴ Cf. *infra* § 1449 et s.

rattachement fonction de proximité, et ceci conformément à la nature de ces droits. Si une distinction juridique s'opère entre deux types de droits, c'est pour que les règles qui leur sont applicables leur correspondent. Ainsi, il n'est pas bon de croire que les règles applicables à une catégorie puissent s'étendre à une autre. Le système subjectif ne doit donc se cantonner qu'aux droits disponibles. C'est pourquoi le système objectif demeure indispensable en droit des conflits de lois.

B. L'EMPLOI CAPITAL DE L'OBJECTIVISME EN DROIT POSITIF

617. La réglementation du droit des conflits de lois consacre aujourd'hui tant le subjectivisme que l'objectivisme. Pour autant, elle laisse une place principale au système subjectif pour caractériser *a priori* le système objectif de supplétif (1). En réalité, le système subjectif n'est que le reflet du système objectif au regard de la méthode conflictuelle empruntée (2).

1) Le caractère *a priori* supplétif du système objectif

618. L'intégration du subjectivisme en droit des conflits de lois a conduit à placer ce système au premier rang pour ne rendre le recours à l'objectivisme que subsidiaire (a). Cependant, si le système objectif n'est employé qu'à défaut de recours au système subjectif, il demeure indispensable en l'absence de tout système subjectif (b).

a) La subsidiarité du système objectif à défaut de recours au système subjectif

619. Le rang supplétif accordé au système objectif. Si le recours au subjectivisme est discutable, il n'en demeure pas moins que celui-ci a été consacré dans divers instruments européens que ce soit en matière de droits disponibles ou de droits indisponibles. Chaque texte dans lequel est prévu un système subjectif en a fait son principe c'est-à-dire que par principe, il est fait référence à la loi choisie par les parties et ce n'est qu'à défaut de choix de loi, par exception, que s'appliquera le système objectif. Par conséquent, la loi d'autonomie prévue par l'article 3 du règlement Rome I prime, et ce n'est que dans l'hypothèse où les parties n'ont pas opté pour une loi que l'article 4 dudit règlement s'applique en tant que système objectif. Par conséquent, l'objectivisme est devenu le suppléant du subjectivisme. Désormais, « seule la règle de conflit objective (...) est supplétive, non la loi substantielle choisie par les parties comme applicable, ni celle évincée d'un commun accord par elles, inapplicable de ce fait malgré sa désignation par la règle de conflit objective »⁹⁶⁵.

⁹⁶⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 249.

620. Le rang de principe reconnu au système subjectif. Ainsi, le droit des conflits de lois, dans chaque matière pour laquelle l'autonomie de la volonté est devenue le principe abandonne son approche localisatrice pour ne devenir qu'une exception. Le système serait donc construit sur la volonté des parties et aboutirait à une certaine sécurité juridique issue de la prévisibilité du droit applicable. Il serait alors préférable de supprimer toute considération objective ou localisatrice. Cependant, ceci demeure impossible puisque d'une part, en l'absence de choix de lois, il est nécessaire de recourir à un rattachement objectif par défaut et d'autre part, en l'absence de système subjectif, le recours à l'objectivisme devient indispensable.

b) *L'indispensable besoin du système objectif en l'absence de système subjectif*

621. Le recours indispensable au système objectif. En présence d'un système subjectif, « la loi choisie se substitue à la loi qui aurait été applicable s'il n'y avait eu de choix »⁹⁶⁶. Or, lorsqu'aucun système subjectif n'est prévu, cela signifie qu'ont été mis en place des rattachements objectifs pour régler la situation litigieuse. Le recours au système objectif est alors indispensable puisque toutes les matières de droit privé ne prévoient pas le recours à un système subjectif. Ainsi, en l'absence de subjectivisme, l'objectivisme couvre toutes les hypothèses. Il serait donc légitime de penser que l'objectivisme demeure le principe et le subjectivisme l'exception, puisque le subjectivisme n'est pas le principe applicable à toute matière de droit privé. En outre, le système objectif demeure indispensable puisqu'il est le seul à même de s'appliquer à toute situation litigieuse.

622. L'harmonisation partielle du droit issue du système subjectif. De plus, si le subjectivisme ne permet pas la création d'un système uniforme applicable quelle que soit la matière juridique concernée, il ne crée pas une réelle harmonisation même dans les matières auxquelles il s'applique. En effet, « bien que le principe de l'autonomie de la volonté soit reçu presque *quasi* unanimement, l'universalisme en matière contractuelle est resté un vieux rêve impossible : l'accord n'est que de façade, occultant des divergences notables sur, par exemple, la portée, le régime du principe de l'autonomie de la volonté, sans parler de la désignation de la loi normalement applicable à défaut d'élection de droit »⁹⁶⁷. Par conséquent, « l'harmonie ne peut être que partielle, limitée dans l'espace aux pays qui ont des intérêts

⁹⁶⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 249.

⁹⁶⁷ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 26.

communs, et notamment celui de développer le commerce international que commandait l'environnement économique et politique d'après la Seconde Guerre mondiale »⁹⁶⁸.

623. Le rejet du subjectivisme par mesure de neutralité et d'égalité de traitement.

Il en ressort que le subjectivisme n'est pas à même de répondre à l'objectif d'égalité de traitement issu de l'uniformisation de la réglementation du droit des conflits de lois puisqu'il ne permet pas l'assentiment de tous les Etats. Une nouvelle fois, ce sont des considérations économiques et politiques, propres au commerce international, qui ont justifié le recours au subjectivisme et ont conduit à une harmonisation partielle. Or, il convient de rappeler que dès lors que l'harmonisation du droit des conflits de lois est fondée sur des considérations particulières, notamment politiques et économiques, elle est nécessairement limitée à des Etats d'identité similaire. Ainsi, la pratique même du subjectivisme atteste de l'indispensable recours à l'objectivisme puisqu'il s'agit du seul outil utilisable à un niveau supérieur, c'est-à-dire universel. C'est d'ailleurs probablement pour cela que les systèmes objectifs et subjectifs sont en pratique relativement proches l'un de l'autre.

2) Le parallélisme des systèmes de localisation au regard de la méthode conflictuelle

624. Si subjectivisme et objectivisme sont chacun consacrés au regard du droit positif comme système propre, ils sont pourtant sensiblement reliés. D'une part, leur lien se traduit au regard des règles conflit de lois en tant que telles, puisque les systèmes sont consacrés de manière similaire sur le plan du conflit de lois et sur le plan du conflit de juridictions (a). D'autre part, leur liaison se traduit sous la forme d'une identité réciproque, puisqu'en réalité le subjectivisme n'est qu'une traduction juridique de l'objectivisme (b).

a) L'identité de systèmes entre les règles de conflit de lois et de juridictions

625. Le parallélisme entre les conflits de lois et de juridictions. S'il a pu être affirmé qu'en matière de conflits de lois, les matières de droit privé, qu'elles concernent des droits disponibles ou indisponibles, ont été saisies par le subjectivisme, elles l'ont également été sur le plan du conflit de juridictions. En effet, en consultant les règlements européens en matière de compétence, il apparaît que la volonté des parties est prise en compte même à l'égard de la juridiction compétente.

626. Le subjectivisme en matière de droits disponibles. S'agissant des droits disponibles, et plus particulièrement de la matière civile et commerciale, le règlement

⁹⁶⁸ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 26.

Bruxelles I *bis* offre la possibilité aux parties de prévoir une clause attributive de juridiction afin de désigner le juge compétent en cas de litige⁹⁶⁹. Par conséquent, il est laissé le choix aux parties de déterminer la juridiction compétente en cas de litige, la seule limite étant constituée par la désignation d'une juridiction d'un Etat membre. En opérant un parallèle avec le règlement Rome I, il apparaît que conflits de juridictions et conflits de lois s'alignent donc en faveur de l'autonomie de la volonté c'est-à-dire en fonction de la volonté des parties conformément à leur engagement contractuel.

627. Le subjectivisme en matière de droits indisponibles. S'agissant des droits indisponibles, notamment de la matière matrimoniale, le règlement Bruxelles II *bis* ne donne pas la possibilité aux époux de déterminer par une clause attributive de juridiction le juge compétent à l'égard de leur séparation⁹⁷⁰. Cependant, l'article 3 du même règlement prévoit une série de rattachements alternatifs fondés sur le domicile et la nationalité et permettant, en principe, de reconnaître la compétence de plusieurs juges. De cette manière, les époux ont, généralement, un choix à opérer conformément aux rattachements qui leurs sont proposés. En opérant aussi un parallèle avec le règlement Rome III, il apparaît que, comme en matière de conflit de lois, la volonté des parties est prise en compte, mais cette volonté est fortement restreinte et se cantonne à deux rattachements : la nationalité et le domicile. Contrairement à la matière contractuelle, la volonté des parties est intégrée indirectement dans l'objectivisme.

628. Le maintien du système objectif. Le subjectivisme a donc su pénétrer autant le conflit de lois que le conflit de juridictions avec une portée identique selon qu'il s'agisse de droits disponibles ou indisponibles. Néanmoins, la remarque relative à la nécessité de maintenir l'objectivisme demeure. En effet, que ce soit le règlement Bruxelles I *bis* ou le règlement Bruxelles II *bis*, ou encore sa refonte, le règlement Bruxelles II *ter*⁹⁷¹, ils conservent chacun un système objectif, nécessaire au bon fonctionnement du droit international privé. Cela signifie bien que, quel que soit le plan sur lequel se place le droit international privé (loi ou compétence), il n'est pas possible de faire du subjectivisme un

⁹⁶⁹ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Bruxelles I bis*, spéc. art. 25.

⁹⁷⁰ Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, *Bruxelles II bis*.

⁹⁷¹ Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), *Bruxelles II ter*.

principe universel applicable à la réglementation du droit international privé. L'identité du subjectivisme à l'égard de l'objectivisme le confirme.

b) *L'identité des systèmes : du subjectivisme à l'objectivisme*

629. L'identité des systèmes objectif et subjectif. En reprenant les règlements européens prévoyant un double système, c'est-à-dire subjectif et objectif, il apparaît une certaine identité entre ces systèmes, dont l'illustration est parfois flagrante. Sans qu'il soit nécessaire de reprendre l'exemple du règlement Rome III⁹⁷², il suffit de consulter le règlement européen relatif aux régimes matrimoniaux⁹⁷³. En son article 22, le règlement prévoit que les parties peuvent choisir la loi de résidence habituelle ou la loi nationale ; tout comme il prévoit en son article 26, qu'à défaut de choix de lois, la loi applicable sera celle de résidence habituelle, à défaut la loi nationale et à défaut la loi des liens les plus étroits. Par conséquent, il en résulte que le système subjectif mis en place aujourd'hui n'est que le reflet du système objectif. Néanmoins, il semble que cette affirmation ne fonctionne que lorsqu'il s'agit d'un système subjectif encadré.

En analysant la construction du règlement Rome I relatif à un système subjectif illimité, il est tout de même possible de considérer qu'il existe une sorte d'identité avec le système subjectif. En effet, l'article 4 du règlement établit un système objectif lequel se subdivise selon chaque type de contrat auquel est attribué un rattachement particulier. Or, en regardant chacun de ces rattachements, il apparaît que le règlement a été construit à l'aune d'une « directive générale de solution des conflits de lois » laquelle « commande d'appliquer la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits »⁹⁷⁴, afin de ne pas surprendre les attentes des parties. Pour ce faire, le règlement a retenu pour chaque contrat le rattachement correspondant à la prestation caractéristique de ce contrat, et ceci dans un but de prévisibilité du droit applicable. Le système objectif de la matière contractuelle est donc fonction des liens les plus étroits et de la prévisibilité du droit applicable. Il serait alors possible de considérer que l'article 3 du règlement s'inscrit dans cette même optique. Cet article prévoit qu'en matière contractuelle, les parties sont libres de choisir la loi applicable à leur rapport de droit. La raison d'une telle liberté est due au fait qu'il convient, en matière

⁹⁷² Cf. *supra* § 614.

⁹⁷³ Règlement (UE) n°2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

⁹⁷⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 237.

contractuelle, de permettre aux parties d'anticiper le droit applicable à leur rapport de droit ; mais principalement au fait que l'autonomie de la volonté en matière contractuelle s'analyse nécessairement comme représentant le rattachement des liens les plus étroits. Par conséquent, une telle analyse conduit à mettre en parallèle, les systèmes subjectifs et objectifs même lorsque la liberté de choix est la plus totale. Tout système subjectif qu'il soit encadré ou non ne serait donc que la traduction juridique d'un système objectif laissé aux mains des parties.

630. Vers l'insertion du subjectivisme dans l'objectivisme. Une telle traduction se justifie au regard de la fonction localisatrice à laquelle est tenu tout rattachement. Le système subjectif, en se basant sur le système objectif, conserve donc la fonction localisatrice corollaire de tout objectivisme. Sur ce point, il est donc défendable de reconnaître le système subjectif. Cependant, ceci ne permet en aucun cas de créer un système universel, mais tout au contraire de complexifier la construction du droit des conflits de lois en recourant au subjectivisme de manière différente selon la matière concernée. C'est pourquoi il est préférable de recourir à un unique système purement objectif. Ceci ne signifie pas qu'il faille se dispenser de prendre en compte l'autonomie de la volonté. En effet, celle-ci peut être exploitée différemment qu'au travers d'un choix de loi des parties. Elle peut notamment être la traduction juridique des liens les plus étroits selon la matière concernée.

Finalement, dans un objectif d'universalisation du droit des conflits de lois, il est préférable de recourir à un système objectif dans la mesure où grâce à sa fonction objectivement localisatrice, il peut parvenir à accorder tout Etat. De plus, il supprimerait une complexité de système qui peut nécessairement engendrer une inégalité de traitement à raison de sa difficile application. Néanmoins, il ne convient pas de retirer au subjectivisme tous ses avantages, mais plutôt de parvenir à l'intégrer au sein même du système objectif. Le subjectivisme doit être fonction de l'objectivisme.

631. Le recours indiscutable à la méthode conflictuelle. En conclusion, si les méthodes du droit international privé ou plus précisément du droit des conflits peuvent être variées, il convient de n'en retenir qu'une seule. Il doit nécessairement s'agir de celle qui respecte les différents objectifs du droit des conflits de lois c'est-à-dire celle qui préserve les intérêts des particuliers en leur assurant un traitement identique dans une situation similaire. Par conséquent, pour parvenir à un tel résultat, la technique doit nécessairement conduire à une unification des règles applicables en droit des conflits de lois. C'est pourquoi seule la méthode conflictuelle est à même de répondre à ces exigences.

632. La préférence pour une méthode objective teintée de subjectivisme. En sus, si la méthode conflictuelle doit être retenue, elle peut adopter deux orientations conformément à la localisation du rapport de droit. Néanmoins, il convient nécessairement de retenir une approche plus objective, c'est-à-dire concrète et neutre, pour permettre, une nouvelle fois, une approche identique de chaque situation juridique afin de respecter l'égalité de traitement des situations internationales. Cependant, il ne convient pas d'exclure tout subjectivisme, mais simplement de l'intégrer à cette approche objectiviste dans la mesure où l'autonomie de la volonté constitue un point de rattachement au même titre que les autres. En outre, si la méthode maîtresse du droit des conflits de lois doit être conflictuelle et objective, il convient encore de se demander quelle sera la forme de règle conflictuelle la plus à même de répondre aux objectifs du droit des conflits de lois et notamment d'opérer un choix entre deux orientations : l'unilatéralisme et le bilatéralisme.

SECTION 2 : L'APPEL AU BILATERALISME PAR CHOIX D'UNE METHODE NEUTRE ET EGALITAIRE

633. Le droit des conflits de lois connaît deux méthodes principales que sont la méthode matérielle et la méthode conflictuelle. Pourtant, à la suite du développement de la méthode conflictuelle, sont apparues deux autres formes c'est-à-dire deux théories pouvant être qualifiées de conflictuelles. Dans un premier temps, le droit des conflits de lois a opté pour une méthode conflictuelle unilatérale en conformité avec l'idée de conflit de souverainetés de l'époque. Cependant, cette méthode n'a que peu réussi à s'intégrer dans les sources du droit international privé, c'est-à-dire tant en doctrine qu'en jurisprudence. C'est pourquoi aujourd'hui la place de l'unilatéralisme en droit des conflits de lois est relativement amoindrie (sous-section 1). Dans un second temps, la matière a donné naissance à une seconde construction de la méthode conflictuelle, à savoir le bilatéralisme. Au regard des avantages que présente la mise en place d'un système bilatéral, celui-ci a été nettement consacré en droit positif, que ce soit au regard de la théorie que de la pratique. Ainsi, le bilatéralisme est devenu omniprésent en droit des conflits de lois (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA METHODE UNILATERALE COMME REPONSE INSUFFISANTE A L'UNIVERSALISATION DU DROIT

634. L'unilatéralisme, en tant que méthode reconnue en droit des conflits de lois, consiste à déterminer le champ d'application dans l'espace de la loi du for⁹⁷⁵. Cette doctrine s'est rapidement développée dès les origines du droit international privé pour répondre au problème du conflit de lois lequel était envisagé comme un conflit de souverainetés. C'est pourquoi l'unilatéralisme a de prime abord été fondé sur une conception publiciste, puis finalement, conformément à la nature du droit international privé, sur une idéologie privatiste. Cependant, malgré la qualité des arguments avancés en faveur de cette doctrine, celle-ci sera toujours constitutive d'un frein à l'universalisation d'un système de droit des conflits de lois (§ 1). C'est pourquoi l'unilatéralisme, en pratique, s'est traduit comme un échec au regard de l'infime proportion de règles unilatérales. Néanmoins, il a su exercer une influence indirecte sur certains mécanismes et sur certaines règles spécifiques au droit des conflits de lois (§ 2).

§ 1 – LE REJET DE L'UNILATERALISME EN TANT QUE FREIN A L'UNIVERSALISATION DU DROIT

635. La méthode unilatérale, développée comme méthode de règlement des conflits de lois sous l'Ancien Régime, s'est construite sur la base de deux fondements successifs. Tout d'abord, la doctrine a défendu les intérêts de l'Etat, puis conformément à la nature du droit international privé, a préféré les intérêts des individus (A). Puis, au regard de ces assises, l'unilatéralisme a été défendu sur le plan doctrinal par différents auteurs. Pour autant, la doctrine est demeurée imparfaite à résoudre tous les conflits de lois pouvant naître à l'occasion d'un litige (B).

A. DE LA DEFENSE DES INTERETS DE L'ÉTAT A CELLE DES INTERETS PRIVÉS

636. L'unilatéralisme s'est construit à l'aune de la naissance du droit international privé en tant que matière c'est-à-dire au moment de l'émergence de la théorie des statuts. Par conséquent, le droit international privé, et spécialement le droit des conflits de lois, originellement territorialiste, a influencé les méthodes qui en sont issues et notamment celle

⁹⁷⁵ Pour aller plus loin, voir en ce sens : F. Rigaux, « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *op. cit.*, p. 3, notamment : « chaque législateur détermine le domaine d'application dans l'espace de ses propres règles de droit matériel, et il se déclare prêt à accueillir les normes émanant de tous les autres ordres juridiques dans les limites spatiales qui, en chacun de ceux-ci, les affecteraient dès l'origine » ; « Le fonctionnement d'un tel système postule un principe universel de conflit de lois, selon lequel tout ordre juridique arrête le domaine spatial de chacune de ses normes et applique les règles de droit étranger aux situations relevant du domaine que ces règles mêmes se sont ainsi assignées ».

de l'unilatéralisme. Cette dernière s'est donc construite sur la base d'idéologies souverainistes et territorialistes, lesquelles sont parfaitement contestables au regard de l'objet du droit international privé (1). C'est pourquoi à la suite du déclin du souverainisme, l'unilatéralisme s'est doté de nouvelles bases pour faire de l'harmonie des solutions le résultat à atteindre (2).

1) Les origines contestables de l'unilatéralisme : souverainisme et territorialisme

637. L'unilatéralisme a vu le jour sous l'Ancien Régime, sous l'impulsion des tendances publicistes qui régnaient, c'est-à-dire indépendamment de considérations privatistes. Par conséquent, cette doctrine a été élaborée conformément à l'idée selon laquelle le conflit de lois se traduit comme un conflit de souverainetés (a). Or, l'unilatéralisme a en réalité été l'objet de la théorie des statuts essentiellement fondée sur des aspirations territorialistes (b).

a) *L'unilatéralisme au service du respect des souverainetés*

638. Une doctrine fondée sur le conflit de souverainetés. La doctrine de l'unilatéralisme s'est originellement construite à partir du concept de souveraineté. Les théories unilatéralistes sont parties du postulat selon lequel les conflits de lois sont l'expression de conflits de souverainetés⁹⁷⁶. La société internationale étant « faite d'abord de souverainetés juxtaposées dont les rivalités demeurent fortes »⁹⁷⁷, il convenait de résoudre les conflits de lois conformément à une approche unilatérale. Le droit privé ne devait alors poser « que des règles unilatérales, c'est-à-dire délimitant le champ d'application de la loi du for »⁹⁷⁸.

639. Une doctrine héritière de la théorie des statuts. Réellement, la doctrine unilatéraliste se présente « comme l'héritière directe de la théorie des statuts » selon laquelle le conflit de lois représentait « un conflit entre des lois envisagées comme l'expression d'un pouvoir »⁹⁷⁹. Ainsi, « les statutaires se donnaient pour hypothèse que les divers pouvoirs promulguant des lois devaient être répartis en définissant les diverses relations que ces lois pouvaient se donner pour objet »⁹⁸⁰. En mettant la théorie des statuts au service de la doctrine, chaque Etat, dans une situation privée internationale, devait donc simplement déterminer si sa propre loi avait vocation à s'appliquer à la situation litigieuse. Il ne s'agissait alors que d'une

⁹⁷⁶ P. Picone, « La méthode traditionnelle des conflits de lois », *op. cit.*, § 6.

⁹⁷⁷ A. Pellet, Ch. II, S.2, §1. « La spécificité du droit international », *op. cit.*, p. 31 et s.

⁹⁷⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 253.

⁹⁷⁹ P. Gothot, I. « Les fondements du système unilatéraliste », in « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 209 et s.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

délimitation dans l'espace du champ d'application de la loi du for. Sur ce fondement, « chaque pays posséd(ait) son propre système de solution de conflit, et il n'exist(ait) pas de règles s'imposant au respect de tous les Etats »⁹⁸¹. Ainsi, toutes les règles du droit international privé propres au conflit de lois seraient de sources internes et n'auraient qu'une portée limitée, c'est-à-dire cantonnée au champ d'application de la loi du for. De ce fait, « la matière a une nature purement interne ou nationale, et, très exceptionnellement, un caractère international »⁹⁸².

640. Une doctrine contraire à la nature de la discipline. Finalement, comme l'a affirmé le Professeur Muir-Watt, à propos des doctrines unilatéralistes, « l'indépendance des souverainetés oblige à restituer à la loi étrangère les moyens de sa propre désignation » et « elle fonde par la même le lien indissociable entre droit matériel et règle de conflit qui est l'essence même de l'unilatéralisme »⁹⁸³. L'unilatéralisme revient donc nécessairement à penser le droit des conflits de lois comme un conflit de souverainetés, et non pas d'intérêts privés, ce qui demeure contraire à l'esprit de la matière. Cependant, ceci s'explique par les considérations territorialistes à l'origine même de la doctrine.

b) *L'unilatéralisme inspiré du territorialisme de l'Ancien Régime*

641. L'application de la *lex fori* en vertu du territorialisme. Si la doctrine unilatéraliste est construite à l'aune du concept de souveraineté, elle est plus précisément le reflet de la conception territorialiste régnant sous l'Ancien Régime. En d'autres termes, la loi du for a nécessairement vocation à s'appliquer dès lors que la situation litigieuse se déroule sur son territoire. Effectivement, « le principe de la territorialité procède de l'idée que la loi du lieu où survient le fait territorial, considérée comme la plus intéressée, est en même temps celle qui est la plus à même d'imposer sa compétence »⁹⁸⁴. Pour reprendre un exemple de Maury au sujet de la *comitas gentium*, « quand un procès vient devant le tribunal d'un pays, plus généralement peut-être quand la consécration juridique d'une situation est demandée aux autorités d'un Etat, ces autorités, ce tribunal ne peuvent obéir qu'à leur souverain territorial » et « la seule loi applicable est la *lex fori* »⁹⁸⁵. Il ajoute que celle-ci se compose de règles de conflit qui « sont exclusivement nationales, territoriales »⁹⁸⁶. Ceci signifie bien que

⁹⁸¹ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 53.

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 70.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, § 71.

⁹⁸⁵ J. Maury, *op. cit.*, § 12.

⁹⁸⁶ *Ibid.*

conformément aux principes de souveraineté et de territorialité, dès lors qu'un fait se déroule sur le territoire d'un Etat, celui-ci a pleinement compétence, qu'il s'agisse de compétence juridictionnelle ou législative.

642. Une doctrine contraire à un système neutre et uniforme. La doctrine unilatéraliste, née de considérations publicistes, ne peut respecter les objectifs du droit des conflits de lois, notamment la protection des intérêts privés puisque ce sont les intérêts de l'Etat qui priment sur ceux des particuliers. De plus, le raisonnement fondé sur le principe de la territorialité ne permet pas de régler toute situation internationale litigieuse. La méthode consiste « à rechercher où le fait se situe » c'est-à-dire « quel est le pays avec lequel il a un contact matériel »⁹⁸⁷. Or, comme l'avait remarqué Niboyet, « la recherche du pays territorial exige une localisation dans l'espace au sujet de laquelle chaque Etat peut avoir ses critères qui sont ceux qu'il tire de ses concepts juridiques en général »⁹⁸⁸. Par conséquent, « le choix de l'attache territoriale ne peut être opéré qu'en considération de la nature de la question litigieuse »⁹⁸⁹. Le recours au système unilatéral, fondé sur le principe d'effectivité se trouve donc limité, au regard des conceptions juridiques que chaque Etat appliquera à l'égard de toute situation litigieuse. Par conséquent, il ne s'agit pas d'une doctrine neutre dont la vocation pourrait tendre à l'universalisme.

643. Vers une redéfinition des fondements de l'unilatéralisme. Ainsi, au regard des inconvénients que présentaient les doctrines unilatéralistes issues de l'Ancien Régime, celles-ci ont été mises en échec avec l'apparition des doctrines universalistes de Mancini et Savigny⁹⁹⁰. Celles-ci ont amorcé un nouveau mouvement de pensée du droit international privé consistant à ne plus envisager le conflit de lois comme un conflit de souverainetés⁹⁹¹. Ainsi, en raison des reproches adressés à la doctrine unilatéraliste au regard de ses origines, celle-ci s'est dotée de nouveaux fondements et de nouvelles aspirations, notamment l'harmonisation des solutions.

2) Le recours à l'unilatéralisme légitimé par la coordination des ordres juridiques

644. A la suite du déclin de l'assimilation du conflit de lois au conflit de souverainetés, les tenants de l'unilatéralisme ont dû se résoudre à trouver de nouveaux

⁹⁸⁷ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 74.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, § 75, citant Niboyet, in *Traité de droit international privé*, T. III, p. 227, n°929.

⁹⁸⁹ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 75.

⁹⁹⁰ P. Picone, *op. cit.*, § 6.

⁹⁹¹ Cf. *supra* § 152 et s.

fondements justifiant le recours à une telle théorie. C'est pourquoi conformément aux objectifs du droit des conflits de lois, ils ont défendu l'unilatéralisme au regard du résultat poursuivi, à savoir l'harmonie des solutions (a). Cependant, le choix d'une nouvelle aspiration comme fondement de la théorie n'a pas suffi à écarter toutes les difficultés auxquelles est confrontée la méthode (b).

a) *La nouvelle aspiration de l'unilatéralisme : l'harmonie des solutions*

645. L'avènement d'un unilatéralisme privatiste. Concurrencé par la méthode bilatérale, l'unilatéralisme a été rangé « au rang de simple construction théorique »⁹⁹². En effet, « sans rupture de continuité », le bilatéralisme a su, « limiter le conflit de souverainetés des prémisses de la méthode de solution »⁹⁹³. Par conséquent, l'unilatéralisme, une fois cette considération admise, a été contraint de trouver de nouveaux fondements à l'appui de sa défense. Par conséquent la doctrine est passée d'un unilatéralisme publiciste à un unilatéralisme privatiste.

646. Une méthode orientée par l'harmonie des solutions. Ainsi, « lorsque l'idée de souveraineté appliquée au droit international privé a commencé à perdre de son crédit, l'unilatéralisme a trouvé un meilleur appui dans le souci de respecter les prévisions des parties, qui ont compté sur l'application d'un certain droit »⁹⁹⁴. Les tenants de l'unilatéralisme ont alors soutenu que la théorie avait pour objectif « l'harmonie internationale des solutions »⁹⁹⁵. L'unilatéralisme a donc « été présenté sous une forme autre » dont « la directive fondamentale demeure la coordination des ordres juridiques, qui permet l'uniformité et la continuité de la vie juridique des individus »⁹⁹⁶. Les reproches adressés à l'unilatéralisme de l'Ancien Régime ont disparu avec cette nouvelle approche consistant à ranger au premier rang les intérêts privés et à favoriser l'un des objectifs propres du droit des conflits de lois, à savoir l'harmonisation des règles. Par conséquent, l'unilatéralisme pourrait désormais être soutenu en tant que méthode du droit des conflits de lois. Néanmoins, si les aspirations auxquelles tend la doctrine sont louables, celles-ci ne sont pas devenues effectives. « Une démarche unilatéraliste consiste à ne fixer le champ d'application dans l'espace d'une loi interne que d'après les règles de rattachement de son ordre juridique d'appartenance »⁹⁹⁷.

⁹⁹² H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 94.

⁹⁹³ *Ibid.*

⁹⁹⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 253.

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 171.

⁹⁹⁷ *Ibid.*

Cependant, si une telle méthode pourrait *a priori* favoriser l'harmonie des solutions notamment grâce à la prévisibilité qu'elle procure, elle ne crée pas une parfaite homogénéité. En effet, diverses faiblesses lui sont imputables.

b) *Une nouvelle aspiration inatteignable en pratique*

647. La lacune et le cumul propres à l'unilatéralisme. Quel que soit l'objectif auquel aspire l'unilatéralisme, deux principaux obstacles s'y opposent en pratique. Ces derniers, « identifiés depuis longtemps » sont « la lacune et le cumul »⁹⁹⁸. En effet, l'unilatéralisme peut conduire à l'hypothèse de la lacune, c'est-à-dire qu'« aucune des lois étrangères dont on recherche la volonté d'application n'accepte de s'appliquer »⁹⁹⁹. Il peut également mener à l'hypothèse du cumul selon laquelle plusieurs lois se veulent applicables. Que ce soit dans l'un ou l'autre cas, l'unilatéralisme ne conduit donc pas à une harmonie des solutions. En effet, « une véritable harmonie n'est jamais atteinte que lorsqu'une loi et une seule se veut applicable »¹⁰⁰⁰.

648. L'harmonie des solutions remise en cause. Dans les deux hypothèses, la théorie propre de l'unilatéralisme, consistant à se cantonner au champ d'application qu'une loi s'assigne, sera dépassée. Dans le cas de la lacune, la solution est de procéder à « une extension du champ d'application de la loi du for »¹⁰⁰¹, tandis que dans le cas du cumul, il conviendra « de donner la préférence à sa propre loi lorsque celle-ci est en cause »¹⁰⁰². Finalement, dans ces hypothèses, la méthode de l'unilatéralisme, telle qu'elle est entendue, est écartée, ou du moins n'est pas respectée¹⁰⁰³. Par conséquent, si la nouvelle aspiration de l'unilatéralisme, l'harmonie des solutions, rend la doctrine plus légitime, elle ne résout donc pas les difficultés issues de la méthode, lesquelles court-circuitent ce nouvel objectif. Même si les fondements de l'unilatéralisme peuvent justifier le recours à cette méthode, sa mise en œuvre l'en empêche. Pour autant, divers auteurs ont soutenu le recours à cette doctrine pour construire le système de droit des conflits de lois.

⁹⁹⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 253.

⁹⁹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 148.

¹⁰⁰⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 172.

¹⁰⁰¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 148.

¹⁰⁰² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 172.

¹⁰⁰³ Voir en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 229, lesquels exposent que pour résoudre ces conflits positifs et négatifs, de nombreuses solutions ont été proposées mais aucune d'elles n'est « parfaitement cohérente avec les postulats théoriques de la méthode unilatéraliste, puisqu'elles aboutissent à conférer au droit du for le soin de décider de l'applicabilité du droit étranger ».

B. LES QUELQUES RESISTANTS CONTEMPORAINS EN FAVEUR DE L'UNILATERALISME

649. Malgré les faiblesses attribuées à l'unilatéralisme, certains auteurs ont tout de même défendu cette doctrine, considérant qu'elle pourrait devenir le fondement d'un système de droit des conflits de lois. D'une part, l'unilatéralisme a été défendu en France, par Niboyet, sur le fondement d'une idéologie classique c'est-à-dire essentiellement territorialiste (1). Cependant, après la remise en cause des conceptions souverainiste et territorialiste, l'unilatéralisme a connu un regain de nouveauté grâce à Quadri en Italie, puis à Gothot en France. Selon eux, la doctrine doit être pensée compte tenu des intérêts privés (2).

1) La défense de l'unilatéralisme classique au service du respect des souverainetés

650. L'unilatéralisme a été soutenu, notamment en droit français, par un auteur en particulier au début du XX^{ème} siècle, Niboyet. Celui-ci a défendu cette doctrine considérant son recours parfaitement justifié en droit des conflits de lois conformément au principe de l'indépendance des souverainetés (a). Cependant, si sa théorie semble convaincante, notamment en ce qu'elle permettrait la mise en place d'un système unifié, elle demeure contestable. Elle doit être rejetée dans la mesure où elle est fondée sur une conception contraire à la nature même du droit international privé (b).

a) Le recours à l'unilatéralisme justifié par l'indépendance des souverainetés

651. Une défense doctrinale à l'aune du conflit de souverainetés. Si la doctrine unilatéraliste a connu peu de succès, elle a tout de même été défendue par Niboyet durant la première moitié du XX^{ème} siècle. L'auteur est parti du postulat selon lequel « le droit international privé n'est pas du droit privé » pour considérer que la réglementation des institutions dans les rapports internationaux « appartient, dans tous les cas, à la discipline du droit public »¹⁰⁰⁴. Par conséquent, conformément aux origines de l'unilatéralisme, le théoricien envisageait la discipline du droit des conflits de lois sur la base de considérations publicistes. C'est pourquoi il a considéré que « les règles de solution des conflits sont toujours de droit public » et ont « pour but de déterminer l'empire des lois en présence, de séparer les pouvoirs souverains respectifs »¹⁰⁰⁵. Le conflit de lois était donc traduit comme un conflit de

¹⁰⁰⁴ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 56.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, § 60.

souverainetés. Son unilatéralisme s'est alors forgé sur l'idée du respect des souverainetés conformément à sa conception classique¹⁰⁰⁶.

652. Une défense doctrinale en faveur du principe de territorialité. Afin de respecter l'autorité souveraine de chaque Etat, il a usé de l'unilatéralisme pour considérer que « notre loi peut statuer sur la compétence française, mais elle n'a aucune qualité pour le faire au sujet de la compétence étrangère »¹⁰⁰⁷. Par conséquent, son système consiste à ne prendre en considération la règle de conflit française que lorsqu'elle désigne sa propre loi¹⁰⁰⁸. Niboyet a poursuivi son raisonnement en considérant que « dans chaque pays, les règles de solution des conflits, dont l'objet est de fixer l'étendue de la souveraineté locale, sont essentiellement territoriales »¹⁰⁰⁹. De ce fait, « un juge français ne peut statuer sur l'étendue d'application de la loi française qu'à la lumière des règles françaises de solution des conflits ; tandis qu'inversement, le juge d'un pays étranger ne peut résoudre les conflits qui se présentent à lui, au sujet de sa loi, qu'à la lumière, des règles de sa *lex fori* »¹⁰¹⁰. Toute sa doctrine est donc élaborée autour du principe de territorialité et de l'idée de souverainisme¹⁰¹¹.

653. Une défense doctrinale demeurée inadaptée à la nature de la discipline. En considérant le conflit de lois comme un conflit de souverainetés, l'unilatéralisme de Niboyet semble justifié. En partant du principe que les règles de solution de conflit de lois sont encadrées par le respect des souverainetés de chaque Etat, celles-ci sont nécessairement territoriales et ne peuvent donner compétence à une loi autre que la leur. A ce titre, la doctrine de Niboyet est pertinente et défendable. Cependant, sa théorie se heurte à un obstacle imposant, à savoir la nature du droit international privé. Effectivement, celle-ci est discutable en ce qu'elle se fonde sur un postulat erroné c'est-à-dire en reconnaissant dans le conflit de lois un conflit de souverainetés. Par conséquent, l'unilatéralisme de Niboyet est en opposition avec l'esprit même de la discipline.

¹⁰⁰⁶ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, 357-8 : « Selon les traits saillants de sa pensée, le conflit de lois met en présence d'un conflit de souverainetés nationales ; la loi française doit l'emporter en principe sur la loi étrangère devant les tribunaux ; la territorialité est la règle, l'extra-territorialité l'exception ».

¹⁰⁰⁷ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, Tome IV « La territorialité », § 1109.

¹⁰⁰⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 148.

¹⁰⁰⁹ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, Tome IV « La territorialité », § 1109.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ Voir en ce sens : Ph. Francescakis, « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *RCDIP* 1975, p. 564 : « ce qui caractérise l'unilatéralisme de Niboyet, en particulier, ce n'est pas seulement de préconiser la formulation de règles de conflit unilatérales, c'est en outre, de s'opposer à leur bilatéralisation », « ainsi de ce que le statut personnel des Français est régi par la loi française, les unilatéralistes se refusent à tirer la conclusion que le statut personnel des étrangers est régi par leur loi nationale ».

b) *Le rejet de l'unilatéralisme classique contraire à la nature du droit international privé*

654. Un système orienté essentiellement par le droit public. En envisageant le conflit de lois comme conflit de souverainetés, Niboyet a considéré que les conflits s'élevant au regard du droit international privé étaient en réalité intégralement liés à une idéologie publiciste. C'est d'ailleurs pour cela qu'il a pu étendre son raisonnement à celui du conflit de juridictions en admettant que « seule la règle française de conflit peut déterminer la compétence d'une autorité française », « puisque celle-ci ne saurait recevoir d'ordres, ni tenir ses pouvoirs d'une souveraineté étrangère »¹⁰¹². Par conséquent, comme l'a présenté Gothot, la théorie de Niboyet consiste à penser que « chaque Etat indépendant et souverain va poser ses règles de droit international privé en vue de réaliser le but social des lois qu'il édicte ; mais aucun n'est là pour connaître, apprécier et assurer la réalisation du but social d'autres lois que les siennes »¹⁰¹³. Finalement, la philosophie du théoricien repose sur des présupposés publicistes. Or considérer les questions du droit international privé sous l'angle du droit public est une erreur. C'est pourquoi les théories unilatéralistes, dont la conception du conflit de lois était assimilée à celle d'un conflit de souverainetés, ont « été en grande partie et justement pour cette raison mises en échec et dépassées par la version de la méthode classique théorisée par Savigny »¹⁰¹⁴, à savoir le bilatéralisme.

655. Un système inconforme à la préservation des intérêts privés. Vraisemblablement, l'obstacle qui réside dans la théorie de Niboyet tient à ne pas opérer de distinction entre le droit public et le droit privé et à confondre leur domaine d'application. Effectivement, « il faut distinguer soigneusement le problème du conflit de lois de celui de la détermination du champ d'application dans l'espace des lois françaises ». Il convient de ne pas omettre « la différence de nature »¹⁰¹⁵ entre ces deux matières. D'une part, « le droit public (...) organise des systèmes de règles dans l'intérêt direct de la société », et d'autre part, « le droit privé intéresse la société de façon beaucoup plus médiate » c'est-à-dire « indirectement à travers les intérêts particuliers »¹⁰¹⁶. En partant du propre de chacune de ses disciplines, il n'est pas envisageable de construire le droit international privé sur des bases identiques à celle du droit public, ou du droit international public, tout simplement puisqu'elles n'ont pas la même nature, et donc le même objet. Le droit international privé, s'il

¹⁰¹² J.-P. Niboyet, *op. cit.*, Tome IV « La territorialité », § 1109.

¹⁰¹³ P. Gothot, I. A. « L'unilatéralisme dans la tradition statutaire », *op. cit.*, p. 209 et s.

¹⁰¹⁴ P. Picone, *op. cit.*, § 6.

¹⁰¹⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 162.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*

doit respecter les règles du droit public, doit être élaboré conformément à sa nature, à savoir les intérêts privés. C'est pourquoi « si l'on admet systématiquement que le juge n'appliquera jamais que sa propre loi, le conflit de lois ne se pose même pas »¹⁰¹⁷. Or, il est incontestable que depuis l'Antiquité, les conflits de lois existent et se sont toujours développés tant avec le déplacement des personnes que des biens.

656. Vers un unilatéralisme modernisé. L'unilatéralisme de Niboyet ne peut donc être une doctrine qui sert favorablement la discipline du droit international privé dans la mesure où elle est organisée au regard de concepts incompatibles¹⁰¹⁸. C'est pour cela que « lorsque l'idée de souveraineté appliquée au droit international privé a commencé à perdre de son crédit, l'unilatéralisme a trouvé un meilleur appui dans le souci de respecter les prévisions des parties, qui ont compté sur l'application d'un certain droit »¹⁰¹⁹.

2) La proposition d'un système unilatéral universel protecteur des intérêts privés

657. A la suite de l'échec de l'unilatéralisme classique au regard de son fondement souverainiste, s'est développée une nouvelle doctrine dont la conception est fondée conformément à la nature et à l'objet du droit international privé, à savoir les intérêts des particuliers (a). Malgré le mérite de cette doctrine de proposer un système orienté autour des intérêts privés, celle-ci reste atteinte de divers maux, et notamment par la lacune et le cumul (b).

a) *Une doctrine fondée sur l'attente légitime des individus à l'égard de leur ordre juridique personnel*

658. L'exclusion du conflit de souverainetés. Au regard des critiques adressées à la doctrine classique de l'unilatéralisme, il a fallu trouver à cette conception de nouveaux fondements juridiques conformes à l'esprit du droit international privé. Il convenait donc d'exclure toute référence aux conflits de souveraineté et de prendre en compte la nature même de la discipline¹⁰²⁰. En effet, comme l'a affirmé le Professeur Muir-Watt, « c'est (...) sur le terrain des objectifs d'ordre privé assignés à tout système de solution, visant notamment à assurer la continuité de la vie juridique des particuliers, que Quadri entendait justifier

¹⁰¹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 162.

¹⁰¹⁸ Voir en ce sens : Ph. Francescakis, « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *op. cit.*, p. 554, dans lequel l'auteur précise qu'« aucun pays au monde ne consacre, par sa législation ou par sa jurisprudence, cette doctrine ».

¹⁰¹⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 253.

¹⁰²⁰ Cf. *supra* § 653 et 654.

l'unilatéralité de la règle de conflit »¹⁰²¹. Quadri est parti du postulat selon lequel « le droit international privé, quelle que soit son acception, n'est que du droit interne »¹⁰²² et, abstraction faite du concept de souveraineté, entendait le conflit de lois comme le « désordre créé dans la vie des particuliers, par la diversité des lois s'adressant à eux »¹⁰²³. Il a considéré que « l'indication des personnes, des biens, des faits ou des actes que la loi veut régler, forme l'objet de la loi et contribue à sa définition même, mais ne concourt pas à fixer la souveraineté du pouvoir qui l'édite »¹⁰²⁴. Par conséquent, la règle de droit serait, selon lui, fonction d'« une certaine réalité sociale et s'adresse toujours à des individus déterminés » lesquels sont en « attente » face à « l'attitude de l'Etat »¹⁰²⁵. « La conscience des individus d'appartenir à un ordre déterminé » deviendrait le critère d'applicabilité de loi¹⁰²⁶. Ainsi, « parce qu'(existerait) cette double relation entre l'individu et la loi (...) s'(imposerait) le respect de cette norme, sous peine de bouleverser l'équilibre de la vie en société »¹⁰²⁷.

659. L'unilatéralisme commandé par l'attente légitime des parties. En reprenant la doctrine unilatéraliste de Quadri, le curseur s'est déplacé puisque le fondement de la théorie est l'attente légitime des individus à l'égard de leur situation, et cette attente correspond nécessairement à l'application des règles de droit de l'ordre juridique auquel ils appartiennent¹⁰²⁸. De plus, comme l'a affirmé Gothot, défenseur de la théorie de Quadri, « la conséquence en est que là où un seul commandement a été donné aux individus, le plus sûr moyen de n'entraîner aucune perturbation est de respecter ce commandement, de n'appliquer donc aucune autre loi que celle se voulant applicable, de le faire le plus exactement et le plus fidèlement »¹⁰²⁹. Il en ressort que la doctrine de Quadri s'inscrirait en toute conformité avec l'objet du droit international privé à savoir les intérêts des particuliers, et, en sus, supprimerait en réalité toute hypothèse de conflit en tant que telle. De surcroît, Gothot a démontré que « si un législateur étatique édicte et pense une règle de droit international privé qui n'est pas

¹⁰²¹ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 94.

¹⁰²² R. Quadri, Ch. I. I. C, in *Cours général de droit international public*, T. 113, Académie de droit international, Recueil des cours, 1964, pp. 239-483.

¹⁰²³ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 95.

¹⁰²⁴ P. Gothot, I. A. « L'unilatéralisme dans la tradition statutaire », *op. cit.*, p. 209 et s.

¹⁰²⁵ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 97.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, citant R. Quadri, *Lezioni di Diritto internazionale privato*, 3^{ème} éd., Naples, 1961, p. 149.

¹⁰²⁷ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 99.

¹⁰²⁸ Voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 31, laquelle expose notamment que « la doctrine unilatéraliste contemporaine (Quadri, Gothot) justifie la méthode par des motifs plus sociologiques : la norme étatique n'est pas abstraite, au contraire elle vise un groupe social défini, en considération de ses spécificités (notamment culturelles). Il serait donc légitime que le domaine d'application de la loi épouse les contours du groupe en considérations duquel l'Etat a implicitement légiféré ».

¹⁰²⁹ P. Gothot, I. A. « L'unilatéralisme dans la tradition statutaire », *op. cit.*, p. 209 et s.

universelle comme si elle l'était, il en vient nécessairement à la comprendre et à l'interpréter de manière en quelque sorte impérialiste », c'est-à-dire qu'« il la fait aboutir au particularisme et au nationalisme le plus exacerbé »¹⁰³⁰.

660. Un unilatéralisme *a priori* conforme à la nature de la discipline. Les tenants de cette théorie parviennent donc à justifier le recours à l'unilatéralisme notamment en exposant les raisons pour lesquelles le bilatéralisme devrait être exclu, le législateur interne ne pouvant se substituer à un législateur supranational sans adopter une position impérialiste¹⁰³¹. Il est indéniable que les justifications apportées à l'unilatéralisme ont le mérite de rendre de nouveau cette doctrine défendable sur le plan du droit international privé. En effet, grâce à Quadri, l'unilatéralisme pourrait conduire le droit international privé et spécifiquement le droit des conflits de lois à être établi uniquement au regard des intérêts privés, voire même à supprimer toute hypothèse de conflit. La problématique demeure alors de savoir si le système de droit des conflits de lois pourrait tendre à l'universalité.

b) *L'échec récurrent de l'unilatéralisme au regard de ses faiblesses insurmontables*

661. La persistance de la lacune et du cumul. Si l'unilatéralisme nouveau prôné par Quadri et Gothot paraît à même de répondre aux conflits que suscitent le conflit de lois, voire même semble créer un système universel de droit international privé, la pratique en est autrement. En effet demeurent deux problèmes que sont la lacune et le cumul¹⁰³². Le système unilatéraliste proposé par Quadri ne conduit pas à évincer ces deux obstacles propres à la doctrine unilatéraliste. C'est pourquoi Quadri s'est proposé de les résoudre. D'une part, à propos du cumul, il a estimé que s'appliquerait la loi « dont l'effectivité est la plus grande au regard des circonstances concrètes », mais dans le cas où « l'une des lois en présence est celle du for, le conflit (...) se résout en faveur de cette dernière »¹⁰³³. D'autre part, à propos de la lacune, Quadri s'étant abstenu à ce sujet, Gothot a proposé d'étendre le domaine d'application

¹⁰³⁰ P. Gothot, I. A. « L'unilatéralisme dans la tradition statutaire », *op. cit.*, p. 209 et s.

¹⁰³¹ Pour aller plus loin, voir en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 228 : « La méthode unilatéraliste se veut plus respectueuse de la cohérence des ordres juridiques. Elle présume qu'il y a un lien entre les normes matérielles d'un système juridique et les règles de droit international privé relatives à leur extension dans les relations internationales. Comme il appartient au législateur de définir les faits et les personnes auxquels s'applique sa loi, il lui appartiendrait de définir les conditions d'application internationale de celle-ci. La foi en un tel lien présuppose que la loi est façonnée en fonction de ses destinataires (nationaux ou étrangers, résidents ou non), lesquels en retour nourrissent des attentes sur son applicabilité. C'est la dimension sociologique des rapports de droit, dimension qui se manifeste aussi bien en droit interne qu'en droit international privé ».

¹⁰³² Cf. *supra* § 646.

¹⁰³³ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 101.

d'une loi au-delà des cas qu'elle envisage et ceci conformément à l'intérêt des parties¹⁰³⁴. Par conséquent, « la loi qui sera ainsi étendue à l'espèce soit celle dont les parties ont elles-mêmes envisagé l'application »¹⁰³⁵.

662. Des problèmes solutionnés par le bilatéralisme. Ainsi, les auteurs, conscients des défauts imputables à leur doctrine, ont proposé des solutions pour résoudre ces difficultés. Cependant, en s'attardant sur les propositions faites par ces auteurs, chacune d'elles s'inspire de la doctrine bilatéraliste indirectement. En effet, la loi qui va être appliquée est fonction de critères de localisation, que ceux-là soient subjectifs ou objectifs, mais en aucun cas, la loi qui sera appliquée, dans ces hypothèses, ne sera nécessairement la loi du for. Ceci démontre bien que le système de droit des conflits de lois tendra toujours à prendre en compte la localisation du rapport de droit, lequel ne peut être traité qu'au regard d'une idéologie bilatéraliste.

663. Le mérite d'une doctrine fondée en faveur des intérêts privés. Néanmoins, si la doctrine unilatéraliste de Quadri reste contestable sur le plan pratique, elle demeure pertinente d'un point de vue purement théorique, principalement au regard du fondement sur lequel elle est basée. En effet, il paraît judicieux de considérer le droit international privé et plus particulièrement le droit des conflits de lois sous l'angle des intérêts privés et notamment de l'attente légitime des parties. Il conviendrait donc de proposer un système bilatéral fondé sur une conception purement privatiste. C'est pourquoi les règles de rattachement devraient être fonction des intérêts des particuliers, c'est-à-dire, comme l'a affirmé Arminjon, inspirées « des vues de justice et d'utilité qui justifient toutes les dispositions du droit », et viser « à protéger la liberté des parties, à rendre leur activité plus aisée et plus efficace, à faciliter leurs transactions, à ne pas déjouer leurs prévisions, tout en défendant les droits des tiers »¹⁰³⁶.

664. L'introduction fragmentaire de l'unilatéralisme en droit positif. En outre, si l'unilatéralisme est nouvellement envisagé conformément à la nature du droit international privé, et spécialement du droit des conflits de lois, il n'a su s'imposer que de manière fragmentaire en droit positif notamment en raison des faiblesses qui lui sont imputables.

§ 2 – L'INFLUENCE INDIRECTE DE L'UNILATERALISME EN DROIT POSITIF

665. Si l'unilatéralisme doit être rejeté en théorie, il l'a quasiment été en pratique. Le droit des conflits de lois a opté davantage pour une philosophie bilatéraliste conduisant à un

¹⁰³⁴ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 102.

¹⁰³⁵ *Ibid.*

¹⁰³⁶ P. Arminjon, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, § 91.

succès relativement très faible de l'unilatéralisme en termes de règles de conflit (A). Néanmoins, si l'unilatéralisme n'a pas été consacré strictement, il a tout de même réussi à influencer certains mécanismes ou certaines règles particulières en droit des conflits de lois (B).

A. LE FAIBLE SUCCES DE L'UNILATERALISME EN DROIT POSITIF

666. Il est considéré qu'« une règle de conflit est de forme unilatérale lorsqu'elle délimite le champ d'application de la seule loi du for ». Partant de cette définition technique de l'unilatéralisme, les règles unilatérales en droit des conflits de lois sont de faible importance en pratique (1). Néanmoins, ceci est justifié par la difficulté de mise en œuvre qu'elles présentent (2).

1) La maigre proportion de règles unilatérales

667. Si l'unilatéralisme a su s'imposer en théorie, tel n'a pas été le cas en pratique. Au regard des sources du droit positives, il n'existe que quelques règles unilatérales en droit international privé national (a), et aucune en droit international privé supranational (b).

a) Les quelques règles unilatérales de droit international privé interne

668. Les règles unilatérales bilatéralisées. En pratique, il apparaît que « les conceptions unilatérales de conflit ne se sont pas (...) affirmées avec un caractère de généralité »¹⁰³⁷. Néanmoins, l'unilatéralisme a intégré certaines règles de conflit de source interne. En droit international privé français, les premières règles de conflit étaient unilatérales. Le Code civil français, en son article 3, prévoit que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française » et que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ». Cependant, si en apparence, l'unilatéralisme semble avoir été le fondement de ces règles, tel n'est pas le cas. En réalité, il ne s'agit que de « formulations unilatérales » puisque « celles-ci ont été appliquées bilatéralement »¹⁰³⁸. Comme l'ont expliqué Batiffol et le Professeur Lagarde, tant au regard du code civil français que du BGB allemand, « les juges ont eu le sentiment que le conflit de deux lois étrangères de droit privé (...) est un problème

¹⁰³⁷ P. Picone, *op. cit.*, § 6.

¹⁰³⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 253.

suffisamment homogène au conflit de la loi française et d'une loi étrangère pour qu'il puisse être résolu par les mêmes règles »¹⁰³⁹.

669. La quasi-inexistence de règles unilatérales non bilatéralisables. Ainsi, sont seules unilatérales, les règles qui ne peuvent être bilatéralisées c'est-à-dire qui n'ont pas une fonction de « désignation des lois étrangères »¹⁰⁴⁰. Effectivement, « une règle est (...) véritablement unilatérale lorsque son auteur a indiqué qu'elle ne devait pas être bilatéralisée ou lorsqu'elle est techniquement insusceptible de l'être »¹⁰⁴¹. En application de cette stricte définition technique des règles unilatérales, il apparaît que presque aucune règle n'est unilatérale en tant que telle. En droit français, l'exemple classique de ce type de règle se trouve à l'article 310 du Code civil, lequel prévoit que « le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française : lorsque (...) »¹⁰⁴². Il s'agit de l'un des seuls cas dans lequel le législateur a prévu expressément que seule la loi française serait applicable dans telle ou telle hypothèse¹⁰⁴³. La formulation retenue par le législateur met nécessairement en échec toute tentative de bilatéralisation et participe d'une politique « particulariste et nationaliste »¹⁰⁴⁴. De plus, « l'article 309 s'efface au profit du règlement (UE) n°1259/2010 » faisant pour partie

¹⁰³⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 253.

¹⁰⁴⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 175.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² Voir en ce sens : Y. Loussouarn, « L'évolution de la règle de conflit de lois », *TCFDIP*, H.-S., 1988, spéc. p. 90 : « Ce texte est tout entier animé de l'esprit unilatéraliste. Cet esprit se manifeste déjà dans les alinéas 1 et 2 en ce sens que non seulement ces dispositions ne prévoient que l'application de la loi française, mais aussi parce qu'elles sont impossibles à bilatéraliser, toute tentative en ce sens conduisant à un télescopage entre elles. Mais surtout l'alinéa 3 est l'expression pure et simple de l'unilatéralisme puisqu'il fonde l'application de la loi étrangère sur le fait qu'elle se veuille compétente et qu'il cherche à résoudre par le retour à la loi française, loi du for, l'un des deux problèmes fondamentaux que soulève l'unilatéralisme : celui de l'impasse (aucune des lois étrangères ne se reconnaît compétence), mais il laisse intact l'obstacle qui surgit en cas de cumul (plusieurs lois étrangères se reconnaissent compétence). Une telle carence signe sa condamnation en même temps que celle de l'unilatéralisme qui le supporte ».

¹⁰⁴³ Voir en ce sens : Ph. Francescakis, « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *op. cit.*, p. 554, dans lequel l'auteur affirme, qu'à l'époque de l'élaboration du texte : « la systématisation législative du droit international privé ne fut en fait jamais ressentie en France comme une nécessité ».

¹⁰⁴⁴ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 115 : « En vertu de ce texte, celle-ci est applicable lorsque les deux époux sont de nationalité française ou sont tous deux domiciliés en France, peu important alors qu'ils aient ou non une nationalité commune étrangère. Le but n'est plus de soumettre à la loi française des familles en fait françaises, mais de permettre à des couples étrangers vivant en France d'y divorcer « à la française ». Le résultat en est une règle de droit international privé particulariste et nationaliste qui se situe aux antipodes des objectifs poursuivis par le paradigme conflictuel et qui réduit à rien la voie savante en la matière ».

perdre à l'article 309 du Code civil son effectivité¹⁰⁴⁵. Finalement, en droit international privé français, il n'existe que de très rares règles purement unilatérales. Or, ce phénomène s'étend aux règles de droit international supranationales.

b) *L'absence de règles unilatérales en droit international privé supranational*

670. L'absence de règles unilatérales supranationales. En droit international privé supranational, notamment européen, il n'existe pas de règles véritablement unilatérales. En effet, aucune règle de conflit européenne ne prévoit que dans telle catégorie de rattachement, sera applicable « la loi européenne ». Chaque règle de conflit européenne retient simplement un rattachement bilatéral, ou à l'échelle supranationale, la méthode matérielle.

671. Un unilatéralisme européen uniquement politique. Une partie de la doctrine, notamment Monsieur Boden, ou encore Monsieur Lefranc, soutient pourtant que le droit communautaire dérivé, c'est-à-dire notamment les règlements européens, obéissent à la méthode unilatéraliste¹⁰⁴⁶. Le raisonnement serait celui d'un unilatéralisme non plus technique, mais politique consistant à considérer que le droit communautaire dérivé, bien que formulé par des règles bilatérales, ait une vocation unilatérale politique. Ce type d'unilatéralisme « conduit à se désintéresser de la loi étrangère » notamment « en restreignant l'application des lois tierces »¹⁰⁴⁷. Ainsi, « la Communauté », ou plutôt, aujourd'hui l'Union européenne, « adopte un certain exclusivisme juridique », puisque « le droit communautaire se préoccupe seulement de déterminer sa propre applicabilité dans l'espace, sans avoir à se soucier de celle d'autres ordres juridiques concurrents ». Or, il est vrai qu'il serait parfaitement possible de considérer que dans la mesure où le droit européen dérivé ne se concentre que sur l'applicabilité de son propre droit, il conduit à admettre un certain unilatéralisme. Toutefois, il ne faut pas confondre applicabilité et méthode. Le droit européen dérivé ne se soucie que de l'applicabilité de son propre droit c'est-à-dire de ses propres règles de conflit. Cela ne signifie aucunement qu'il s'agisse d'unilatéralisme. L'unilatéralisme concerne la méthode par laquelle est construite une règle de conflit en tant que telle. Les

¹⁰⁴⁵ O. Cachard, *op. cit.*, § 321, lequel poursuit en précisant les quelques règles unilatérales françaises : « De même, l'article 311-15 du Code civil soumettant les effets de la possession d'état en France à la loi française ne saurait être bilatéralisé. Enfin, l'article 16 de la loi du 18 juin 1966 sur les contrats d'affrètement et de transport maritime, abrogé à l'occasion de la publication du Code des transports, était également inspiré par la méthode unilatérale en soumettant à la loi française les transports au départ ou à destination d'un port français quand ils ne relevaient pas d'une convention internationale ».

¹⁰⁴⁶ D. Boden, « S. Francq, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé », *RCDIP* 2006, p. 264.

¹⁰⁴⁷ D. Lefranc, « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », *RCDIP* 2005, p. 413.

règles de conflit européennes sont aujourd'hui toutes construites sur une méthode bilatérale. Aucune règle unilatérale ne figure dans les textes et notamment les textes européens. L'applicabilité des sources européennes ne peut donc se confondre avec l'unilatéralisme. Il ne s'agit là que d'une détermination dans l'espace du champ d'application d'une source de droit. Le même raisonnement serait sinon imputable à toute source de droit. Chaque source de droit, en termes d'applicabilité, doit déterminer son champ d'application spatial, ce qui ne conduit pas à considérer qu'il s'agisse d'unilatéralisme au sens technique du terme. En définitive, le droit international privé de source supranationale ne connaît pas de règles unilatérales au sens strict. Ainsi en l'absence de règles unilatérales, il est confirmé que ce système ne convient pas au droit international privé. En effet, ce résultat se justifie principalement en raison de la difficulté de mise en œuvre de telles règles.

2) Le difficile recours aux règles unilatérales

672. Hormis la rareté des règles unilatérales en pratique, cette méthode est tout simplement, difficile à mettre en œuvre. En effet, la méthode unilatérale, en comparaison à la méthode bilatérale, introduit trop de complexité pour justifier son utilisation en droit international privé de source interne (a). De surcroît, elle est impossible à mettre en œuvre en droit international privé de source supranationale (b).

a) *Le recours plus aisé à la méthode bilatérale en droit international privé interne*

673. La doctrine unilatérale en principe exempte de tout bilatéralisme. L'unilatéralisme technique s'entend de « la répudiation de toute bilatéralisation des règles de conflit fondée sur un raisonnement analogique, et en la désignation de la loi étrangère applicable par un procédé différent »¹⁰⁴⁸. Par conséquent, au regard des législations internes de droit international privé, il paraît difficile de mettre en œuvre cette conception et ceci pour deux raisons.

674. Le recours nécessaire au bilatéralisme pour les situations étrangères au for. Premièrement, la question se pose de savoir, si l'on retient un système de règles unilatérales, comment déterminer la loi applicable à une situation totalement étrangère au territoire du for. La doctrine unilatéraliste, et notamment Gothot propose alors d'appliquer « la loi qui a elle-même inclus dans son champ d'application les faits ou actes ayant entraîné le rapport qu'il s'agit de juger » c'est-à-dire que l'application de la loi étrangère serait fondée sur sa « volonté

¹⁰⁴⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 147.

d'application »¹⁰⁴⁹. Le reste de la doctrine a simplement proposé de bilatéraliser les règles unilatérales, ce qu'a effectivement fait la jurisprudence notamment à l'égard de l'article 3 du Code civil. Or, si la méthode bilatérale l'a emporté sur la méthode unilatérale, c'est simplement à raison du fait qu'elle permet de surmonter les obstacles imputables à la méthode unilatérale, à savoir la lacune et le cumul. En effet, malgré les solutions proposées par les tenants de l'unilatéralisme, celles-ci ne permettent tout de même pas de surmonter ces obstacles¹⁰⁵⁰. Par conséquent, cette première raison peut sembler suffisante pour ne pas recourir à l'unilatéralisme en pratique.

675. Le recours à la loi du for rarement indispensable. Deuxièmement, l'unilatéralisme technique suppose que le législateur ait la volonté d'empêcher toute bilatéralisation des règles de conflit qu'il a mises en place. Ainsi, lorsque des règles unilatérales ont été prévues par le législateur, « l'adoption de règles de rattachements non bilatéralisables répond à la volonté du législateur d'étendre le domaine d'application de sa loi au détriment des lois étrangères ». Par conséquent, lorsque le législateur souhaite intégrer une règle unilatérale à sa législation, il le fait dans l'optique d'imposer la loi du for à tel ou tel domaine d'application. Or, il apparaît peu de cas dans lesquels le législateur a recouru à ce type de règles puisqu'il existe peu d'hypothèses pour lesquelles il soit nécessaire de recourir à une telle méthode.

676. L'impérativité de la loi du for assurée par les mécanismes exceptionnels. De plus, lorsque le législateur souhaite imposer sa propre législation, il n'a pas réellement besoin de le prévoir *via* une méthode unilatérale puisque d'une part, les lois de police permettent à la loi française de s'appliquer immédiatement dès lors que celle-ci a vocation à protéger les intérêts économiques, politiques, sociaux de l'ordre juridique français, et d'autre part, l'ordre public international permet de substituer la loi française à la loi étrangère chaque fois que les dispositions matérielles de cette dernière paraissent choquantes à l'égard de l'ordre juridique français. Finalement, il n'est pas utile de recourir à la méthode unilatérale puisque les mécanismes d'exception du droit des conflits de lois peuvent assurer la même fonction. Cette deuxième raison semble justifier également le rejet d'une telle méthode sur le plan pratique en droit interne. Or, une autre explication est imputable à l'éviction de la méthode unilatérale, mais cette fois-ci à l'échelle supranationale.

¹⁰⁴⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 147.

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

b) L'impossible emploi de la méthode unilatérale à l'échelle supranationale

677. L'échec de l'unilatéralisme en l'absence d'une loi européenne. Si la méthode unilatérale est difficilement praticable en droit international privé de source interne, elle l'est davantage en droit international privé de source supranationale. En prenant l'exemple de l'Union européenne, on peut considérer que la méthode unilatérale lui est inapplicable. En effet, pour avoir recours à l'unilatéralisme technique à l'échelle européenne, il faudrait que les règles de conflit, prévues par les règlements européens, désignent la loi européenne, puisqu'il s'agit bien de déterminer le champ d'application de la loi du for. Or, l'Union européenne ne peut se doter d'une telle méthode puisqu'il n'existe pas de loi européenne en tant que telle, et que l'entité juridique qu'elle constitue reste encore aujourd'hui discutée. Si l'Union européenne proposait un système juridique commun à tous les Etats membres, alors il serait possible de parler de loi européenne. En réalité, si un jour une telle hypothèse se produit, le système juridique mis en place proposera sans doute des règles matérielles directement applicables aux Etats membres, lesquels ne connaîtront plus de conflit de lois intra-européen.

678. Le rejet de l'unilatéralisme en tant que système. En d'autres termes, en s'en tenant à la définition stricte de l'unilatéralisme, il n'est pas possible, sur un plan pratique de recourir à une telle méthode. Il apparaît qu'il ne s'agit pas d'une méthode globale permettant une véritable universalisation aboutissant à un traitement égalitaire des sujets de droit, malgré qu'elle puisse être orientée en faveur des intérêts privés. C'est pourquoi il est préférable de recourir à la méthode bilatérale. Néanmoins, l'unilatéralisme, lorsqu'il n'est plus entendu dans son sens strict, a pu constituer une source d'inspiration pour certaines règles propres au droit des conflits de lois.

B. LE SUCCES TACITE DE L'UNILATERALISME

679. Si l'unilatéralisme a été un échec en pratique au regard de la mise en place de règles unilatérales strictes, il a, en revanche, réussi à s'immiscer indirectement et implicitement dans le système de droit des conflits de lois. Effectivement, d'une part, l'unilatéralisme s'est illustré au travers du mécanisme des lois de police (1) et d'autre part au regard de règles de conflit à caractère substantiel (2).

1) L'unilatéralisme implicite issu des lois de police

680. L'unilatéralisme, n'existant que peu, voire pas, en termes de règles de conflit, a tout de même réussi à inspirer certaines règles spécifiques au droit des conflits de lois que sont les lois de police (a). De cette façon, le droit des conflits de lois peut se prévaloir d'un unilatéralisme modéré au service des intérêts privés (b).

a) *L'illustration de règles unilatérales au travers des lois de police*

681. Les lois de police comme règles unilatérales. En droit international privé, il est classiquement admis le recours au mécanisme d'exception des lois de police. Dès lors que dans un litige international, une loi de police a vocation à s'appliquer, celle-ci joue immédiatement c'est-à-dire sans même rechercher la loi applicable conformément à la règle de conflit de lois qui régit la situation. Par conséquent, ce type de loi peut s'analyser comme une règle unilatérale qui serait d'application immédiate par rapport aux règles de rattachement bilatérales, classiquement aptes à régir la situation¹⁰⁵¹.

682. Des lois internes d'application territoriales. En effet, les lois de police appellent deux remarques. Tout d'abord, les lois de police sont « d'application territoriale » c'est-à-dire que leur « application n'est assurée que de la part des autorités de l'Etat qui l'édicte » ; et « le critère qui déclenche son application est lié au but qu'elle poursuit, et qu'il convient (...) d'identifier pour chacune »¹⁰⁵². Par conséquent, dès lors qu'un point de rattachement se présente avec un ordre juridique, les dispositions matérielles de cet ordre juridique, si elles sont considérées comme lois de police, auront vocation à s'appliquer immédiatement. Or, cette vocation territoriale n'est pas sans rappeler les fondements classiques de la doctrine unilatéraliste. Comme l'a affirmé Niboyet, « la loi de police est une loi territoriale évidemment », notamment parce qu'elle a « pour but de réglementer des faits intéressants le territoire français »¹⁰⁵³. De plus, ces lois s'identifient au regard des intérêts qu'elles protègent, lesquels sont principalement des intérêts publics. Selon Francescakis, il s'agirait « des lois dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »¹⁰⁵⁴. Par conséquent, au-delà d'être territoriales, les lois de police ont vocation à assurer les intérêts de l'Etat, elles sont donc fonction de la politique législative de chaque Etat. Ainsi, dans la mesure où « le rôle de la politique législative » est « insensible dans la détermination de l'applicabilité des lois ordinaires de droit privé selon la démarche savignienne », elle « est au contraire un élément décisif de la caractérisation de la loi de police comme de la détermination de ses critères d'efficacité dans

¹⁰⁵¹ P. Lalive, S. II « Comparaisons entre les méthodes », in « Tendances et méthodes en droit international privé : cours général », *RCADI*, 1977, vol. n°155, spéc. p. 135, citant Francescakis.

¹⁰⁵² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 180.

¹⁰⁵³ J.-P. Niboyet, *op. cit.*, Tome IV, § 1110 et 1111.

¹⁰⁵⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 178, citant Francescakis.

l'espace »¹⁰⁵⁵. Ainsi, les fondements classiques de la doctrine unilatérale se retrouvent dans le mécanisme des lois de police.

683. Une démarche unilatérale exempte de bilatéralisme. De plus, les lois de police traduisent une véritable intégration de l'idéologie unilatéraliste parce qu'elles conduisent à exclure tout bilatéralisme. En effet, lorsqu'une loi de police est applicable, « la méthode bilatéraliste est mise à l'écart » puisqu'« au lieu de partir de la relation juridique pour déterminer la loi applicable, le juge déclare applicable la disposition considérée en fonction de ce qu'il estime être son but et sa volonté d'application »¹⁰⁵⁶. Par conséquent, « la démarche est typiquement unilatéraliste »¹⁰⁵⁷.

684. Une intégration incontestée de l'unilatéralisme en droit des conflits de lois. Finalement, le mécanisme des lois de police est celui qui a permis d'intégrer, à côté d'une méthode classique bilatérale, une démarche proprement unilatérale. D'ailleurs, ce mécanisme d'exception, originellement reconnu par le droit international privé interne, est également admis en droit international privé conventionnel, notamment dans les règlements européens¹⁰⁵⁸. La pratique reconnaît donc l'idéologie de l'unilatéralisme au travers de ce mécanisme. Ainsi, le droit des conflits de lois a su intégrer un unilatéralisme modéré à son système de façon à préserver, à titre complémentaire, les intérêts privés.

b) Le recours à un unilatéralisme modéré en faveur des intérêts privés

685. Des lois protectrices des intérêts privés. Intégrer les fondements classiques de l'unilatéralisme pour justifier le recours aux lois de police peut sembler inapproprié dans la mesure où ils s'apparentent au souverainisme. En effet, le droit international privé a vocation à traiter des intérêts privés, et non des intérêts de l'Etat. Par conséquent, les intérêts des particuliers devraient être garantis en priorité. Néanmoins, il faut relativiser le propos. Dans la mesure où les lois de police sont essentiellement fonction de la politique législative d'un Etat, celles-ci peuvent être celles qui encadrent les intérêts privés. C'est notamment le cas par exemple des lois françaises relatives au consommateur. Elles sont considérées comme des lois de police parce qu'elles protègent l'intérêt du consommateur. La critique doit donc être nuancée, même s'il n'en demeure pas moins que ce mécanisme peut constituer un obstacle à

¹⁰⁵⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207.

¹⁰⁵⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 178.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*

¹⁰⁵⁸ Voir en ce sens : art. 9 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

l'harmonisation du système, notamment eu égard aux défauts qui lui sont imputables principalement en termes d'identification¹⁰⁵⁹.

686. Des dispositions unilatérales complémentaires à la discipline. Toutefois si le mécanisme des lois de police est l'objet d'une politique législative étatique, il constitue un outil complémentaire au droit international privé dont le régime, s'il était mieux encadré par le droit positif, pourrait permettre de conserver une harmonie des solutions voire même de permettre un traitement égalitaire des sujets de droit¹⁰⁶⁰, malgré le caractère national et exceptionnel de ces lois. C'est pourquoi dans la mesure où l'unilatéralisme ne peut conduire à édifier un système de droit des conflits de lois global, il est préférable qu'il se traduise sous cette forme dans la mesure où il peut effectivement participer, sous l'impulsion d'une politique législative interne, à la préservation des intérêts privés¹⁰⁶¹. Ainsi, l'unilatéralisme a pu pénétrer la discipline du droit des conflits de lois au travers des lois de police sans qu'il soit nécessaire d'en contester le recours au regard du rôle complémentaire que ces lois peuvent assurer. Néanmoins, l'unilatéralisme semble s'être également intégré dans cette discipline au travers de règles substantielles, lesquelles sont cette fois-ci nettement plus contestable en termes de respect des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement.

2) L'unilatéralisme au travers des règles de conflit de nature substantielle

687. Plus que les dispositions matérielles nationales, l'unilatéralisme s'est poursuivi indirectement dans l'élaboration de certaines règles de conflit lesquelles sont qualifiées de substantielles (a). Le recours à une philosophie unilatéraliste au regard de règles de conflit consiste vraisemblablement à prendre en compte le but social de la loi ou du moins sa finalité, ce qui est discutable au regard de la mise en place d'un système universel de droit international privé (b).

a) *La démarche unilatéraliste engendrée par le substantialisme*

688. Les règles de conflit à caractère substantiel. En parallèle des lois de police, certaines règles de conflit contiennent elles-mêmes des dispositions à finalité matérielle. Ainsi, pour reprendre l'exemple donné par les Professeurs Bernard Audit et d'Avout, traditionnellement, la forme du mariage est régie par la loi du lieu de célébration¹⁰⁶². Pour autant, le Code civil, en son article 170, impose « aux Français se mariant à l'étranger de faire

¹⁰⁵⁹ Cf. *infra* § 1191 et s.

¹⁰⁶⁰ Cf. *infra* § 1199 et s.

¹⁰⁶¹ Cf. *supra* § 657, 657 et 658.

¹⁰⁶² B. Audit et L. D'Avout, *op. cit.*, § 176.

précéder leur union de la publication » des bans en France¹⁰⁶³. Par conséquent, la règle de conflit, à savoir la *lex loci celebrationis* est assortie « d'une précision fixant son champ d'application dans l'espace » ; ainsi « la norme est auto-limitée »¹⁰⁶⁴.

689. Une démarche nationaliste. Le recours, en droit international privé interne, à ces « règles substantielles auto-limitées » ne s'assimilent pas à des lois de police puisque la règle de conflit n'est pas évincée par l'application de cette norme, mais la démarche unilatéraliste est présente. En effet, l'application de la règle de conflit est encadrée par les règles de l'ordre juridique du for dont dépend le national de cet Etat. Ainsi, le critère de la démarche n'est plus territorial, comme il l'est avec les lois de police, mais devient national pour suivre les nationaux dans leurs déplacements. C'est ainsi que le droit des conflits de lois consacre indirectement, une nouvelle fois, la méthode unilatérale au travers de quelques règles substantielles « auto-limitées » en droit international privé interne. En outre, le raisonnement pourrait potentiellement être étendu au droit international privé conventionnel et notamment européen. En consultant le droit dérivé européen, qu'il s'agisse de directives ou de règlements, il apparaît que la démarche unilatéraliste est aussi adoptée par l'Union européenne.

690. Une démarche étendue à l'Europe. Au regard des différents textes européens, il est établi que « les règles (européennes) de conflit de lois issues du droit privé ont une finalité matérielle manifeste, parce qu'elles cherchent à garantir aux sujets un certain niveau de protection » et « à éradiquer toute entrave » à la libre circulation qui constitue la « seconde finalité matérielle » des règles de conflit européennes¹⁰⁶⁵. Par conséquent, il ne s'agit plus de règles « auto-limitées » mais de règles de conflit purement et simplement substantielles. Or, ces règles sont contenues soit par des directives, constitutives de dispositions matérielles en tant que telles, soit par des règlements, constitutifs de règles de conflits. Quelle que soit l'hypothèse, l'objectif est le même, c'est-à-dire garantir à tous les sujets de droit européens la politique de l'Union européenne. En effet, l'intégration d'un objectif substantiel peut être considérée comme une démarche unilatéraliste puisqu'il est question d'obtenir un résultat conforme à l'idéologie d'un ordre juridique donné. Il s'agit désormais de penser la démarche unilatéraliste à l'échelle de l'ordre juridique européen, et non plus de chacun de ses Etats membres. Finalement, l'unilatéralisme s'est imposé au travers de ces règles à caractère

¹⁰⁶³ B. Audit et L. D'Avout, *op. cit.*, § 176.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ D. Lefranc, *op. cit.*, p. 413.

substantiel tant à l'échelle nationale que régionale. Toutefois, en termes d'universalisation, il semble que cette méthode soit parfaitement discutable.

b) Le substantialisme contraire à l'universalisme de la méthode

691. Des règles de conflit fonction d'un but social. Donner à une règle de conflit un résultat à atteindre, ou l'accompagner d'un résultat à atteindre conduit à considérer que chaque règle propre au droit des conflits de lois aurait un objectif à remplir. Il s'agit en réalité des thèses préconisées par Niboyet et Pillet selon lesquelles, une loi ne peut être conçue « sans un résultat à atteindre », et c'est pourquoi « l'autorité compétente n'édicte une loi qu'en vertu d'une certaine fin qu'elle se proposait »¹⁰⁶⁶. Ils ont pu expliquer que « cette fin, il faut que dans les rapports internationaux, comme dans les rapports nationaux, on puisse la réaliser, sinon le but social de la loi ne sera pas atteint »¹⁰⁶⁷. Par conséquent, l'adoption de règles en droit des conflits de lois consisterait, implicitement et nécessairement, en la réalisation d'une finalité choisie par le législateur. De la même façon, pourrait être fait un parallèle avec la théorie de Currie¹⁰⁶⁸ selon laquelle une loi n'a vocation à s'appliquer que si elle présente des points de contact avec un Etat qui a un intérêt dans l'application de la politique prônée par cette dite loi au regard de ses dispositions matérielles.

692. L'exclusion du substantialisme nécessaire à l'universalisation du système. Or si ces doctrines prônent des règles de conflit à caractère substantiel, il ne faut pas oublier que tout matérialisme est contraire à une méthode neutre du droit des conflits de lois dont l'objet consiste à localiser un rapport de droit objectivement pour déterminer la compétence des lois en conflit. Par conséquent, l'intégration de ces règles à caractère substantiel en droit positif favorise nécessairement le cloisonnement des systèmes puisque le résultat est fonction d'une politique matérielle à laquelle certains Etats adhèrent, mais surtout à laquelle certains Etats n'accepteront jamais d'adhérer. Ainsi, si l'unilatéralisme peut s'illustrer au travers du mécanisme exceptionnel des lois de police, il ne devrait s'en tenir qu'à cela. En effet, tout substantialisme doit être rejeté par les règles de conflit afin de permettre une globalisation du système et conséquemment une égalité de traitement. C'est pourquoi seul le bilatéralisme semble être capable de répondre à cette exigence.

¹⁰⁶⁶ J.-P. Niboyet et A. Pillet, *op. cit.*, § 291.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ Cf. *supra* § 213.

SOUS-SECTION 2 : LA METHODE BILATERALE COMME UNIQUE REPONSE A L'UNIVERSALISATION DU DROIT

693. Le bilatéralisme est la méthode conflictuelle par laquelle la règle de conflit désigne indifféremment la loi du for ou la loi étrangère. Cette méthode a été théorisée au XIX^{ème} siècle par l'auteur allemand Savigny¹⁰⁶⁹. Sa pensée a connu un succès incontestable, et a, par conséquent, été consacrée pour faire du bilatéralisme le fondement de toute méthode en droit des conflits de lois (§ 1). De plus, à la suite de la reconnaissance théorique du bilatéralisme, celui-ci a intégré le droit positif, pour devenir la méthode en droit des conflits de lois contemporain. Néanmoins, malgré les nettes qualités que reflète cette doctrine, elle demeure inachevée au regard des objectifs que doit atteindre la discipline (§ 2).

§ 1 – LA CONSECRATION DU BILATERALISME EN TANT QUE METHODE UNIVERSELLE

694. L'imputabilité de la doctrine bilatéraliste est classiquement attribuée au romaniste allemand Savigny¹⁰⁷⁰. Le raisonnement du théoricien consistait à recourir à un système de conflit fondé sur une méthode bilatérale laquelle constituerait, ou plutôt constitue, une méthode universelle et objective (A). C'est pourquoi la méthode bilatérale savignienne est depuis devenue le principe fondateur de tout système de droit des conflits de lois garant des objectifs qui lui sont inhérents, à savoir la neutralité et l'égalité (B).

A. LE SYSTEME BILATERAL COMME NOUVELLE METHODE OBJECTIVE UNIVERSELLE

695. A la suite des traditions issues de l'Ancien Régime consistant essentiellement à établir des règles de conflit sur la base d'idéologies territorialistes ou personalistes, l'auteur allemand Savigny a proposé un nouveau système de droit des conflits de lois fondé sur le bilatéralisme. L'innovation résulte de ce que, d'une part, la méthode envisagée se voulait objective et neutre au regard de la localisation du rapport de droit conformément à sa nature (1) ; et d'autre part, le système serait fondé sur la classification des rapports de droit en vertu des principes et règles issus de la communauté juridique des peuples de tradition romano-chrétienne (2).

¹⁰⁶⁹ Cf. *supra* § 162 et s.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

1) La localisation objective du rapport de droit conformément à sa nature

696. Pour mettre en place sa méthode bilatérale, Savigny a proposé de localiser le rapport de droit en cause en recherchant son siège conformément à sa nature (a). Ainsi, pour la première fois, dans l'histoire du droit international privé et particulièrement du droit des conflits de lois, est envisagée une approche neutre et objective (b).

a) La recherche du siège du rapport de droit conformément à sa nature

697. La recherche de compétence entre la loi du for et la loi étrangère. Au XIX^{ème} siècle, Savigny, propose une nouvelle méthode, différente des précédentes, consistant à admettre indifféremment la compétence de la loi du for ou de la loi étrangère. Il s'agit du premier auteur qui se détache du débat entre personnalisme et territorialisme régnant depuis l'Ancien Régime¹⁰⁷¹. Sa théorie « a pour but de délimiter l'empire respectif des droits positifs dans le temps et dans l'espace » d'un rapport de droit donné¹⁰⁷². Pour expliquer son idée, l'auteur allemand a constaté préalablement que « l'objet direct et immédiat régi par les règles du droit est la personne » dans son existence générale, et que celle-ci par « ses actes libres (...) forme les rapports de droit ou contribue à les former »¹⁰⁷³. C'est pourquoi la personne « veut dominer les choses ; et, en abordant l'espace déterminé occupé par ces choses, elle s'expose à entrer dans les domaines d'un droit étranger »¹⁰⁷⁴. Par conséquent, Savigny est parti du postulat selon lequel une situation litigieuse privée peut dépasser le simple cadre interne. Sur cette base, il a considéré que « pour chaque cas donné, la règle à appliquer est désignée principalement par la soumission de la personne dont il s'agit à l'empire d'un droit déterminé, mais qu'en outre les modifications les plus importantes et les plus variées peuvent provenir du rapport que des choses, des actes ou des liens de famille déterminés, établissent avec d'autres droits positifs »¹⁰⁷⁵. Ainsi, selon lui, « lorsqu'une relation privée dépasse le cadre de la vie interne d'un pays, il faut la soumettre aux dispositions internes de l'un des pays avec lesquels elle se trouve en contact »¹⁰⁷⁶.

698. La compétence de la loi fonction de la nature du rapport de droit. Pour parvenir à déterminer le siège du rapport de droit, il convient de « déterminer pour chaque

¹⁰⁷¹ P. Arminjon, « Notions historiques », in « L'objet et la méthode du droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 454.

¹⁰⁷² *Ibid.*

¹⁰⁷³ F. C. Von Savigny, *op. cit.*, § CCCXLV.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

¹⁰⁷⁵ *Ibid.*

¹⁰⁷⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 136.

rapport de droit le domaine du droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport »¹⁰⁷⁷. Ainsi, selon sa doctrine, pour toute situation litigieuse privée, il doit être déterminé le siège de son rapport de droit conformément à sa nature. En effet, « il faut rechercher (pour chaque rapport de droit) le domaine du droit auquel il appartient par sa nature, où il a son siège »¹⁰⁷⁸. L'application d'une telle méthode conduit nécessairement à une application indifférente de la loi du for ou de la loi étrangère. La détermination de la loi compétente n'est donc que fonction de la localisation du siège du rapport de droit conformément à sa nature, c'est-à-dire de manière objective. De plus, le processus s'avérerait d'autant plus objectif dans la mesure où Savigny y intègre la localisation subjective puisqu'il considère que les parties se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé¹⁰⁷⁹. En d'autres termes, sa méthode invite à envisager la localisation du rapport de droit conformément à une localisation objective à laquelle est assortie une part de subjectivisme¹⁰⁸⁰.

b) La localisation neutre et objective du siège du rapport de droit

699. L'application indifférente de la loi du for et de la loi étrangère. La doctrine proposée par Savigny est extrêmement séduisante en termes d'égalité de traitement puisqu'elle permet d'une part, une application indifférente de la loi du for et de la loi étrangère, et d'autre part, de rechercher la loi compétente conformément à un raisonnement neutre c'est-à-dire exempt de toute considération politique.

700. Une localisation neutre du rapport de droit vectrice d'universalisme. En considérant que la détermination de la loi applicable passe par l'appréciation du siège du rapport de droit conformément à sa nature, Savigny a proposé de déterminer la loi compétente selon un processus de localisation objective. En effet, si l'on reprend, purement et simplement sa théorie, son raisonnement fait preuve d'une totale neutralité. La localisation du rapport de droit serait objective et son rattachement ne serait plus fonction de considérations politiques, économiques et culturelles de l'ordre juridique du for, mais fonction de la nature même du rapport de droit. Toutefois, son analyse ne procéderait pas vraisemblablement d'une localisation concrète ou abstraite du rapport de droit, mais seulement de l'idée de soumission volontaire à ce rapport¹⁰⁸¹. En tout état de cause, en partant du postulat selon lequel le siège

¹⁰⁷⁷ F. C. Von Savigny, *op. cit.*, § CCCXLVIII.

¹⁰⁷⁸ P. Arminjon, « Notions historiques », in « L'objet et la méthode du droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 455, citant Savigny.

¹⁰⁷⁹ Cf. *supra* § 163.

¹⁰⁸⁰ Cf. *supra* § 629 et s.

¹⁰⁸¹ Y. Lequette, *op. cit.*, § 52.

d'un rapport de droit se détermine conformément à sa nature, il serait possible d'envisager que la nature du rapport de droit soit une notion universelle permettant alors la création d'un système de conflit unifié.

701. Un système conforme à l'objet du droit des conflits de lois. En outre, en proposant un système de localisation objective du rapport de droit c'est-à-dire de la situation litigieuse, Savigny a, pour la première fois, inventé un système en conformité avec la fonction du droit international privé et spécifiquement du droit des conflits de lois. Comme l'a expliqué Batiffol, « le droit international privé cherche à déterminer le champ d'application respectif des divers systèmes juridiques en présence dans une situation donnée » ; et a ajouté que « la réponse la plus simple consiste à donner compétence à la loi en vigueur sur le territoire où la situation se localise objectivement »¹⁰⁸². Savigny est donc parvenu à proposer une méthode permettant de déterminer le champ d'application dans l'espace des lois en conflit, au regard d'une situation litigieuse, et ceci en la localisant objectivement conformément à sa nature. Finalement, sa théorie est la première à envisager un système de conflit répondant à la fois à la fonction du droit des conflits de lois et à son objet. Il serait donc possible de déterminer le champ d'application des lois dans l'espace en fonction d'un critère objectif ou neutre qui permettrait alors la mise en œuvre d'un système universel et conséquemment égalitaire. Néanmoins, la méthode proposée par Savigny pour déterminer le siège du rapport de droit semble remettre en cause la neutralité de la règle de conflit.

2) Une méthode fonction d'une communauté juridique romano-chrétienne

702. Pour permettre la localisation objective de tout rapport de droit selon Savigny, il convient de se référer aux données essentielles de la communauté de droit des peuples fondée sur le droit romain et le christianisme (a). Ainsi, au regard de ces données, chaque rapport de droit fait l'objet d'une classification permettant de déterminer objectivement et communément sa localisation (b).

a) L'analyse des rapports de droit au regard d'une communauté juridique des peuples

703. Le siège du rapport de droit fonction d'une communauté de droit. Si la méthode de Savigny consiste à déterminer le siège du rapport de droit conformément à sa nature, la question se pose alors de savoir comment déterminer « la nature » d'un rapport de droit, pour ensuite en établir son siège. Ainsi, l'auteur allemand, pour établir un processus

¹⁰⁸² H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., § 103.

commun de détermination du rapport de droit, a constaté qu'il suffisait de reprendre des données communes qui sont établies par « une communauté de droit entre les différents peuples »¹⁰⁸³. Il a effectivement considéré qu'il existait une communauté de droit basée sur deux données principales : le christianisme et le droit romain. Par conséquent, grâce à leur diffusion, « les distinctions caractéristiques des peuples » sont devenues « moins saillantes » et ont conduit à un rapprochement des législations modernes¹⁰⁸⁴.

704. Vers l'organisation d'un système commun. En reconnaissant l'existence d'une communauté de droit des peuples, l'auteur a estimé qu'il était possible de déterminer communément quelle est la nature de chaque rapport de droit. Pour cela, « Savigny s'attachait aux sources communes des législations internes »¹⁰⁸⁵. En quelque sorte, il s'agit de partir d'un tronc commun pour réaliser un système uniforme pour tous les Etats de cette communauté. En fondant sa théorie de telle manière, Savigny mit en place « une méthode de solution des conflits de lois », « d'inspiration résolument privatiste », tendant à « devenir universelle »¹⁰⁸⁶. En effet, si le système propre au droit des conflits de lois peut être construit grâce à un tronc commun réunissant toutes les données communes des législations modernes des Etats parties à la communauté, alors le système deviendrait uniforme et universel. L'approche de l'auteur est nécessairement convaincante. Par conséquent, au regard de la communauté de droit des peuples de son époque, il a pu déterminer pour chaque rapport de droit son siège conformément à sa nature.

b) La classification des rapports de droit conformément aux ordres du droit romain

705. La détermination de la loi applicable conformément aux ordres du droit romain. En partant du postulat selon lequel il existe une communauté juridique des peuples basée sur le droit romain et le christianisme, il ne reste qu'à déterminer, conformément aux données issues de cette communauté, quel est le siège d'un rapport de droit au regard de sa nature. Il convient donc de consulter, selon Savigny, le droit diffusé par la communauté pour déterminer quelle est la nature de tel rapport de droit, pour ensuite traduire son siège. La première étape consistait donc à reprendre le système de droit romain lequel connaissait depuis longtemps d'une « vue synthétique du droit privé » par laquelle les problèmes étaient

¹⁰⁸³ F. C. Von Savigny, *op. cit.*, § CCCXLVIII.

¹⁰⁸⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 136.

¹⁰⁸⁵ P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 1946, § 36.

¹⁰⁸⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 151.

classés dans des ordres et principalement « personnes, choses, contrats, actions »¹⁰⁸⁷. Par conséquent, le raisonnement intellectuel consistait, pour chaque situation juridique, « à rechercher pour chaque type de rapport de droit la « sphère juridique » à laquelle il appartient selon sa nature »¹⁰⁸⁸. Il s'agissait donc de classer les rapports de droit, et ceci était possible grâce aux différentes catégories existantes au regard du droit romain universellement appliqué. Ensuite, une fois le rapport de droit classé dans un « ordre » établi par le droit romain, la seconde étape supposait d'assigner à chaque catégorie de rapports de droit un siège déterminé conformément à sa nature¹⁰⁸⁹. « Le siège du rapport de droit devait (alors) être identifié par l'élément considéré comme le plus caractéristique »¹⁰⁹⁰. Il s'agit donc de la phase de localisation objective du siège juridique du rapport de droit. En d'autres termes, l'auteur allemand a inventé une méthode selon laquelle, d'une part, il faut opérer un classement des rapports de droit dans « un ordre », et d'autre part, assigner à chaque catégorie de rapport de droit un élément caractéristique permettant sa localisation.

706. Une méthode neutre et universelle. La méthode proposée par Savigny serait universelle en ce qu'elle permettrait à la fois de créer une classification des rapports de droit commune, basée sur le droit romain, et à la fois, d'attribuer, conformément au droit romain et au christianisme, un élément caractéristique de localisation à chacune de ces catégories. La méthode bilatérale de Savigny présente, en théorie, tous les avantages légitimement recherchés par le droit international privé et le droit des conflits de lois. Un tel système permet de traiter tous les sujets de droit de manière neutre et égalitaire. En effet, dans la mesure où le système est universel, il serait donc commun à tous ceux qui y sont soumis et serait fondé indépendamment des considérations propres et identitaires de chaque Etat, c'est-à-dire sur la base d'une localisation objective commune. Ainsi, la philosophie de Savigny est conditionnée par les deux aspirations indispensables qui doivent guider le droit des conflits de lois, c'est-à-dire la neutralité et l'égalité de traitement. C'est pourquoi le bilatéralisme est devenu le principe fondateur de tout système en droit des conflits de lois.

¹⁰⁸⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 238.

¹⁰⁸⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 152.

¹⁰⁸⁹ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 348, lesquels exposent précisément que : « La méthode repose d'abord sur la classification, ou la recherche de la nature du rapport de droit afin de l'intégrer au sein d'une catégorie prédéterminée (ex. : la catégorie délits), pour procéder ensuite, en considération des besoins spécifiques induits de cette nature, à sa localisation selon son élément le plus caractéristique (ex. : le lieu de survenance du délit) dans le ressort d'un législateur donné ».

¹⁰⁹⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 152.

B. LE BILATERALISME SAVIGNIEN AU SOUTIEN D 'UN SYSTEME NEUTRE ET EGALITAIRE

707. La méthode bilatérale proposée par Savigny a connu un certain retentissement à son apparition. Effectivement le bilatéralisme proposé par Savigny était la première doctrine permettant de mettre un terme aux inconvénients incurables des autres doctrines positives (1). C'est ainsi que cette doctrine fût reconnue et consacrée par une majorité de la doctrine pour devenir le fondement essentiel de toute méthode de droit des conflits de lois (2).

1) La fin des obstacles imputables aux autres doctrines par recours au bilatéralisme

708. La méthode bilatérale proposée par Savigny constitue certainement une innovation sur le plan théorique, mais également une solution dans la mesure où elle met fin aux difficultés issues des autres doctrines depuis la naissance du droit international privé. Il permet d'abandonner les théories territorialiste et personaliste de l'Ancien Régime pour préférer la neutralité du règlement du conflit de lois (a), et justifie l'exclusion de l'unilatéralisme en mettant un terme à ses vices c'est-à-dire la lacune et le cumul (b).

a) L'abandon des théories de l'Ancien Régime grâce à la naissance de la neutralité

709. Le renversement du personalisme et du territorialisme. Originellement, depuis la théorisation du droit international privé, l'organisation de tout système était fondée autour de deux idéologies : territorialisme et personalisme. Le raisonnement consistait donc dans un premier temps à fixer la politique de l'Etat, c'est-à-dire territorialisme ou personalisme, pour ensuite, élaborer des règles de conflit conformément à l'orientation choisie par cet Etat. Toute approche objective des conflits de lois était bannie, et toute tentative d'unification impossible. La doctrine proposée par Savigny est venue remettre totalement en question cette manière d'envisager les conflits de lois en droit international privé. En recourant à la classification des rapports de droit en fonction de leur nature et à l'idée de localisation objective du rapport de droit conformément à leur nature, l'auteur a opéré un revirement de pensée dont l'effet est de « dépolitiser le conflit de lois »¹⁰⁹¹. En effet, « ce n'est pas la volonté d'un législateur mais la nature de la question de droit (privé) qui détermine la loi applicable »¹⁰⁹². La méthode est bien renversée puisque tout conflit de lois

¹⁰⁹¹ B. Audit et L. D'Avout, *op. cit.*, § 152.

¹⁰⁹² *Ibid.*

n'est plus fonction de la volonté du législateur, mais fonction du rapport de droit lui-même puisque celui-ci dépendra « du territoire auquel le rattachent certains de ses éléments »¹⁰⁹³.

710. La création d'une méthode conflictuelle entièrement neutre. La nouveauté consiste essentiellement à rendre la méthode de désignation de loi applicable totalement neutre c'est-à-dire indépendante des considérations propres à chaque Etat. Par conséquent, la vision préconisée par Savigny tend « à accrédi-ter l'idée selon laquelle la règle de conflit constituerait un simple « droit de classement » ou de répartition »¹⁰⁹⁴. C'est pourquoi cette manière de penser le conflit de lois doit être soutenue car seule une méthode neutre peut permettre l'adhésion commune de tous les Etats. Outre la condamnation du territorialisme et du personnalisme, le bilatéralisme de Savigny met également fin aux problèmes issus de l'unilatéralisme.

b) L'exclusion des problèmes spécifiques à l'unilatéralisme

711. La suppression des problèmes liés à la lacune et au cumul. Le bilatéralisme soutenu par Savigny conduit à mettre de côté tous les obstacles issus de l'unilatéralisme. En effet, l'unilatéralisme conduit à deux problèmes essentiels : la lacune (hypothèse dans laquelle aucune loi ne se veut applicable) ou le cumul (hypothèse dans laquelle plusieurs lois se veulent applicables). Le bilatéralisme préconisé par l'auteur allemand supprime ces obstacles. Il consiste à envisager le problème du conflit de lois comme « une collision des lois sur un plan supérieur » au regard duquel « chaque Etat doit (...) être prêt à appliquer les lois étrangères aussi bien que ses propres lois »¹⁰⁹⁵. Pour résoudre ce conflit, il convient donc d'appliquer simplement « le droit local auquel appartient le rapport de droit litigieux »¹⁰⁹⁶. En considérant d'une part que la loi étrangère est autant applicable que la loi du for, et d'autre part, que la situation litigieuse sera régie par le droit local auquel elle appartient, la doctrine de Savigny met un terme aux problèmes liés à l'unilatéralisme. Dès lors qu'il est fait application d'une telle méthode, aucune lacune et aucun cumul ne sont possibles. En effet, si un rapport juridique est régi par la loi de l'Etat sur le territoire duquel il est localisé

¹⁰⁹³ P. Arminjon, « Notions historiques », in « L'objet et la méthode du droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 455.

¹⁰⁹⁴ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 127, faisant référence à Niboyet pour l'expression de « droit de classement ».

¹⁰⁹⁵ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 15.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*

conformément à sa nature, il sera nécessairement régi par une loi qui demeurera unique. Il s'agirait alors d'une solution naturelle qui s'imposerait d'elle-même¹⁰⁹⁷.

712. Le remède à l'uniformisation du droit. De plus, outre les problèmes récurrents de l'unilatéralisme auxquels met fin le bilatéralisme savignien, celui-ci permet un résultat qui ne peut être atteint par une optique unilatérale, celui de l'uniformisation d'un système de droit des conflits de lois. Par conséquent, le bilatéralisme constitue la seule voie en mesure de répondre aux objectifs de la justice conflictuelle. C'est pourquoi la doctrine de Savigny a connu et connaît encore un succès important.

2) L'imposante reconnaissance doctrinale du bilatéralisme savignien

713. La méthode bilatérale proposée par Savigny a connu un réel succès et a exercé une influence durable en Europe de manière directe ou indirecte¹⁰⁹⁸. En effet, les successeurs de Savigny ont dans une large mesure repris le concept de communauté de droit pour l'intégrer implicitement ou non à leur théorie du conflit de lois (a). De plus, une majorité de la doctrine s'accorde, depuis Savigny et aujourd'hui encore, pour recourir à une approche analytique du conflit de lois (b).

a) *L'intégration du concept de communauté de droit au sein de la doctrine*

714. La diffusion du concept de communauté de droit. La nouvelle doctrine proposée par Savigny à l'égard des conflits de lois a connu un net retentissement en Europe et a notamment influencé directement ou indirectement les nouvelles théories de droit international privé qui lui ont succédé principalement en raison d'un point particulier : l'idée de communauté de droit. Ses disciples ont écarté « la construction personnelle du romaniste pour ne retenir que le principe de la communauté de droit »¹⁰⁹⁹. En effet, différents auteurs ont conservé l'idée que grâce à une communauté de droit existante entre différents Etats, il serait possible de construire un système de conflit de lois commun.

Parmi ses successeurs, à la fin du XIX^{ème}, Despagnet a défendu l'idée d'une communauté de droit en partant du constat, à l'époque, qu'il existait déjà « une grande

¹⁰⁹⁷ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes de droit international privé (des formes juridiques sur l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 156 : « De façon quelque peu paradoxale, la solution naturelle s'imposerait pour des raisons normatives, au vu du risque du chaos et d'indétermination des solutions : si chacun suivait ses prétentions ou appétits (qu'il faut supposer alors contingents et non universels), la seule issue consiste donc à une solution unique et acceptable par tous » ; « Il s'agit ainsi de subordonner l'application de toutes les lois en concours à un même principe, de les soumettre à un même rattachement ».

¹⁰⁹⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 240.

¹⁰⁹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 136.

tendance, sinon à l'uniformité absolue, du moins à une assimilation très sensible (...) dans l'évolution générale des législations modernes »¹¹⁰⁰. C'est pourquoi il a également affirmé que « faute de législateur possible au-dessus des Etats pour régler les conflits qui s'élèvent entre leurs législations respectives aussi bien que pour régler tous les autres rapports qui peuvent se former entre eux, (le droit international privé) se constitue par l'accord des Etats eux-mêmes, soit d'une manière tacite sous la forme de coutumes, soit d'une façon expresse et par le moyen de traités »¹¹⁰¹. Ainsi, c'est en raison du rapprochement des législations modernes, c'est-à-dire d'une communauté de droit, que les Etats peuvent s'accorder pour mettre en place un système de droit international privé commun.

De plus, cette idée de communauté de droit a su dépasser les siècles pour être reprise indirectement dans différentes doctrines, et notamment par les doctrines modernes. Il suffit d'évoquer à ce titre la méthode comparative proposée notamment par Maury qui conduit indirectement à ériger en règles de conflit les règles communes aux Etats comparés¹¹⁰². De même, les positivistes se sont indirectement inspirés de l'idée de communauté de droit en insistant sur l'idée de coordination des législations entre Etats. Batiffol affirmait que « la coordination de systèmes nécessaire aux relations privées internationales s'effectue normalement dans le monde actuel par l'initiative de chaque Etat »¹¹⁰³. Ainsi, le propre du droit international privé est la coordination des systèmes, ce qui suppose implicitement l'idée de communauté de droit entre Etats, que celle-ci soit déjà existante ou soit simplement en devenir, puisque la coordination passe nécessairement, une fois encore, par un rapprochement des législations, qui sera facilité par leurs similitudes.

715. Une communauté de droit comme préalable à toute unification du droit. Finalement, le concept de communauté de droit au fondement des règles du droit des conflits de lois a imprégné directement ou indirectement une majeure partie des doctrines du droit international privé. La raison tient à l'objet même du droit des conflits de lois qui se traduit principalement par sa vocation à l'unification, dont le préalable serait une communauté de droit. Effectivement, le raisonnement est pertinent en ce qu'une communauté de droit permet plus facilement la construction d'une méthode ou d'un système commun de droit des conflits de lois. Néanmoins, l'idée de communauté de droit ne doit plus nécessairement s'entendre

¹¹⁰⁰ F. Despagnet, *op. cit.*, § 9.

¹¹⁰¹ *Ibid.*, § 21.

¹¹⁰² Cf. *infra* § 194 et 195.

¹¹⁰³ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 57.

strictement comme du temps de Savigny. Il s'agit effectivement aujourd'hui d'opérer une approche positive par le biais de laquelle sera mise en place une méthode commune aux Etats. Il n'en demeure pas moins que le concept de communauté est celui qui permet de garantir l'égalité de traitement du sujet de droit. En effet, si une réglementation émane d'une communauté, alors elle sera identique pour tous les sujets de droit. C'est pourquoi ce préalable doit être maintenu comme fil conducteur à toute méthode en droit des conflits de lois. De surcroît, la doctrine a également repris la méthode analytique proposée par Savigny.

b) Le recours à la méthode analytique comme fondement doctrinal avéré

716. La reprise d'une méthode analytique objective. La méthode analytique proposée par Savigny a séduit ses successeurs en raison de son caractère scientifique. Valéry félicitait le « grand mérite » de la théorie de Savigny dans la mesure où elle permettait « de dégager nettement cette idée que la solution des conflits de lois doit dépendre, non pas de décisions plus ou moins arbitraires, dictées par des considérations intéressées ou bien prises quelque peu au hasard, mais de l'application d'un certain nombre de principes qui tracent aux juges la voie qu'ils doivent suivre »¹¹⁰⁴. En d'autres termes, le recours à une approche objective de la situation internationale consistant en une localisation objective du siège du rapport de droit à la suite d'une classification de ce rapport a séduit la doctrine majoritaire. En effet, cette méthode s'est imposée sous des « applications les plus variées suivant les données que l'on prend en considération pour apprécier le ressort qui convient à une loi d'après la nature de la situation juridique qu'elle régleme »¹¹⁰⁵. La plupart de la doctrine considérait donc que tout rapport de droit devait être classé dans une catégorie et, pour reprendre les propos de Valéry, « tout rapport de droit international (devait) être régi, à chacun des points de vue sous lesquels il peut être envisagé, par la loi qui convient le mieux à sa nature »¹¹⁰⁶. Finalement, quelle que soit la manière de traduire la nature du rapport de droit, la méthode en tant que telle est maintenue. Par conséquent, « il demeure acquis que c'est la détermination des rattachements les plus sûrs qui constitue la science même des conflits de lois »¹¹⁰⁷.

717. Une méthode scientifique conforme aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. Le soutien de la méthode analytique par la majorité de la doctrine est

¹¹⁰⁴ J. Valéry, *Manuel de droit international privé*, Fontemoing et Cie, 1914, § 361.

¹¹⁰⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 136.

¹¹⁰⁶ J. Valéry, *op. cit.*, § 377.

¹¹⁰⁷ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 20, citant la doctrine d'Arminjon.

parfaitement justifié dans la mesure où seule une approche scientifique et objective permet un juste traitement des sujets de droit des conflits de lois¹¹⁰⁸. En effet, la neutralité du système est seule à même d'emporter l'adhésion d'une majorité d'Etat et de favoriser un traitement égalitaire de tous. Ceci est confirmé par l'approche bilatéraliste de Savigny, laquelle conduit à la désignation de la loi du for ou de la loi étrangère de manière indifférente en application d'un raisonnement scientifique¹¹⁰⁹. Au regard des garanties en termes de neutralité et d'égalité de traitement apportées par le bilatéralisme de Savigny, sa méthode a dépassé le stade doctrinal pour devenir le fondement classique des règles du droit des conflits de lois.

§ 2 – LA POURSUITE DU BILATERALISME EN DROIT POSITIF DEMEUREE INACHEVEE

718. La modernité de la pensée de Savigny pour l'époque a influencé fortement la doctrine, mais a surtout permis d'envisager, en droit positif, le droit des conflits de lois sous une nouvelle forme. C'est pourquoi la méthode bilatérale, telle que préconisée par l'auteur allemand, a été consacrée par les législations et jurisprudences, dans la mesure où elle répondait enfin aux objectifs du droit des conflits de lois (A). Néanmoins, si cette méthode demeure la plus à même de respecter les objectifs ou plus précisément l'objet de la discipline, elle fait encore preuve de diverses lacunes auxquelles il convient de remédier pour créer une structure parfaitement universelle (B).

A. LE RECOURS AU BILATERALISME EN DROIT POSITIF PAR RESPECT DES OBJECTIFS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

719. La doctrine de Savigny a connu un succès remarquable. C'est pourquoi la méthode bilatérale proposée par celui-ci est devenue la forme traditionnelle de systèmes de conflit de lois positifs (1). Ceci est parfaitement justifié sur un plan pratique plus que théorique dans la mesure où son approche scientifique et universelle est en adéquation avec les objectifs poursuivis par le droit des conflits de lois (2).

¹¹⁰⁸ Voir en ce sens les propos du Professeur Muir-Watt à propos des vertus de la méthode ; H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 160 : « Les vertus de la méthode conflictuelle, celles-là même du droit libéral tout entier, peuvent être regroupées sous l'étiquette de la neutralité, à laquelle la théorisation classique du droit international privé a toujours attribué une place centrale. Elles recouvrent ainsi aussi bien l'impartialité que l'égalitarisme que l'abstraction, la technicité, l'indifférence à l'égard du fond et l'innocence politique ».

¹¹⁰⁹ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 161 : « Chez Savigny, la neutralité du droit libéral signifiait en effet que celui-ci se bornait à ouvrir et encadrer les espaces d'épanouissement de la liberté individuelle, mais se gardait bien d'orienter les préférences des citoyens. En droit international privé, la détermination du siège du rapport de droit suivant une consigne identique ».

1) La méthode bilatérale comme forme traditionnelle des systèmes de droit positif

720. L'influence exercée par Savigny dans le domaine du droit des conflits de lois a dépassé le stade doctrinal pour devenir le fondement traditionnel de tout type de système de droit des conflits de lois. C'est pourquoi le bilatéralisme a été unanimement consacré par les systèmes nationaux (a), puis a été intégré dans des systèmes internationaux (b).

a) La consécration unanime de la méthode bilatérale par les systèmes nationaux

721. L'admission du bilatéralisme en droit français. En réponse au développement doctrinal de la méthode savignienne au XIX^{ème} siècle, le droit positif français s'est accoutumé de celle-ci. En effet, si le Code civil de 1804 prévoit en son article 3 des règles de conflit de type unilatéral, elles se sont rapidement bilatéralisées grâce à l'intervention de la jurisprudence¹¹¹⁰, avant même que Savigny théorise le bilatéralisme sous forme d'universalisme¹¹¹¹. En outre, dès l'apparition de la doctrine de Savigny au XIX^{ème} siècle, « tandis que les premières codifications civilistes portaient (...) la marque de la théorie des statuts, les codifications postérieures à Savigny s'exprimèrent sous forme de règles de conflit »¹¹¹² principalement bilatérales. Il suffit à ce titre de consulter les autres règles composant l'arsenal juridique du droit international privé interne pour l'affirmer. De plus, ces règles sont majoritairement de sources jurisprudentielles. Par conséquent, l'influence de la jurisprudence, favorable au bilatéralisme, a conquis le système de droit international privé français. A ce titre, on peut citer par exemples, les jurisprudences *Labedan*¹¹¹³ et *Stewart*¹¹¹⁴ relatives aux successions, lesquelles établissent des règles de conflit bilatérales pour les successions mobilières et immobilières.

722. La poursuite du bilatéralisme par tout ordre juridique. Le phénomène ne s'est pas cantonné au droit international privé français, il a envahi le reste du monde. Aujourd'hui, « la règle de conflit bilatérale demeure le mode d'expression privilégié des solutions de conflit de lois, comme en témoignent les codifications les plus récentes dans le

¹¹¹⁰ Cf. *supra* § 114 et s.

¹¹¹¹ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 51 : « Et il est vrai que les dispositions du Code civil français de 1804, formulées en termes statutaires, ont pu être interprétées sous forme d'une règle de rattachement sur le modèle savignien, c'est-à-dire d'une règle de conflit de lois bilatérale. Il n'a, au demeurant, pas fallu attendre Savigny pour que la conversion s'opère. C'est, en effet, par le célèbre arrêt *Busqueta* rendu par la Cour de Paris le 13 juin 1814 que la jurisprudence française a décidé que la capacité relève de la loi nationale, ce qui tendrait à montrer la perméabilité entre les deux modes de raisonnement. Mais il est vrai aussi que le raisonnement en termes savigniens favorise beaucoup plus l'adoption par chaque Etat, agissant en tant que « législateur universel », de solutions qui permettent un règlement harmonieux des relations privées internationales ».

¹¹¹² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 153.

¹¹¹³ Cass., Civ., 19 juin 1939, *Labedan*, préc.

¹¹¹⁴ Cass., Civ., 14 mars 1837, *Stewart*, préc.

monde entier »¹¹¹⁵. En résumé, le bilatéralisme a pénétré tous les droits internationaux privés internes pour devenir la méthode de principe. La raison tient à la nouvelle vision de la discipline qui ne constitue désormais plus un conflit de souverainetés. Ainsi, la volonté de chaque Etat d'accepter la compétence de la loi étrangère conduit à considérer que la détermination de cette compétence doit dépendre d'une méthode scientifique par laquelle aussi bien la loi étrangère que la loi du for peut être compétente. Le résultat doit être fonction d'une appréciation objective de la situation litigieuse. C'est pourquoi le droit international privé interne a adopté la méthode bilatérale. Pourtant, si la méthode de Savigny est consacrée par les législateurs nationaux uniquement, elle ne conduit pas à une communauté de droit. Toutefois, grâce à cette consécration unanime par les ordres juridiques nationaux, certains Etats se sont réunis pour créer une communauté de droit dotée de règles de conflit bilatérales.

b) L'adoption de la méthode bilatérale dans plusieurs systèmes internationaux

723. La réception du bilatéralisme en droit supranational. A la fin du XIX^{ème} siècle, la doctrine française, notamment Despagnet, constatait déjà que « se (formait), ou plutôt (...) se (dégageait) peu à peu un droit commun des peuples comprenant les règles rationnelles qui servent à indiquer la loi applicable à tel rapport de droit donné »¹¹¹⁶. Ainsi, sous l'impulsion des Conférences de La Haye, sont apparues des Conventions internationales propres au droit international privé dans des domaines particuliers promulguant au rang international la méthode bilatérale¹¹¹⁷. Puis, postérieurement, grâce à la Communauté européenne et à l'Union européenne, des conventions internationales et des règlements européens sont apparus pour mettre en place des règles de conflit de lois bilatérales communes pour régir les situations soumises au territoire européen.

724. La concrétisation du concept de communauté de droit. En réalité, de la mise en place de systèmes bilatéraux internes, a succédé l'union de ces systèmes en un seul à l'échelle internationale. Par conséquent, la communauté de droit prônée par Savigny a su s'imposer concrètement en droit positif puisque, encore aujourd'hui, des communautés régionales établissent des règles communes (bilatérales) à même de résoudre tout type de conflit de lois. Cette méthode a donc été défendue tant sur le plan théorique que sur le plan pratique et demeure la méthode de principe à laquelle recourent les législateurs. Ce résultat

¹¹¹⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 153.

¹¹¹⁶ F. Despagnet, *op. cit.*, § 105.

¹¹¹⁷ Cf. *supra* § 277 et s.

semble parfaitement logique au regard des avantages fournis par une telle méthode sur le plan pratique, et non plus seulement théorique.

2) L'emploi d'une méthode conforme aux objectifs du droit des conflits de lois

725. La défense du bilatéralisme de Savigny sur le plan pratique tient à deux raisons principales parfaitement justifiées. D'une part, le recours à sa méthode est fondé à raison de son approche scientifique qui conduit à la mise en place d'un système souple et égalitaire (a). D'autre part, son idéologie universaliste permet d'envisager la création d'une communauté de droit internationale (b).

a) *La méthode analytique garante d'un système souple et égalitaire*

726. Une méthode souple en raison de son caractère scientifique. Le recours à la méthode bilatérale par la majorité des systèmes nationaux se justifie principalement pour deux raisons particulières. Premièrement, en recourant à un système portant règles conflictuelles, les différents systèmes nationaux s'assurent une méthode souple et adaptée. En effet, en recourant aux règles conflictuelles, celles-ci sont nécessairement plus ajustables aux évolutions que celles-ci soient politiques, économiques ou autres. Mais plus précisément, il est préférable de recourir à la méthode proposée par Savigny car elle défend un traitement des situations objectif c'est-à-dire que la détermination des règles de conflit devra dépendre de la nature du rapport de droit et non pas de considérations propres au législateur d'un Etat. Ainsi, c'est bien parce que le bilatéralisme savignien propose une approche scientifique du traitement des situations litigieuses privées internationales que les systèmes nationaux s'en sont dotés. Le traitement objectif garantit, davantage que le simple recours à une méthode conflictuelle, la souplesse du système. Si les règles de conflit sont exemptes de considérations subjectives, alors elles seront encore plus adaptées à toute situation.

727. Une méthode égalitaire respectueuse des intérêts privés. Deuxièmement, en utilisant la méthode bilatérale, les systèmes nationaux font de la loi étrangère l'égal de la loi du for¹¹¹⁸. En d'autres termes, ils admettent que la loi étrangère doit être traitée à valeur égale de la loi du for conformément aux problèmes issus du droit des conflits de lois, lesquels relèvent bien de la sphère privée et ne peuvent se traduire comme des conflits de souverainetés. Cela signifie que les Etats adoptent une position en respect avec la nature du droit des conflits de lois qui consiste à protéger les intérêts privés, lesquels ne peuvent être

¹¹¹⁸ Cf. *infra* § 764 et s.

garantis que par un système traitant sur un même pied d'égalité loi étrangère et loi du for. L'adoption d'une position contraire nuit nécessairement aux intérêts des particuliers. Si un individu ne peut se voir attribuer une loi conformément à la localisation du rapport de droit dont il est l'objet à raison de considérations souverainistes de l'Etat du for, alors il verra nécessairement ses intérêts propres lésés. Tout individu doit être traité conformément à sa situation et de manière objective. Seule la méthode bilatérale est à même d'assurer ce résultat, c'est pourquoi les systèmes nationaux y ont recouru. De plus la consécration de cette méthode par les ordres juridiques internes conduit indirectement à la création d'une communauté de droit internationale.

b) *La méthode analytique créatrice d'une communauté de droit internationale*

728. Vers la création d'une communauté de droit internationale. La volonté des Etats d'organiser les règles du droit des conflits de lois conformément à la méthode bilatérale permet de construire les fondements d'une communauté internationale. En effet, si la base de chaque système interne est constituée par la méthode bilatérale, alors un système de droit des conflits de lois commun a vocation à prendre forme. Si tous les systèmes de droit international privé nationaux sont rapprochés, il serait envisageable de créer un système commun dans les matières pour lesquelles les législations modernes sont proches. Par conséquent, le recours à la méthode bilatérale sur un plan pratique semble d'autant plus justifié. Une méthode neutre, souple, adaptée, et commune à tout système peut permettre la création d'une communauté de droit international privé, ou plutôt son développement, puisque, indirectement, si tous les systèmes ont adopté une telle méthode, alors existe déjà une communauté juridique. Par conséquent, « il n'est pas exigé que l'on se livre à un dépouillement systématique des droits du monde entier mais que l'on soit seulement attentif aux travaux de ceux qui tentent de dégager les traits communs des droits internes »¹¹¹⁹. Ainsi, c'est en reprenant les traits communs des différents systèmes bilatéralistes nationaux, qu'un système de droit des conflits de lois commun peut exister. Ainsi, « par cette vision d'un fonds de droit commun, le droit international privé rejoint les préoccupations universalistes »¹¹²⁰ défendues par Savigny correspondant à l'âme de la discipline.

729. Une méthode malheureusement atteinte de heurts. Néanmoins si la méthode de Savigny est la plus adaptée et la plus favorable à un traitement neutre et égalitaire de tout

¹¹¹⁹ Ph. Francescakis, « Droit naturel et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, op. cit.*, § 34.

¹¹²⁰ *Ibid.*

sujet de droit, elle n'est pas parfaite. Le bilatéralisme connaît en vérité de nombreux heurts qu'il convient de résoudre pour en faire une méthode ajustée à la discipline et respectueuse des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement.

B. UN BILATERALISME CARENCE PORTANT ATTEINTE A L'EGALITE DE TRAITEMENT

730. La doctrine de Savigny fait l'objet de certaines lacunes ayant pour objet de remettre en cause la neutralité de la règle de conflit et conséquemment l'égalité de traitement qui en découle. Or, celles-ci sont imputables aux deux concepts qu'il a développés. Tout d'abord, si sa méthode analytique est louable notamment en ce qu'il s'agit d'une méthode scientifique, elle conduit indirectement, non plus à l'universalisme, mais bien au particularisme dans le traitement des situations litigieuses (1). Puis, si l'idée de communauté de droit développée par Savigny est très séduisante, elle constitue en réalité un obstacle à l'universalisation du droit des conflits de lois, mais demeure surmontable (2).

1) De l'universalisme au particularisme provoqué par la méthode analytique

731. Si la théorie de Savigny prône un universalisme, elle conduit, en pratique, à un résultat contraire notamment à un certain particularisme. D'une part, le processus de classification des rapports de droit implique nécessairement une phase de qualification laquelle est fonction des conceptions nationales (a). D'autre part, la détermination du siège du rapport de droit conformément à sa nature conduit à une multiplicité de résultats dans la mesure où elle est également l'objet de l'idéologie que s'en fait chaque ordre juridique (b).

a) La qualification du rapport de droit selon les conceptions des droits nationaux

732. La classification du rapport de droit par une qualification nationale. La doctrine de Savigny propose d'opérer une classification des rapports de droit selon leur nature. Conformément à l'esprit de cette théorie, notre droit positif reconnaît de manière *quasi* unanime des catégories de rattachement en droit international privé dans lesquelles se range tout rapport de droit. En effet, en adoptant une « conception institutionnelle de (la) réalité », « le droit international privé admet qu'il existe sur le plan de la vie internationale des institutions (...) »¹¹²¹ qui deviennent des catégories de rattachement et pour chacune desquelles sont prévues des règles de conflit qui leur sont propres. En d'autres termes, des catégories universelles, issues de la communauté juridique internationale, sont apparues et il

¹¹²¹ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, § 19.

convient dans chaque cas d'y ranger chaque rapport de droit. Cependant, une difficulté a été soulevée, celle de la qualification. Chaque fois qu'un rapport de droit doit être rangé dans une catégorie de rattachement, il convient de procéder à la qualification de ce rapport de droit. Or, cette qualification est opérée au regard des droits internes de chaque ordre juridique. L'approche est nécessairement matérielle. Néanmoins, cela pose une réelle difficulté puisque d'un ordre juridique à un autre, un rapport de droit peut être qualifié différemment c'est-à-dire rangé dans une catégorie de rattachement différente, et se voir appliquer une règle de conflit divergente.

733. Une qualification favorable au particularisme. Aujourd'hui, la qualification s'opère conformément à la loi du for, parce que « si les règles de conflit employaient des notions indépendantes de tout droit interne déterminé, on aboutirait à un droit international privé qui risquerait de n'être en accord avec aucun droit interne »¹¹²². Par conséquent, en pratique, l'observateur d'une situation juridique privée va ranger celle-ci dans une catégorie de rattachement en référence à son ordre juridique personnel. C'est donc la facilité de ce processus extrêmement pratique qui a conduit à retenir une qualification *lege fori*. Néanmoins, ce recours est contestable dans la mesure où, lorsque Savigny prônait l'universalisme, c'est plutôt le particularisme qui a primé¹¹²³. La lacune de la théorie de Savigny tient donc à ce problème de qualification qui n'est toujours pas résolu en droit positif. La qualification *lege fori* est contraire à toute idée d'universalisation d'un système et à toute philosophie d'homogénéisation. Ainsi, la structure de système proposée par Savigny, à savoir la classification du rapport de droit, est pertinente mais ne permet pas, telle qu'elle est envisagée aujourd'hui, un traitement unifié ou égalitaire du sujet de droit. De plus, « quand bien même la plupart des systèmes de conflits de lois s'expriment sous forme de règles enchaînant une catégorie et un rattachement, leur contenu n'est pas le même »¹¹²⁴. Par conséquent, même après le processus de classification, des divergences peuvent apparaître au regard du choix du rattachement.

¹¹²² H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 17.

¹¹²³ Cf. *infra* § 738 ; si le particularisme prend le pas sur l'universalisme, ce n'est qu'en raison du fait que la communauté de droit envisagée par Savigny se cantonnait volontairement à la communauté du Saint-Empire romain germanique laquelle était uniquement soumise en droit romain à l'époque.

¹¹²⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 153.

b) *La détermination du siège du rapport de droit selon les idéologies de chaque Etat*

734. Le siège du rapport de droit variable d'un Etat à l'autre. Weiss affirmait que « toute relation peut avoir et doit avoir plusieurs termes, ayant chacun peut-être un siège différent » et que « la nature intrinsèque du rapport à apprécier (...) ne sera pas toujours aisée à apprécier »¹¹²⁵. Or, selon Savigny, la règle de conflit est fonction de la localisation objective du siège du rapport de droit conformément à sa nature. Cependant, l'appréciation de ce siège peut différer d'un Etat à l'autre, c'est-à-dire s'analyser différemment selon l'ordre juridique en cause. L'exemple le plus classique est celui du statut personnel pour lequel sa nature impliquerait de choisir la loi la plus intrinsèque à la personne. Or, le débat demeure entre la loi nationale et la loi du domicile de l'individu. Chaque Etat a alors adopté la règle de rattachement à l'égard de laquelle il se sentait le plus proche conformément à sa politique législative.

735. Un choix de rattachement vecteur de particularisme. Le grand tort de Savigny est donc d'avoir proposé une formule extensible ou simplement trop large. En effet, « le siège des situations peut être, suivant les mentalités, placé dans des lieux différents »¹¹²⁶. Par conséquent, comme pour le problème de qualification, le problème du choix de rattachement ne conduit plus à une universalisation du système, mais plutôt à l'inverse. Par conséquent, la méthode proposée par Savigny, si elle demeure fondée sur des bases essentielles à tout traitement neutre et égalitaire du justiciable, n'est pas assez approfondie pour parvenir à ce résultat. Cependant, l'erreur de Savigny est sans doute d'avoir considéré l'intégralité de son système sur l'idée de communauté de droit, qui malgré les avantages qu'elle présente *a priori* constitue en réalité un frein, voire une utopie.

2) Les obstacles surmontables engendrés par l'exigence d'une communauté de droit

736. Tout le système savignien est construit sur l'idée que les règles de conflit de lois ne sont que la reproduction de législations communes issues d'une communauté de droit déjà établie. Cependant, en fondant son système sur ce concept, l'auteur allemand n'a créé que l'illusion d'un système neutre et égalitaire puisqu'en réalité il se confine autour d'une culture régionale (a). Par conséquent, l'existence d'une communauté de droit ne doit pas constituer un préalable à l'édification d'un système universel. *A contrario*, la communauté de droit doit être le but auquel tend la construction du système applicable au droit des conflits de lois (b).

¹¹²⁵ A. Weiss, T. II, S. V « Critiques des théories allemandes », *op. cit.*, p. 365 et s.

¹¹²⁶ P. Louis-Lucas, « Droit international privé français », *op. cit.*, Fasc. 530 B, § 19.

a) *L'illusoire égalité de traitement dans un système confiné par une culture régionale*

737. Une communauté de droit fondée sur une culture romano-chrétienne. La doctrine de Savigny est fondée sur l'idée de communauté de droit. En effet, celui-ci considérait qu'au regard de législations communes basées sur une culture romano-chrétienne, il serait possible de créer un système de conflit de lois universel, ou du moins commun à cette communauté de peuples. Ainsi, « l'aspect substantiel de cette communauté, observable dans le fait que le droit privé romain est demeuré l'armature des lois de droit privé de tous ces Etats, peut être utilisé pour inspirer (des) règles communes »¹¹²⁷. Cette idée de communauté de droit est louable en ce qu'elle permettrait de construire un système universel en droit des conflits de lois. Cependant, elle soulève de sévères difficultés.

738. Une communauté imprégnée des idéologies archaïques de la culture romano-chrétienne. Premièrement, la communauté de droit envisagée par Savigny est celle illustrée à son époque c'est-à-dire une communauté occidentale fondée sur des traditions issues du droit romain et du christianisme. Or, s'il a pu être considéré que la méthode bilatérale est, en tant que telle, une méthode abstraite de tout subjectivisme, la considération de la communauté de droit dans laquelle Savigny l'établit vient remettre en cause cette neutralité. En effet, si le système est construit sur des fondements bilatéralistes mais qu'il demeure le fruit de traditions historiques et culturelles, il est finalement peu probable que les règles du droit des conflits de lois soient neutres, mais bien fonction de ces anciennes traditions, qui ne sont pas nécessairement favorables aux intérêts des particuliers. En effet, il a pu être constaté que les règles anciennes du droit des conflits de lois sont plutôt fonction des intérêts de l'Etat que de ceux des individus. C'est pourquoi il serait sans doute préférable finalement d'évincer l'idée de communauté de droit comme base à la construction du système de droit des conflits de lois.

739. Une communauté de droit uniquement régionale. Deuxièmement, en prônant l'idée de communauté de droit, Savigny, qualifié d'universaliste, aurait dû être considéré comme régionaliste puisque la communauté de droit qu'il évoque est celle propre à l'Occident. Par conséquent, son système n'a rien d'universaliste, il ne permet de créer qu'un système régional réunissant des Etats de cultures identiques. Il a vraisemblablement anticipé la mise en place des réglementations issues des organisations régionales depuis le XXème siècle. Toutefois, il semblerait que si l'auteur est considéré comme universaliste, son intention

¹¹²⁷ P. Gothot, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005.

demeurait celle d'établir un système juridique auquel se soumettraient la population issue du Saint-Empire romain germanique. C'est pourquoi sa doctrine ne visait, en réalité, qu'une communauté de droit, celle soumise au droit romain sur le territoire du Saint-Empire. Son idée de communauté de droit n'est donc pas si pertinente puisqu'en vérité elle conduit à cantonner le système de droit des conflits de lois à des régions dans lesquelles les Etats ont des cultures identiques. Il conviendrait donc plutôt d'envisager une communauté de droit internationale dans laquelle tout Etat pourrait être partie.

b) L'éviction de toute communauté de droit préexistante

740. L'abandon de toute communauté de droit existante en amont. S'il est possible de considérer que le préalable à tout universalisme est l'existence d'une communauté de droit, l'analyse de la doctrine de Savigny a permis de remettre en cause cette idée dans la mesure où les communautés de droit existantes sont fondées sur la base de traditions ou de cultures communes, lesquelles ne peuvent donc s'étendre à l'international, et ne peuvent être totalement neutres. De plus, cette idée est confortée par le fait que même au sein de communautés régionales, des difficultés apparaissent au regard de la mise en œuvre de la méthode analytique. Pour reprendre l'exemple du statut personnel, malgré la culture proche de la France et du Royaume-Uni, il n'empêche que l'une est favorable à la loi nationale et l'autre à la loi du domicile. Ainsi, même à l'intérieur des communautés, des divergences persisteront et ceci essentiellement à raison des cultures identitaires de chaque ordre juridique. Il convient d'en tirer un premier constat. Il ne faut pas rechercher en amont l'existence d'une communauté de droit. Pour évincer toutes les difficultés engendrées par l'idée d'une communauté de droit déjà existante, il faut simplement bannir cette idée en tant que préalable nécessaire à toute construction d'un système universel.

741. Vers un objectif de communauté de droit en aval. En revanche, la seconde conclusion qu'il faut en tirer est la suivante : il convient d'établir une communauté de droit en aval. Par conséquent, le concept de communauté de droit doit être une fin et non plus un moyen comme l'avait déjà perçu Batiffol en préconisant la coordination des systèmes¹¹²⁸. La difficulté sera désormais de parvenir à la création d'une communauté de droit. Or, si l'on ne

¹¹²⁸ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 43 : « L'idée que le droit international privé revêtait une double nature de droit national par ses sources et de droit supraétatique par ses objectifs, en sorte que législateur et jurisprudence devaient, tout en travaillant dans un cadre national, exercer une mission supraétatique, était, en effet, à l'époque professée par nombre d'auteurs, à l'égard desquels Henri Batiffol reconnaissait expressément sa dette ».

peut partir des sources communes aux législations étatiques, il convient donc de créer un système adaptable à tout Etat, c'est-à-dire un système auquel tout Etat pourrait adhérer. Pour atteindre cet objectif, il faut nécessairement créer un système parfaitement neutre pour éviter aux Etats de devoir faire des concessions à l'égard de certaines de leurs politiques. Cela signifie qu'il convient de proposer un système permettant aux Etats de conserver leurs idéologies. Les traditions ne doivent pas être un obstacle à l'adhésion de l'Etat à la communauté.

742. L'édification d'une communauté de droit par le biais du bilatéralisme.

Construire une communauté de droit propre au droit des conflits de lois implique de garantir la neutralité de la règle de conflit. Or, il a été démontré que seule la méthode bilatérale permet d'assurer la mise en œuvre de cet objectif. C'est pourquoi cette communauté doit construire le système de droit des conflits de lois sur la base du bilatéralisme. De plus, l'avantage de cette méthode est, en sus de la neutralité, de garantir une égalité de traitement des sujets de droit en appliquant indifféremment la loi du for et la loi étrangère. Par conséquent, il est indispensable de recourir à cette méthode pour, d'une part créer une communauté de droit internationale, et d'autre part respecter l'objet même du droit des conflits de lois.

Enfin, au regard du droit positif, il est établi que, de manière générale, chaque législateur a préféré opter pour le bilatéralisme, contrairement à l'unilatéralisme. Vraisemblablement, le législateur a opéré le choix qui était le plus adapté à la discipline du droit des conflits de lois dans la mesure où seule la méthode bilatérale permet de respecter ses objectifs, et principalement une homogénéisation des règles de droit. C'est pourquoi il convient de retenir une méthode conflictuelle bilatérale inspirée de la doctrine de Savigny mais de la perfectionner afin qu'elle ne puisse conduire à un particularisme contraire aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement.

CONCLUSION DU CHAPITRE I :

743. La préférence accordée à une méthode conflictuelle objective bilatérale. En conclusion, au regard des méthodes proposées en droit des conflits de lois, il est préférable de retenir une méthode conflictuelle objective bilatérale laquelle répond le mieux aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement.

744. La méthode conflictuelle comme premier préalable à toute unification. La méthode conflictuelle est nécessairement la plus adaptée et principalement au regard de la souplesse qu'elle offre. En effet, la méthode matérielle supposant un accord préalable sur le fond ne peut que s'avérer inadaptée à toute idée d'homogénéisation. Seule une technique emportant désignation du champ d'application dans l'espace d'une loi peut permettre un consensus commun des Etats composant le monde entier. De plus, la mise en place d'un système commun suppose de rendre celui-ci souple au regard des évolutions que peut connaître chaque Etat, que celles-ci soient politiques, économiques ou sociales. Seule la méthode conflictuelle est donc à même de répondre à cette flexibilité car elle ne suppose pas d'établir des règles de fond susceptibles d'évolution.

745. La méthode objective comme second préalable à toute unification. En outre, la méthode conflictuelle doit également s'avérer objective, c'est-à-dire consister à déterminer tout rapport de droit en fonction de sa localisation concrète de proximité. Il s'agit du second préalable à une harmonisation du système. En établissant une donnée objective, nécessairement neutre, applicable de manière identique pour chaque cas similaire, il serait possible de parvenir à accorder tous les Etats sur le traitement des situations litigieuses entre particuliers. Il s'agirait alors de mettre en place un système commun traitant objectivement et égalitairement tout individu en fonction d'un litige donné par le biais d'une démarche scientifique. De plus, la loi applicable serait nécessairement celle qui peut légitimement le plus prétendre à être appliquée puisqu'elle sera celle qui présente les liens les plus étroits avec la situation. Néanmoins, les éléments permettant de déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits doivent être déterminés en fonction des intérêts privés. C'est pourquoi il ne faut pas faire totalement abstraction d'une approche subjective. Celle-ci doit obligatoirement être prise en compte dans la localisation du rapport de droit.

746. La méthode bilatérale comme dernier préalable à toute unification. Pour peaufiner encore la méthode, il convient d'opter pour une approche bilatérale puisque la méthode conflictuelle peut se décliner sous deux formes. Or, l'unilatéralisme est à éviter dans la mesure où il empêche la création d'un système universel, et favorise un système national

autocentré. En effet, comme l'a affirmé le Professeur Lequette, pour aspirer à l'universalisme, il convient de se positionner en tant que « législateur universel »¹¹²⁹. C'est pourquoi il convient de recourir au bilatéralisme, lequel permet de mettre en place une méthode neutre mettant sur un pied d'égalité loi du for et loi étrangère et applicable à une échelle internationale. Il s'agit de la seule solution à même de répondre à l'un des objectifs du droit des conflits de lois, à savoir l'unification de ses règles. Par conséquent, la méthode proposée par Savigny doit bien être le socle sur lequel doit se construire le système, même si celui-ci devra s'extraire des carences de ladite doctrine.

747. Une méthode respectueuse des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. Ainsi, si la méthode du droit des conflits de lois est construite sur une idéologie conflictualiste, bilatéraliste et objectiviste, alors pourrait apparaître un système commun dans lequel toutes les règles de conflit sont unifiées et emportent l'adhésion de tous les Etats. Ce n'est donc que par ce biais que pourront être assurées neutralité et égalité de traitement c'est-à-dire les autres objectifs auxquels aspire la discipline. Néanmoins, pour concrétiser cette approche, il faut encore déterminer quels doivent être les caractères et la structure de la règle de conflit bilatérale, et quels doivent être les rattachements qui s'y lient.

¹¹²⁹ Y. Lequette, *op. cit.*, § 47 : « En l'absence de société internationale constituée en ordre juridique autonome disposant de ses règles propres, il revient à chaque Etat de régler les relations privées internationales au moyen du seul matériau dont il dispose, l'emprunt aux droit internes. Chaque Etat doit alors agir en « législateur international », en « législateur universel », c'est-à-dire en se plaçant « à un point de vue multilatéral », ce qui implique de rechercher quel est le mode de règlement qui est susceptible de conduire à un traitement d'ensemble harmonieux des relations privées internationales, car acceptable par les autres Etats ».

CHAPITRE II : LA STRUCTURATION D'UNE METHODE BILATERALE A RATTACHEMENT AUX LIENS LES PLUS ETROITS PAR FIDELITE A L'EGALITE DE TRAITEMENT

748. La recherche d'une méthode entièrement neutre et égalitaire. La méthode conflictuelle bilatérale, au regard des autres méthodes applicables en droit des conflits de lois, est la plus performante dans la réalisation de l'égalité de traitement des sujets de droit. Or, pour qu'elle le demeure, il convient que les éléments qui la composent le soient également.

749. Les caractères et la structure de la méthode bilatérale à l'aune de l'objectif d'égalité de traitement. La règle de conflit bilatérale possède des caractères et une structure qui lui sont propres. Ceux-là sont essentiels à la réalisation de la justice conflictuelle dans la mesure où ils préconisent l'établissement d'une méthode totalement neutre et scientifique. Cependant, cette méthode n'est pas parfaitement achevée et demeure une esquisse qu'il convient absolument de compléter, notamment en introduisant une appréciation concrète de la localisation, pour réaliser à la fois neutralité de la règle de conflit et égalité de traitement des situations internationales (section 1).

750. Les rattachements des règles de conflit bilatérales confrontés aux aspirations du droit des conflits de lois. En outre, si la règle de conflit bilatérale est construite à partir d'éléments structurels particuliers, elle se voit assigner un rattachement par catégorie de rattachement. Or, la diversité des rattachements auxquels la règle de conflit a pu être affectée a conduit le droit des conflits de lois à modifier sa vision de la localisation. En effet, inopportunément, la discipline est passée d'une localisation neutre et abstraite à une localisation individualisée et arbitraire du rapport de droit, sans pour autant parvenir à la réalisation d'un compromis fonctionnel (section 2).

SECTION 1 : L'EBAUCHE D'UNE METHODE PARFAITEMENT CONFORME A LA JUSTICE CONFLICTUELLE

751. S'il peut être considéré que la méthode conflictuelle bilatérale constitue la méthode la plus adaptée pour assurer neutralité et égalité de traitement au regard des autres méthodes, ceci ne peut qu'être confirmé par l'étude de ses caractéristiques. En effet, la règle de conflit bilatérale classique présente des caractères propres, lesquels demeurent indispensables à la création d'une règle neutre et universelle (sous-section 1). Cependant, ces caractères sont restés insuffisants et inaptes à régir toute situation juridique principalement par souci de rigidité. C'est pourquoi la règle de conflit contemporaine s'est dotée d'une nouvelle

structure et principalement d'un nouveau caractère c'est-à-dire un caractère substantiel. Or, le recours à cette forme récente est parfaitement contestable à raison de son approche matérialiste. Il s'avère que cette méthode est totalement incompatible avec la justice conflictuelle (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LES CARACTERES PROPRES ET TRADITIONNELS DE LA REGLE BILATERALE GARANTS DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

752. La construction de la méthode de conflit classique s'est traduite sous l'apparence d'un système bilatéral en raison des avantages qu'il peut présenter¹¹³⁰. Plus particulièrement, cette méthode, érigée comme fondement classique de la règle de droit en droit des conflits de lois, présente des caractères qui lui sont propres et qu'il convient de rappeler dans la mesure où ce sont ces derniers qui permettent d'en faire la méthode la plus adaptée aux objectifs du droit des conflits de lois. En effet, les règles de conflit bilatérales classiques possèdent avant tout un caractère indirect, lequel constitue le gage d'un traitement neutre et égalitaire des situations juridiques (§ 1). De plus, ces mêmes règles adoptent une allure particulière, laquelle se traduit par des règles à rattachement simple propres à chaque catégorie de rattachement. Celles-ci ont été élaborées sur la base d'une approche purement scientifique et conduisent alors à un traitement universel des situations juridiques (§ 2).

§ 1 – L'ADOPTION D'UNE METHODE INDIRECTE GAGE D'UN TRAITEMENT NEUTRE ET EGALITAIRE

753. La méthode conflictuelle bilatérale est considérée comme la plus adaptée pour répondre aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement qui doivent être garantis par le droit des conflits de lois. Or, il s'avère que sa structure le confirme. En effet, sa fonction indirecte consistant à déterminer le champ d'application des lois dans l'espace assure le respect de la neutralité de toute législation (A). De même, le résultat assuré par la méthode, c'est-à-dire la désignation objective d'une loi unique parmi les lois en présence, garantit, une nouvelle fois, la neutralité et même l'égalité de traitement (B).

A. LA DETERMINATION DU CHAMP D'APPLICATION DES LOIS DANS L'ESPACE CONFORME A LA NEUTRALITE DE LA REGLE

754. Le bilatéralisme, en tant que méthode, possède des caractères spécifiques, notamment un caractère indirect qui consiste à établir le champ d'application des lois en

¹¹³⁰ Cf. *supra* § 706 et s.

conflit dans l'espace. Cette spécificité de la méthode implique que le raisonnement sur lequel est fondée la méthode soit neutre, c'est-à-dire exempt à la fois de dispositions matérielles (1), et de considérations substantielles (2).

1) La délimitation dans l'espace de la loi applicable sans recours aux règles de fond

755. La méthode conflictuelle bilatérale présente un caractère indirect en ce qu'elle conduit à désigner, dans une situation juridique, quelle sera la loi applicable. Ce caractère évince alors toute forme de matérialité dans le traitement des situations litigieuses, ce qui est nécessaire pour pallier les difficultés que soulève la méthode matérielle (a). En sus, ce caractère assure également la réalisation des objectifs du droit des conflits de lois puisqu'il conduit à envisager la mise en place d'un système universel (b).

a) *L'exclusion de tout matérialisme par désignation indirecte de la loi applicable*

756. Le caractère indirect de la règle de conflit. Il est considéré que « la loi applicable aux rapports privés dans la vie internationale est déterminée par le règlement du conflit de lois qui consiste dans un ensemble de règles de rattachement (...) soumettant chaque rapport de droit tantôt à la loi du tribunal saisi, tantôt à une loi étrangère »¹¹³¹. Effectivement, le conflit de lois est essentiellement résolu par la méthode conflictuelle, et doit le demeurer notamment parce que celle-ci présente un caractère indirect. La règle conflictuelle est une règle indirecte en ce qu'« elle ne résout pas la question de fond à l'occasion de laquelle le conflit s'élève, mais désigne la loi apte à la résoudre celle à laquelle va être empruntée la règle de décision »¹¹³². Par conséquent, cette méthode propre au droit des conflits, qualifiée de « droit de classement »¹¹³³ s'oppose à la méthode matérielle qui consiste à régir directement le rapport de droit au fond¹¹³⁴. Le but du législateur n'est donc pas, en droit des conflits de lois, d'ériger des dispositions matérielles directement applicables à la

¹¹³¹ P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, § 193.

¹¹³² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 165.

¹¹³³ *Ibid.*

¹¹³⁴ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 208 : « On dit que la règle est indirecte, par opposition aux autres méthodes du droit international privé qui indiquent immédiatement une solution matérielle donnée ».

situation litigieuse¹¹³⁵, mais bien « de soumettre à une règle de droit une situation de fait et (...) un rapport international »¹¹³⁶.

757. L'exclusion de toute règle matérielle. Le caractère indirect de la méthode conflictuelle possède l'atout considérable de mettre fin aux difficultés soulevées par la méthode matérielle¹¹³⁷. En effet, le recours à la méthode matérielle semble difficile dans la mesure où « les lois varient d'une nation à l'autre » puisque « les nations obéissent fatalement (...) aux influences particulières sous lesquelles chacune d'elles se trouve placée et au premier rang desquelles il faut faire figurer la race, le climat, les traditions, la situation économique, le régime politique et la religion »¹¹³⁸. En raison des différences identitaires de chaque Etat, aucun droit des conflits de lois matériel et universel ne peut exister. C'est pourquoi il est nécessaire de recourir à la méthode conflictuelle qui présente un caractère indirect. Ceci se confirme dans la mesure où si elle ne conduit pas à uniformiser matériellement le droit des conflits de lois, elle pourrait l'unifier méthodiquement.

b) L'approche universelle du droit par désignation indirecte de la loi applicable

758. Vers l'unification du droit grâce au caractère indirect de la règle. Contrairement aux règles matérielles, « les règles de conflit au sens strict tendent (...) à satisfaire (l') exigence de « coordination » des systèmes au niveau du choix de la loi applicable, en exerçant leur fonction habituelle – du moins lorsqu'elles prennent la forme classique de règles « bilatérales » - de rendre applicables, pour la réglementation de chaque cas qui soulève un problème de conflit de lois, les règles matérielles du for ou celles d'une loi

¹¹³⁵ Voir en ce sens : A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé : Cours général », *op. cit.*, § 14 : « simplement « localisatrice », la règle de conflit joue un rôle indirect, assurant le passage de l'état de fait vers la solution apportée au fond, mais sans s'intéresser au contenu de celle-ci pour marquer ce détachement du droit matériel, on dit que le raisonnement se fait en deux étapes. on choisit d'abord le système juridique compétent à l'aide d'un point de rattachement. Ce n'est qu'ensuite que ce système est examiné pour sélectionner et appliquer les règles matérielles pertinentes. Pourtant, il est indéniable qu'en réalité cette opération, conçue en deux étapes, forme un tout. Le cas litigieux demande à être tranché par des règles matérielles aptes à ce faire. Lorsqu'il présente un élément d'extranéité, la règle de conflit joue un rôle de relais, ou d'intermédiaire, vers ces règles. placée dans ce processus, la règle de conflit ne dit pas qu'elle serait, intrinsèquement, indifférente à ce qui se situe en amont et en aval de son intervention. Ce détachement est le fruit d'une conception de son rôle et de sa finalité ».

¹¹³⁶ J. Maury, *op. cit.*, § 38.

¹¹³⁷ Cf. *supra* § 529 et s.

¹¹³⁸ F. Despagnet, *op. cit.*, § 9.

étrangère »¹¹³⁹. La méthode conflictuelle bilatérale est donc, à raison de son caractère indirect, le préalable à toute unification du système.

759. L'universalisation d'une méthode neutre en droit des conflits de lois. Parce qu'elle supprime les divergences concernant les règles de fond de chaque Etat, elle permet d'envisager un accord des Etats à propos de règles indirectes et non plus directes. Par conséquent, la méthode conflictuelle bilatérale est le seul outil à même de permettre l'universalisation du système en droit des conflits de lois. Or, si le caractère indirect de cette méthode permet de tendre à une union internationale, il assure également la mise en œuvre d'une méthode neutre, c'est-à-dire exempte des considérations étatiques. Ainsi, neutralité et universalité étant réalisées, la méthode conduirait à l'égalité de traitement des situations internationales. Toutefois, il faut également que la règle de conflit ne prenne également pas en compte la loi qui sera désignée.

2) La délimitation dans l'espace de la loi applicable exempte de considérations substantielles

760. La méthode conflictuelle bilatérale en présentant un caractère indirect conduit en principe à déterminer la compétence des lois en conflit dans l'espace, sans que soit prise en compte la loi qui sera désignée (a). C'est pourquoi elle conduit à faire abstraction de tout substantialisme et, par conséquent, à garantir tous les autres caractères du droit des conflits de lois notamment l'universalité et la neutralité (b).

a) L'absence de prise en compte de la loi désignée

761. L'exclusion du substantialisme dans la désignation de la loi applicable. Despagnet affirmait que se dégageait « peu à peu un Droit commun des peuples comprenant les règles rationnelles qui servent à indiquer la loi applicable à tel rapport de droit donné »¹¹⁴⁰. Effectivement, de manière générale, le droit des conflits de lois est régi par la méthode conflictuelle bilatérale qui consiste à déterminer quelle est la loi applicable à une situation litigieuse. Il s'agit d'une méthode indirecte puisqu'elle ne consiste qu'à déterminer le champ d'application dans l'espace des lois potentiellement applicables à une situation privée internationale. Si la méthode conflictuelle ne peut se confondre avec la méthode matérielle, elle ne peut pas non plus, à raison de sa nature, et plus particulièrement de son caractère

¹¹³⁹ P. Picone, Ch. II « La méthode de coordination des ordres juridiques basée sur le choix de la loi applicable », in « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. n° 197, § 6.

¹¹⁴⁰ F. Despagnet, *op. cit.*, § 105.

indirect, se confondre avec une approche substantialiste. La méthode conflictuelle bilatérale établit quelle sera la loi compétente sans aucune considération de la loi désignée¹¹⁴¹. Son caractère indirect conduit à ne pas s'occuper du fond, « c'est-à-dire à ne rechercher le contenu de la loi applicable, qu'une fois celle-ci désignée »¹¹⁴².

762. Une exclusion indispensable corollaire de neutralité. Le processus de raisonnement opéré par la méthode conflictuelle bilatérale ne fait que répondre à la fonction du droit des conflits de lois qui consiste bien à « résoudre les conflits entre les lois matérielles des différents ordres juridiques, pour l'appréciation dans l'abstrait d'un même fait social »¹¹⁴³. Par conséquent, le caractère indirect de la méthode est essentiel en ce qu'il répond du rôle de la discipline consistant à trancher un conflit s'élevant au regard du champ d'application de plusieurs lois dans l'espace. C'est pourquoi les règles de conflits bilatérales sont nécessairement exemptes de considérations substantielles¹¹⁴⁴. Elles permettent, grâce à leur caractère indirect, de garantir d'autres caractères propres au droit des conflits de lois, et principalement celui de la neutralité¹¹⁴⁵.

b) *L'assurance d'une méthode neutre universelle*

763. Si la méthode conflictuelle bilatérale, grâce à son caractère indirect, conduit à écarter toute prise en compte de la loi désignée, dès lors qu'elle est mise en œuvre, elle permet

¹¹⁴¹ Voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 359 : « Classiquement, la neutralité prêtée à la règle de conflit bilatérale dans sa fonction répartitrice des compétences législatives conduit à l'appréhender comme une sorte de panneau indicateur, se contentant de signaler l'ordre juridique au sein duquel sera recherchée la solution du litige, en toute indifférence à l'égard de son résultat concret. Les diverses étapes de sa mise en œuvre sont alors perçues comme revêtant un caractère mécanique, ou du moins obéissant aux exigences inexorables – bien que diversement interprétées – du respect des souverainetés qu'elles répartissent. La règle de conflit épuisant sa fonction dans la désignation du droit compétent, l'application concrète des règles substantielles de celui-ci ne relèverait plus même du droit international privé, à la seule exception de l'irréductible prise en considération de l'ordre public ».

¹¹⁴² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 204.

¹¹⁴³ P. Picone, Ch. II « La méthode de coordination des ordres juridiques basée sur le choix de la loi applicable », in « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *op. cit.*, § 6.

¹¹⁴⁴ Voir en ce sens : A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé : Cours général », *op. cit.*, § 23 : « La désignation du droit applicable étant ainsi détachée du droit matériel, elle est axée sur des signes extérieurs au rapport juridique, tenant aux liens géographiques ou à la « localisation » de la situation dans un ordre juridique étatique. Le rattachement à l'ordre juridique applicable s'opère sans aucun regard sur le contenu de celui-ci » ; « Le droit international privé est ainsi isolé du droit matériel, chacun de ces deux domaines suivant une justice différente. ainsi, les règles de conflit, dans leur conception dogmatique tout au moins, sont coupées de considérations se référant au droit matériel. est écartée en conséquence toute démarche dont le but consisterait à dégager directement du droit matériel le domaine d'application dans l'espace nécessaire à la réalisation de ses objectifs. La finalité du rattachement s'est vue dépouillée de toute substance matérielle ».

¹¹⁴⁵ Voir en ce sens : Y. Loussouarn, *op. cit.*, spéc. p. 46 : « la règle de conflit serait neutre parce que la localisation des rapports de droit présenterait un caractère mécanique sur lequel ne passerait aucun souffle de l'esprit, que n'animerait aucune préoccupation autre que celle de l'appréciation de l'intensité respective des rattachements ».

alors de créer une entente universelle entre les Etats. En effet, si la méthode est exempte de toute considération matérielle eu égard au résultat recherché, aucun Etat ne peut refuser d'adopter la méthode puisqu'elle ne remet pas en question les législations de chaque Etat eu égard à telle ou telle catégorie de rattachement. Par conséquent, la méthode bilatérale grâce à son caractère indirect assure la neutralité de la méthode, lequel constitue un préalable nécessaire à tout universalisme et conséquemment à toute égalité de traitement. C'est pourquoi il résulte de l'application de cette méthode une véritable égalité de traitement entre sujets de droit.

B. LA DESIGNATION DE LA LOI COMPETENTE SOUS L'EGIDE DE L'EGALITE ET DE L'UNIVERSALISME

764. La méthode conflictuelle bilatérale, en raison de son caractère indirect, et conséquemment neutre, amène à déterminer quelle est la loi compétente au regard des lois en présence, et ceci en respectant l'objectif d'égalité de traitement (1). De plus, conformément à ces mêmes objectifs, la méthode aboutit à désigner une unique loi applicable (2).

1) La détermination de la loi compétente respectueuse de l'égalité de traitement

765. Lorsque la règle de conflit bilatérale est appliquée à une situation d'espèce, elle conduit, en raison de son caractère indirect, et conformément à sa structure neutre, à retenir soit la compétence de la loi du for, soit la compétence de la loi étrangère (a). Ce procédé conduit, pour chaque espèce, à traiter de la même manière tout sujet de droit (b).

a) L'application potentielle de la loi du for ou de la loi étrangère

766. L'application indifférente de la loi du for ou de la loi étrangère. La méthode conflictuelle bilatérale consiste, en raison de son caractère indirect, à déterminer quelle loi sera applicable à une situation juridique donnée parmi les lois en présence. En effet, « en présence de cas caractérisés par des points de contact avec plusieurs ordres juridiques (...) il vient tout naturellement à l'esprit de se demander lequel parmi ces ordres juridiques doit en fournir la réglementation »¹¹⁴⁶. Par conséquent, au regard des lois en présence, pourra être retenue aussi bien la compétence de la loi du for que celle de la loi étrangère.

767. Le résultat d'une méthode neutre et scientifique. Au-delà de sa nature conflictuelle, et de son caractère indirect, la méthode applicable en droit des conflits de lois doit présenter plus particulièrement un caractère bilatéral afin que chaque situation juridique

¹¹⁴⁶ E. Vitta, Ch. I « La méthode conflictuelle », 2. « Justification rationnelle : différentes théories », *op. cit.*, spéc. p. 31.

soit soumise à la loi qui est scientifiquement compétente, que celle-ci soit la loi étrangère ou la loi du for. En effet, en recourant à une telle logique, le traitement de la situation internationale est parfaitement objectif puisque la règle de conflit bilatérale ne conduira pas à favoriser, en principe, l'application d'une loi par rapport à une autre. Ceci a alors pour conséquence de traiter également les sujets de droit.

b) De l'indifférence du résultat à l'égalité de traitement des sujets de droit

768. L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère. Il est classiquement admis que « le recours au procédé de la règle de conflit de lois bilatérale (...) met sur le même pied droit du for et droit étranger »¹¹⁴⁷. La méthode conflictuelle bilatérale a donc pour objet de traiter de manière identique loi du for et loi étrangère. Cependant, si cette méthode garantit l'égalité en termes d'application de la loi du for et de la loi étrangère, elle favorise alors aussi l'égalité de traitement des sujets de droit.

769. L'égalité de traitement assurée aux sujets de droit. En effet, le caractère bilatéral de la méthode permet à tout sujet de droit d'être traité de manière identique c'est-à-dire par la loi qui se veut applicable objectivement à la situation, et non pas par une loi qui se veut applicable par favoritisme étatique. Une nouvelle fois, c'est bien grâce à la neutralité de la méthode que l'égalité de traitement peut être assurée à tout sujet de droit. Si le traitement juridique de ces derniers est structuré par des règles indirectes, et conséquemment neutres, alors chacun sera traité, en principe de manière identique en fonction de la situation à laquelle il est soumis. C'est pourquoi un tel système tend à l'universalité, notamment parce qu'il permet de ne retenir qu'une seule loi applicable.

2) De l'unicité de loi applicable à l'universalité du système

770. Lorsque la règle de conflit bilatérale est mise en œuvre, elle conduit à ne reconnaître la compétence que d'une seule loi c'est-à-dire sans préférence pour l'une des lois en litige (a). L'unicité de loi applicable invite à considérer que toute règle de conflit présente un caractère de neutralité qui est le préalable indispensable à la création d'un système universel (b).

¹¹⁴⁷ P. Picone, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *op. cit.*, § 51.

a) *L'exclusion de tout privilège de compétence entre les lois en présence*

771. L'application imposée d'une loi unique. La méthode conflictuelle bilatérale en permettant l'application de la loi du for ou de la loi étrangère sur la base d'un raisonnement purement objectif, c'est-à-dire sans prise en compte de considérations substantielles, conduit à une égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale identique. En réalité, elle permet bien plus. Si l'étude de la méthode est plus approfondie, il apparaît que celle-ci impose l'application d'une loi unique, ce qui a pour conséquence d'exclure une « application cumulative des lois en présence »¹¹⁴⁸. Or, comme l'affirmait le Professeur Lequette, il est primordial d'exclure de la méthode une application cumulative puisqu'« un tel système conduirait à faire prévaloir systématiquement sur chaque point les exigences de la loi la plus stricte »¹¹⁴⁹. Par conséquent serait opéré un favoritisme en fonction d'un Etat, ce qui empêcherait nécessairement de construire un système neutre et traitant de manière égalitaire tout sujet de droit. La situation de ce dernier serait appréhendée en fonction des lois en présence, et non plus de son emplacement géographique. Ainsi, les situations juridiques privées seraient de nouveau fonction des politiques législatives de chaque Etat en cause. Aucune universalité ne serait permise.

772. L'exclusion de tout *lex forisme*. De plus, l'application de la loi étrangère ou de la loi du for, sans prise en considération de la loi désignée, conduit à évincer tout « *lex forisme* »¹¹⁵⁰. Une nouvelle fois, comme l'exposait le Professeur Lequette, il est préférable d'évincer tout *lex forisme* du raisonnement conflictualiste dans la mesure où « l'application systématique et exclusive de sa propre loi aux rapports privés internationaux qui lui sont liés » entraînerait « un risque considérable de discontinuité radicale dans le traitement de la situation », et « l'harmonie internationale des solutions et avec elle la sécurité juridique minimale nécessaire à l'existence d'un ordre juridique seraient manifestement hors de portée »¹¹⁵¹. Tout *lex forisme* constitue un obstacle à l'unification du droit des conflits de lois et donc indirectement à une variété de résultats lesquels seront fonction de l'ordre juridique

¹¹⁴⁸ P. Picone, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *op. cit.*, § 47.

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

¹¹⁵⁰ Y. Lequette, *op. cit.*, § 47.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

compétent. C'est pourquoi il convient de soutenir la méthode conflictuelle bilatérale¹¹⁵², puisque, en appliquant une loi unique sur la base d'un raisonnement objectif, elle évince les deux principaux obstacles à l'universalisation du droit des conflits de lois, à savoir le cumul et le *lex forisme*.

b) *L'universalité de la méthode confirmée par l'unicité de loi applicable*

773. De la neutralité à l'universalité de la méthode. Si par principe, toute règle de droit en tant que règle de fond, ne peut être neutre, il n'en va pas de même d'une règle de conflit, qui par nature, est indirecte. Effectivement, « il ne faut pas confondre l'objet de la règle de conflit et les intérêts qu'elle met en jeu... La conception régulatrice privatiste tend (...) à concevoir la règle de conflit de lois comme un procédé direct de réglementation des rapports entre particuliers (alors qu') elle résout un problème préalable, celui de savoir dans quelle loi un ordre de l'ordre juridique du for, le juge, puisera une base de raisonnement applicable à ces rapports »¹¹⁵³. Par conséquent, une règle de conflit, par nature, peut être neutre au regard du caractère indirect qu'elle présente, c'est-à-dire dès lors qu'elle adopte une forme bilatérale consistant à désigner, indépendamment de toute aspiration étatique, la loi du for ou la loi étrangère. C'est pourquoi grâce à son caractère indirect, la règle de conflit conduit à une unité de loi applicable, laquelle atteste de l'éventuelle mise en œuvre d'un système universel. C'est en imposant une méthode neutre que tout Etat peut y adhérer. Or, le résultat issu de la règle de conflit, à savoir l'unité de loi applicable, excluant nécessairement le cumul de lois et le *lex forisme*, atteste de sa neutralité. C'est pourquoi l'unicité de la loi applicable confirme qu'il s'agit de la seule règle en capacité de créer un système universel. Or, il convient de rappeler qu'« en droit international privé, le désir de coexistence harmonieuse est projeté en quelque sorte au-delà de l'Etat, à travers l'idéal d'un ordre

¹¹⁵² Voir en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 227 : « La méthode bilatéraliste est séduisante puisqu'elle postule l'équivalence des lois étrangères et de la loi du for. Le choix du droit applicable s'opère sans prévalence de principe du droit du for. Elle est lavée du soupçon de chauvinisme qui entache les méthodes favorisant le « *lex forisme* ». Elle est fondée théoriquement sur l'idée que tout ordre juridique contient une réglementation matérielle applicable à toute situation juridique et sur le relativisme des règles de droit international privé. Aucun critère de répartition des compétences législatives des Etats n'est dicté par le droit international public. Chaque système national peut décider librement de faire application ou non, dans une situation concrète, d'une loi étrangère en raison des liens – qui lui apparaissent les plus déterminants – entre cette situation et cette loi étrangère ».

¹¹⁵³ Y. Lequette, *op. cit.*, § 48, citant D. Sindres, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Thèse, Paris 1, 2007, LGDJ, 2008, p. 146.

juridique bien coordonné, égalitaire dans la répartition des lois et fondé sur un accueil pondéré de l'altérité »¹¹⁵⁴.

774. Les objectifs de neutralité et d'égalité garantis par le caractère indirect de la règle. En conclusion, le caractère indirect de la règle de conflit constitue la pierre angulaire d'un droit des conflits de lois respectueux des objectifs de neutralité et d'égalité et dont la vocation tendrait à l'universalisme. Néanmoins, si le caractère indirect de la règle de conflit assure le respect de ces objectifs, il faut également que ceux-là soient respectés au stade de la localisation du rapport de droit notamment au regard du rattachement choisi.

§ 2 – LE RECOURS A LA METHODE OBJECTIVE ABSTRAITE GARANTE D'UN TRAITEMENT EGALITAIRE

775. Classiquement, la méthode conflictuelle bilatérale présente d'autres caractères que celui relatif à sa fonction indirecte. C'est pourquoi elle possède un caractère spécifique de neutralité dans la mesure où son rôle consiste à localiser objectivement toute situation juridique. Il s'agit donc d'une approche purement scientifique indispensable à certifier l'égalité de traitement de tout sujet de droit placé dans une situation internationale équivalente (A). De plus, elle revêt une allure particulière se traduisant par l'utilisation d'un rattachement simple. Cette apparence implique un processus de localisation abstrait et unique qui demeure nécessaire à la création d'un traitement universel et équivalent des situations juridiques (B).

A. LA REALISATION DES OBJECTIFS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS PAR RECOURS A UNE LOCALISATION OBJECTIVE

776. La méthode conflictuelle bilatérale fonctionne grâce à une approche localisatrice de la situation juridique sur la base d'éléments objectifs. Cette analyse constitue, en réalité, une méthode scientifique à même d'assurer la neutralité de la méthode et le traitement égalitaire des sujets de droit (1). En outre, elle aboutit à la préservation des intérêts de tous, c'est-à-dire tant ceux de l'Etat que ceux des personnes privées (2).

1) Neutralité et égalité certifiées par une approche scientifique des situations internationales

777. La méthode conflictuelle bilatérale constitue une méthode objective qui assure l'effectivité de son caractère neutre (a). De plus, elle institue une méthode scientifique qui rend possible la concrétisation d'une égalité de traitement des sujets de droit (b).

¹¹⁵⁴ H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes de droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 138.

a) *La réalisation de la neutralité grâce à la localisation objective*

778. Une localisation fonction du principe de proximité. Il a été considéré que la méthode conflictuelle bilatérale consiste, pour établir quelle est la loi applicable, à rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation juridique. Il est donc fait « appel à l'idée de proximité »¹¹⁵⁵ pour localiser le ressort dans lequel se situe une situation juridique. Conformément à cette idée de localisation par la proximité, il s'agit d'apprécier une situation objectivement, en recherchant avec l'ordre juridique de quel Etat, elle présente des points de contact. L'applicabilité de la loi dépend donc simplement de la situation spatiale du rapport litigieux en cause. L'objectivité de cette localisation du rapport de droit conduit à confirmer la neutralité de la méthode¹¹⁵⁶. Il s'agit donc bien d'« une directive neutre (...) en sorte qu'elle est acceptable par tous les Etats »¹¹⁵⁷.

779. Une localisation objective conforme à la neutralité de la méthode. Au regard de cette approche scientifique, en principe, si la règle de conflit est élaborée au préalable alors « la solution d'un conflit de lois (sera) indépendante de l'autorité étatique, en particulier juridictionnelle, devant laquelle (le litige) s'élève »¹¹⁵⁸. De plus, comme l'affirmait le Professeur Lequette, « il en résulte qu'une telle directive est la plus propre à favoriser l'harmonie internationale des solutions et par là même la continuité de traitement de situations juridiques »¹¹⁵⁹. Par conséquent, une nouvelle fois, la méthode conflictuelle bilatérale en procédant à une localisation objective de la situation juridique assure la neutralité de sa méthode, laquelle constitue le préalable nécessaire à l'universalisation du droit des conflits de lois. En outre, l'utilisation de cette technique objective a en réalité permis d'élaborer une méthode purement scientifique qui justifie alors une équivalence de traitement pour chaque sujet de droit.

b) *L'égalité concrétisée par une localisation scientifique*

780. Une localisation objective équivalente. La localisation objective du rapport de droit a engendré la naissance d'une méthode qualifiée d'« analytique », c'est-à-dire d'une méthode scientifique inspirée par la doctrine de Savigny à l'origine¹¹⁶⁰. Il s'agit d'apprécier

¹¹⁵⁵ Y. Lequette, *op. cit.*, § 48.

¹¹⁵⁶ S. Clavel, *op. cit.*, § 26 : « Elle est (...) neutre puisqu'elle ne cherche pas à privilégier une solution substantielle donnée ; elle est donc indifférente à la teneur de la loi applicable ».

¹¹⁵⁷ Y. Lequette, *op. cit.*, § 48.

¹¹⁵⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 165.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

¹¹⁶⁰ Cf. *supra* § 163.

au cas par cas, de manière mécanique le ressort spatial dans lequel se situe le cas d'espèce. Par conséquent, il s'agit bien d'une méthode scientifique, c'est-à-dire un raisonnement fondé sur des règles objectives conduisant à obtenir un résultat scientifique, objectif, mais surtout équivalent. En effet, en adoptant un raisonnement scientifique, cela signifie que chaque sujet de droit est traité de manière identique quelle que soit la situation.

781. Une méthode scientifique préalable à l'égalité de traitement. Ainsi, la méthode scientifique, exempte de tout subjectivisme, est bien la seule pouvant conduire à un traitement équivalent de tout sujet de droit. C'est pourquoi la méthode conflictuelle bilatérale doit conserver son caractère spécifique de neutralité afin de demeurer objective, et plus précisément scientifique. Il s'agit du préalable nécessaire pour parvenir à traiter de manière identique toute personne qui doit se soumettre aux règles du droit des conflits de lois. Dès lors, les intérêts de tous pourront être sauvegardés.

2) Les intérêts de tous protégés par une approche scientifique des situations internationales

782. En recourant à une méthode neutre et objective, c'est-à-dire scientifique, les règles conflictuelles bilatérales, conformément aux fonctions du droit des conflits de lois, respectent les intérêts de l'Etat (a), et satisfont les intérêts des personnes privées (b).

a) Les intérêts de l'Etat respectés

783. L'autorité des Etats préservée. La méthode conflictuelle bilatérale, et plus généralement le droit des conflits de lois, « cherche à déterminer le champ d'application respectif des divers systèmes juridiques en présence dans une situation donnée » en donnant « compétence à la loi en vigueur sur le territoire où la situation se localise objectivement »¹¹⁶¹. Au regard de cette approche, la compétence d'un Etat n'est reconnue que lorsqu'une situation litigieuse relève de son ressort spatial au regard d'un examen objectif. Par conséquent, il doit être considéré que la méthode conflictuelle bilatérale tend à préserver les intérêts de l'Etat dans la mesure où sa compétence sera légitimement admise chaque fois qu'une situation relève de son ressort territorial. En d'autres termes, le procédé conduit « à sauvegarder l'autorité des lois de chaque Etat », puisque grâce à la localisation objective « chaque Etat est assuré que sa loi s'appliquera aux situations qui lui sont le plus étroitement liées »¹¹⁶².

¹¹⁶¹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 103.

¹¹⁶² Y. Lequette, *op. cit.*, § 48.

784. Les intérêts étatiques garantis par le caractère neutre de la localisation. Le raisonnement conflictualiste de forme bilatérale implique pour chaque Etat, conformément « à la condition de socialité des Etats et le fait qu'ils doivent nécessairement vivre ensemble »¹¹⁶³, l'assurance que son autorité et ses intérêts seront respectés. La neutralité de la méthode est donc la seule à même de garantir les intérêts de chaque Etat. Or, il s'avère que si la méthode applicable au droit des conflits de lois ne doit pas être fonction des intérêts de l'Etat, il n'empêche qu'elle doit les préserver. En sus, elle doit protéger les intérêts des personnes privées.

b) *Les intérêts privés satisfaits*

785. Une localisation conforme aux intérêts privés. Outre le respect des intérêts de l'Etat grâce au respect de son autorité, la localisation objective avale les intérêts des personnes privées, puisque leurs « intérêts se centralisent naturellement au lieu de leur objet »¹¹⁶⁴. De plus, grâce à son caractère mécanique et scientifique, elle garantit aux particuliers un traitement identique c'est-à-dire égalitaire qui ne sera fonction que d'éléments objectifs.

786. Une localisation garante d'égalité. Batiffol affirmait que les solutions du droit international privé « doivent rechercher l'équité et l'utilité réclamée par les intérêts privés, la première de ces deux notions emportant un souci du respect, dans une recherche d'égalité, de toute personne, fût-elle étrangère »¹¹⁶⁵. Il apparaît que grâce à la méthode conflictuelle bilatérale, toute personne est traitée avec respect en termes d'égalité puisqu'elle est considérée objectivement et scientifiquement quelle que soit sa situation.

787. Une localisation prévisible. Hormis l'égalité de traitement qui est assurée au sujet de droit, prévisibilité juridique leur est aussi garantie grâce, une nouvelle fois, à cette approche scientifique. En effet, « l'application de la loi du milieu social dans lequel la situation s'insère de manière prépondérante est de nature à répondre à leur attente et à leur éviter l'intervention d'un droit dont l'application serait pour elles tout à fait inattendue »¹¹⁶⁶. Ainsi, comme les intérêts de l'Etat, les intérêts des personnes privées sont garantis par la neutralité de la méthode et principalement par son approche purement scientifique.

¹¹⁶³ E. Vitta, Ch. I « La méthode conflictuelle », 3. « Suite : Théorie de l'ordre juridique », *op. cit.*, spéc. p. 35.

¹¹⁶⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 267.

¹¹⁶⁵ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 102.

¹¹⁶⁶ Y. Lequette, *op. cit.*, § 48.

788. Le maintien indispensable du caractère neutre de la localisation. La méthode du droit des conflits de lois doit donc maintenir ce caractère de neutralité puisque celui-ci aboutit à une étude scientifique des rapports de droit, à même de préserver les intérêts de tous, et ceci conformément aux fonctions de la discipline. En sus, la méthode doit présenter un ultime caractère qui se traduit par une localisation abstraite du rapport de droit.

B. LA REALISATION DES OBJECTIFS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS PAR RECOURS A UNE LOCALISATION ABSTRAITE

789. Le recours à la méthode conflictuelle classique s'opère sous une forme particulière. En effet, la règle de conflit s'élabore, en principe, par l'utilisation d'un rattachement simple c'est-à-dire qu'un unique rattachement sera retenu pour une catégorie de rattachement, et ainsi déterminera la loi compétente. Or, une telle édification de la règle de conflit présente de réels avantages puisqu'elle permet d'une part de garantir les principes directeurs du droit des conflits de lois, à savoir la neutralité et l'égalité de traitement (1), et d'autre part de préserver les objectifs fondamentaux du droit commun positif c'est-à-dire prévisibilité et sécurité juridiques (2).

1) Neutralité et égalité garanties par la règle de conflit à rattachement unique

790. La méthode classique du droit des conflits de lois s'illustre sous une forme particulière qui se traduit par une règle de conflit à rattachement unique. Le recours au terme unique suppose que la règle de conflit présente deux caractères distincts. D'une part, la règle de rattachement présente un caractère abstrait, lequel est *a priori* garant de la neutralité de la méthode (a). D'autre part, elle se décline sous l'apparence d'un rattachement simple qui constitue le préalable absolu à toute égalité de traitement du sujet de droit (b).

a) La neutralité de la méthode a priori assurée par le caractère abstrait de la règle

791. Le caractère abstrait de la règle. La méthode conflictuelle bilatérale présente d'autres caractères que ceux d'être indirecte et neutre. Il s'agit également d'une méthode abstraite¹¹⁶⁷, ou plus précisément dont le rattachement est abstrait¹¹⁶⁸. Ce caractère suppose de rechercher « pour chaque type de rapport de droit dans quel ordre juridique, il se localise

¹¹⁶⁷ Y. Lequette, *op. cit.*, § 52, à propos de l'approche abstraite : « on recherche pour chaque type de rapport de droit dans quel ordre juridique, il se localise naturellement, objectivement, en usant d'un contact adéquat, abstraitement défini. Chaque ordre juridique regroupe à cette fin les rapports de droit dans des catégories auxquelles il affecte un rattachement approprié ».

¹¹⁶⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 165.

naturellement, objectivement, en usant d'un contact adéquat, abstraitement défini »¹¹⁶⁹. Pour atteindre ce résultat, « chaque ordre juridique regroupe (...) les rapports de droit dans des catégories auxquelles il affecte un rattachement approprié »¹¹⁷⁰.

792. La détermination d'un rattachement objectif. En d'autres termes, chaque rapport de droit est rangé dans une catégorie de rattachement à laquelle il convient d'attribuer un rattachement répondant objectivement à la nature de ce rapport de droit¹¹⁷¹. Ainsi, l'approche abstraite, conduisant à établir un rattachement sous l'égide de l'objectivité, répondrait à son corollaire, la neutralité. En effet, comme l'affirmait Batiffol, « si on veut bâtir un droit international privé indépendant de tout droit privé interne, on aura un ensemble de règles abstraites qui ne s'inspireront d'aucune conception humaine déterminée »¹¹⁷². Si une règle de rattachement est abstraite, c'est-à-dire déterminée en fonction de la nature du rapport de droit, alors elle sera neutre, et permettra d'emporter l'adhésion de tous les Etats.

793. Une détermination malaisée. Néanmoins, il a déjà été considéré que déterminer la nature du rapport de droit ne peut en réalité être totalement objectif dans la mesure où chaque Etat, ou plutôt chaque région s'est dotée de sa propre culture juridique¹¹⁷³. Par conséquent, en adoptant une approche purement abstraite, il sera difficile d'atteindre l'universalité puisque l'identification du rattachement ne sera pas vraisemblablement objective.

794. Le caractère abstrait préféré au caractère concret. Cependant, il est considéré que la méthode conflictuelle bilatérale ne peut posséder un caractère concret dans la mesure où le processus consiste à rechercher « au cas par cas, avec quel ordre juridique la relation concernée entretient les liens les plus étroits »¹¹⁷⁴ ce qui conduirait à la « ruine (de toute) sécurité juridique »¹¹⁷⁵. Effectivement, utiliser le rattachement des liens les plus étroits est difficilement praticable en termes de sécurité juridique car il conduirait à faire dépendre la solution du juge saisi. Or, il ne faut pas pour autant évincer toute idée de proximité du raisonnement conflictualiste. La solution serait probablement de trouver un consensus entre

¹¹⁶⁹ Y. Lequette, *op. cit.*, § 52.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

¹¹⁷¹ Cf. *supra* § 697.

¹¹⁷² H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 17.

¹¹⁷³ Cf. *supra* § 731 à 738.

¹¹⁷⁴ Y. Lequette, *op. cit.*, § 52.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, § 53.

l'approche abstraite et l'approche concrète afin de maintenir la neutralité de la méthode qui constitue le préalable nécessaire à toute universalité.

795. La combinaison souhaitée des caractères abstrait et concret. En d'autres termes, la méthode conflictuelle bilatérale possède un caractère abstrait qui lui est nécessaire en ce qu'il prône l'objectivité dans la résolution des conflits de lois, mais qui demeure insuffisant pour l'atteindre en raison des cultures juridiques régionales dominantes. C'est pourquoi il convient sans doute de combiner ce caractère abstrait avec une approche concrète en termes de localisation du rapport de droit. En opérant un consensus entre ces approches, il devrait être possible d'établir une méthode réellement neutre qui emporte l'adhésion de tous les Etats. Il faudra donc déterminer par quel moyen il est possible de parvenir à un tel résultat au regard du rattachement choisi¹¹⁷⁶. Néanmoins, il est certain qu'il convient de retenir un rattachement unique pour atteindre une égalité de traitement des sujets de droit.

b) L'égalité de traitement des sujets de droit promue par un rattachement simple

796. Les règles de conflit classiques à rattachement simple. En principe, la méthode conflictuelle bilatérale classique est construite sous forme de règle de conflit à rattachement simple c'est-à-dire qu'un seul rattachement est retenu pour déterminer laquelle de la loi étrangère ou de la loi du for sera applicable à la situation d'espèce. Ainsi, « chacune d'elles désigne la loi applicable (...) au moyen de circonstances qui révèlent que cette loi (...) est la plus propre à fournir une juste et utile solution à la question à résoudre »¹¹⁷⁷. De plus, « cette circonstance de rattachement normale est le territoire où les personnes en cause sont domiciliées, celui où elles agissent, c'est le territoire où le tribunal saisi exerce sa juridiction, c'est au contraire la nationalité des parties »¹¹⁷⁸. Effectivement, comme Arminjon a pu le présenter, en principe, toute règle de rattachement issue de la méthode conflictuelle bilatérale possède un rattachement simple, c'est-à-dire unique, conformément à la nature du rapport de droit, et qui peut se traduire sous diverses déclinaisons comme la loi du domicile, la loi nationale, la loi du lieu de situation d'objet du litige, etc.

797. De l'unicité du rattachement au traitement égalitaire des sujets de droit. Le caractère unique de la règle de rattachement présente un avantage considérable. En effet, dès lors que chaque catégorie de rattachement se voit attribuer un rattachement simple, alors tout

¹¹⁷⁶ Cf. *infra* § 864 et s.

¹¹⁷⁷ P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.* § 90.

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, § 92.

sujet de droit se verra appliquer la même règle de conflit. Chacun étant soumis à telle catégorie de rattachement pour tel litige, alors il se verra appliquer, comme aux autres, la même règle de conflit. Ainsi, en maintenant les caractères de la règle de conflit bilatérale, et notamment en recourant à un rattachement simple, les objectifs de neutralité et d'égalité peuvent être atteints¹¹⁷⁹. De plus, le recours à ce type de rattachement permet également de garantir aux sujets de droit l'intégralité de leurs intérêts puisque seront aussi préservés la prévisibilité et la sécurité juridiques.

2) Prévisibilité et sécurité juridiques renforcées par la règle de conflit à rattachement simple

798. Recourir à un rattachement simple au travers de la méthode conflictuelle bilatérale n'entraîne pas qu'un impact au regard de la neutralité du système et de l'égalité de traitement du sujet de droit. Les effets vont bien au-delà, puisque les règles de rattachement simple sont facteurs de prévisibilité juridique (a) et gages de sécurité juridique (b).

a) Les règles de conflit à rattachement simple facteurs de prévisibilité juridique

799. Le rattachement simple synonyme de prévisibilité juridique. Les règles de rattachement classiques ont été consacrées en droit positif sous forme de rattachement simple dans le respect de la méthode conflictuelle bilatérale préconisée par Savigny. Or, « le législateur qui (les a édictées) n'en a pas cherché les raisons dans des considérations *a priori*, il s'est inspiré, pour le faire, des vues de justice et d'utilité qui justifient toutes les dispositions du droit ; il a visé à protéger la liberté des parties, à rendre leur activité plus aisée et plus efficace, à faciliter leurs transactions, à ne pas déjouer leurs prévisions, tout en défendant les droits des tiers »¹¹⁸⁰. Cette affirmation d'Arminjon est parfaitement transposable aux règles classiques à rattachement simple puisque, principalement, si elles assurent, grâce à la méthode bilatérale les intérêts de tous, elles préservent plus particulièrement la prévisibilité juridique.

800. L'unique forme de rattachement garante de prévisibilité juridique. Effectivement, en recourant à un rattachement unique, toute partie à un litige, ou tout sujet de droit peut anticiper quelle sera la loi applicable à sa situation. Aucune surprise ne saurait apparaître à l'occasion d'un litige quant à la loi applicable. En revanche, s'il s'agissait de

¹¹⁷⁹ Voir en ce sens : W. Wengler, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 202 : « la tendance dominante du droit international privé positif est d'attribuer compétence pour résoudre chaque problème à une seule loi, sans tenir compte du résultat dans l'espèce concrète », « la justification en est surtout que c'est le meilleur moyen de réaliser l'égalité des situations internationales et internes ».

¹¹⁸⁰ P. Arminjon, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, § 91.

rattachements multiples, la prévisibilité juridique pourrait être remise en cause, puisque plusieurs lois pourraient être applicables. Par conséquent, il est essentiel de retenir un rattachement simple dans la mesure où il facilite les prévisions des parties, mais aussi la sécurité juridique.

b) Les règles de conflit à rattachement simple gages de sécurité juridique

801. Le rattachement simple préalable à l'harmonie internationale. Batiffol et le Professeur Lagarde considéraient que « si chaque législation s'applique aux relations dont l'élément essentiel est rattaché au territoire sur lequel elle s'applique, on peut escompter, ou espérer, une convergence dans l'appréciation de l'élément essentiel qui aboutira à une répartition des compétences exempte de lacunes et doubles emplois, et évitant par suite les contradictions dans les solutions données à un même litige »¹¹⁸¹. Cette affirmation doit être transposée à la méthode conflictuelle bilatérale classique à rattachement simple. En construisant une règle conflictuelle neutre sur la base d'un rattachement simple, toute difficulté devrait être épuisée, et toute harmonie internationale devrait exister.

802. Le rattachement simple corollaire de sécurité juridique. En outre, « la détermination des circonstances qui rendent telle ou telle loi compétente doit se faire (...) pour obtenir un résultat pratique »¹¹⁸². Recourir à un rattachement unique conduit à une solution pratique et concrète, l'égalité de tous, mais également à la sécurité juridique. Si dans toutes les situations, pour telle catégorie de rattachement, un seul rattachement est applicable, toute personne sera protégée par le système qui sera parfaitement sécurisé sur le plan juridique. Une nouvelle fois, en adoptant une démarche neutre et scientifique, insusceptible d'aléas grâce à un rattachement unique, les principes directeurs de tout droit positif pourront également être garantis, c'est-à-dire prévisibilité juridique et sécurité juridique. Or, il paraît indispensable que le droit des conflits de lois, comme toute branche du droit, garantisse ces objectifs aux côtés de la neutralité et de l'égalité de la méthode pour assurer l'effectivité de ces derniers.

803. Le maintien nécessaire des caractères classiques de la règle de conflit bilatérale. En conclusion, les caractères propres de la règle de conflit classique constituent les fondements principaux à la création d'une méthode neutre et universelle. C'est pourquoi il convient de les conserver comme fondements de tout nouveau système en droit des conflits de

¹¹⁸¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 266.

¹¹⁸² P. Arminjon, *Précis de droit international privé, op. cit.*, § 91.

lois. Pour autant, l'évolution du droit international privé, et précisément du droit des conflits de lois, a laissé apparaître de nouveaux caractères imputables à la règle de conflit moderne.

SOUS-SECTION 2 : LA MODERNISATION DES CARACTERES DE LA REGLE BILATERALE EN DISCORDE AVEC L'EGALITE DE TRAITEMENT

804. L'apparition des règles modernes à caractère substantiel. Parallèlement aux règles de conflit classiques, s'est développée une nouvelle forme de règles de conflit contemporaines qualifiées de règles de conflit à caractère substantiel¹¹⁸³. Elles se traduisent sous la forme de règles à rattachements multiples. Par conséquent, la structure de la règle de conflit s'est modifiée afin d'imposer une nouvelle approche des situations juridiques internationales, laquelle serait désormais plus concrète, mais fonction d'un résultat matériel à atteindre¹¹⁸⁴. Ces règles auraient donc pour objet de mettre à l'écart le caractère abstrait de la règle de conflit traditionnelle (§ 1).

805. La remise en cause de l'objectif d'égalité de traitement. Or, la mise en place de cette méthode modernisée, en vertu de son aspiration à la fois substantielle et concrète, a conduit à faire disparaître les caractères classiques de la méthode conflictuelle. Par conséquent, elle favorise une analyse matérielle individualisée de chaque situation internationale et met un terme à toute neutralité et conséquemment à toute égalité de traitement des situations juridiques internationales (§ 2).

§ 1 – L'INSTAURATION D'UNE LOCALISATION CONCRETE DES SITUATIONS INTERNATIONALES PAR SOUCI DE SPECIALISATION

806. Si classiquement la règle de conflit de loi s'illustre sous la forme bilatérale à rattachement simple, conformément à la philosophie savignienne, elle a évolué vers de nouvelles formes. C'est pourquoi d'une règle de conflit à rattachement simple, celle-ci s'est transformée en règle de conflit à rattachements multiples dans une optique de spécialisation

¹¹⁸³ Voir en ce sens : B. Oppetit, « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP*, H.-S., 1988, spéc. p. 130 : « C'est, en effet, dans le jeu même et l'utilisation du procédé de la règle de conflit que la progression du droit international privé matériel paraît sensible : la règle de conflit, caractérisée dans sa pureté originelle par sa seule mission de désigner la loi compétente sans considération de son contenu ni de la solution concrète à laquelle elle conduit, se trouve de plus en plus infléchie par l'influence de considérations matérielles l'orientant désormais vers la recherche d'objectifs concrets ».

¹¹⁸⁴ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 121, à propos de l'essoufflement de la neutralité de la règle de conflit : « C'est ainsi que cherchant à atteindre un résultat matériel précis, plusieurs conventions délaissent le paradigme conflictuel dont la neutralité n'est pas en harmonie avec la fin qu'elles poursuivent pour lui préférer des règles de conflit à coloration matérielle. Ainsi en va-t-il des conventions relatives à la loi applicable aux obligations alimentaires ou à la forme des dispositions testamentaires ».

de la règle (A). Cette nouvelle forme de règle de conflit a engendré une forte diversification des règles de conflit à rattachements multiples conduisant à rendre la loi applicable en fonction du résultat visé par la règle de conflit (B).

A. LA SPECIALISATION DES REGLES DE CONFLIT MODERNES A RATTACHEMENTS MULTIPLES

807. Les règles de conflit classiques ont connu un réel retentissement en droit international privé positif, mais celui-ci est demeuré restreint principalement à cause de son caractère abstrait (1). C'est pourquoi en adoptant une approche plus concrète, les règles de conflit se sont spécialisées et sont passées d'un rattachement simple à des rattachements multiples (2).

1) Le succès limité de la règle de conflit classique en raison de son caractère abstrait

808. Au regard des avantages et des objectifs que garantit la méthode conflictuelle bilatérale classique, celle-ci a été consacrée en droit positif, tant sur le plan national qu'international mais n'a pourtant pas permis d'engendrer une universalisation du droit (a). En effet, sa réussite est demeurée limitée par le maintien du caractère abstrait de la méthode, lequel a conduit à une critiquable cristallisation de la localisation du rapport de droit (b).

a) La prospérité de la méthode bilatérale classique cantonnée à l'échelle nationale

809. La méthode bilatérale à rattachement simple consacrée en droit positif. Depuis la codification des règles de conflit, il apparaît que la méthode conflictuelle bilatérale classique a connu un certain succès. Elle a tout d'abord été consacrée à l'échelle nationale, notamment dans le système de droit international privé français, que ce soit par le législateur ou par la jurisprudence. Il peut être évoqué notamment l'article 3 du Code civil qui applique à la capacité et à l'état des personnes la loi nationale, ou encore les jurisprudences relatives aux successions qui appliquent pour les meubles la loi du dernier domicile du défunt, et pour les immeubles la loi du lieu de situation¹¹⁸⁵. En outre, si la méthode a été consacrée par le législateur français, elle a également été consacrée par le législateur européen. Il suffit de

¹¹⁸⁵ Cass., Civ., 19 juin 1939, *Labadan*, préc. ; Cass., Civ., 14 mars 1837, *Stewart*, préc.

reprendre, à titre d'exemple, le récent règlement relatif aux successions qui retient que la loi applicable à la succession du défunt est la loi de son dernier domicile¹¹⁸⁶.

810. Vers une volonté d'universalisation du droit. S'il en existe d'autres exemples, il faut surtout retenir que la méthode conflictuelle classique a bien intégré le droit positif, qu'il soit national ou supranational, dans la mesure où cette méthode présente divers avantages déjà évoqués¹¹⁸⁷. De surcroît, cette consécration juridique invite à penser que tout organe juridique s'est épris des considérations propres à la discipline et plus particulièrement à sa vocation universelle. En effet, en recourant à cette technique, il semble que les acteurs du droit positif en matière de conflit de lois ont souhaité agir dans une optique d'uniformisation de la discipline. C'est pourquoi ont sans doute été conservés les caractères propres de la méthode.

811. La reprise des caractères classiques de la règle. En observant les règles de conflit classiques de droit positif, il est admis que celles-ci ont bien respecté les caractères propres de la méthode. Que ces règles soient nationales ou internationales, elles sont bien construites sur un modèle indirect conduisant à désigner aussi bien la loi du for que la loi étrangère. Également, elles ont été érigées sur des bases neutres puisque, pour chaque catégorie de rattachement, il a été déterminé un rattachement unique considéré comme la réponse légitime à la nature du rapport de droit. Par exemple, le règlement succession retient comme rattachement la loi de dernière résidence habituelle¹¹⁸⁸ dans la mesure où il a été considéré que ce critère de rattachement répond le plus naturellement et avec la plus grande proximité à la catégorie de rattachement que sont les successions. Ainsi tous les caractères de la méthode ont été maintenus.

812. L'absence de neutralité et d'universalisation du droit. Pour autant, en pratique, aucune universalisation ne s'est produite. En vérité, peu de règles supranationales ont consacré la méthode. Celle-ci s'est principalement traduite dans les législations internes. De ce fait, aucune égalité de traitement du sujet de droit ne peut être soutenue, sauf à une échelle régionale qui demeure minime. En approfondissant le raisonnement *a contrario*, il

¹¹⁸⁶ Art. 21 du règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen : « sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à l'ensemble d'une succession est celle de l'Etat dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment du décès ».

¹¹⁸⁷ Cf. *supra* § 752 et s.

¹¹⁸⁸ Art. 21 du règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

semblerait donc que la méthode ne soit pas réellement neutre puisque tous les Etats qui composent le monde n'y ont pas adhéré. En réalité, le problème s'est cantonné autour du caractère abstrait de la méthode.

b) *La cristallisation de la localisation issue du caractère abstrait*

813. La cristallisation du rapport de droit. Le Professeur Bernard Audit exposait qu'« il est unanimement reconnu que si un conflit de lois doit être résolu par attribution de la situation à une loi donnée, cette attribution doit se faire autant que possible à la loi avec laquelle la situation présente les liens les plus étroits »¹¹⁸⁹. Il ajoutait que « le propre de la méthode de la règle de conflit est de cristalliser cette localisation par un rattachement donné pour une catégorie plus ou moins vaste de rapports juridiques »¹¹⁹⁰, et ceci conformément au siège du rapport de droit, comme le préconisait Savigny. Ainsi, pour reprendre les termes du Professeur Audit, la méthode classique « cristallise » la localisation par un rattachement simple à une catégorie de rattachement.

814. Une cristallisation propre à une localisation abstraite. Or, le problème vient du caractère abstrait de la méthode en ce qu'elle conduit à fixer la méthode c'est-à-dire à déterminer pour chaque catégorie de rattachement quel sera l'élément de rattachement à retenir conformément à sa nature. Cependant, en recourant à ce système, celui-ci ne peut tendre à l'universel puisque la détermination du rattachement ne pourra probablement jamais être indépendante de considérations culturelles et identitaires propres à chaque Etat ou région. Le siège du rapport de droit d'une succession pourrait s'entendre pour certains pays du lieu du dernier domicile du défunt, comme il pourrait s'entendre du lieu de situation des biens composant la succession. En réalité, aucun de ces rattachements n'a un titre supérieur à s'appliquer. C'est pourquoi les deux pourraient être susceptibles d'être retenus, ce que ne permet pas le caractère abstrait de la méthode. Par conséquent, en raison de sa force d'immobilisation des critères de rattachement, elle n'emportera pas universalisation du droit, comme en atteste la pratique aujourd'hui. C'est pourquoi il pourrait être pertinent d'intégrer une analyse concrète de la situation internationale répondant de la loi qui présente les liens les plus étroits.

¹¹⁸⁹ B. Audit, Ch. II « La réduction de la crise : conceptualisme et fonctionnalisme dans le procédé de la règle de conflit », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, spéc. p. 272.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*

815. L'avènement d'une méthode modernisée à rattachements multiples. En outre, le droit positif a été marqué par les difficultés soulevées par le recours à une méthode conflictuelle bilatérale à rattachement simple. Dès lors, « la nécessité de veiller à l'effectivité de la localisation n'a pas seulement suggéré un déplacement de l'angle visuel allant vers des techniques plus casuistiques ; il a par là même contribué au déclin des rattachements uniques et à l'élaboration de rattachements complexes »¹¹⁹¹.

2) La création de règles de conflit modernes objet d'une localisation concrète

816. A la suite du succès de la méthode savignienne, celle-ci a subi certaines modifications. Au regard de la rigidité dont fait preuve la méthode en retenant un rattachement simple pour chaque grande catégorie de rattachement, les théoriciens de l'époque moderne ont proposé de recourir plutôt à de nouvelles règles de conflit à rattachements multiples, celles-ci étant plus flexibles (a). L'objectif de cette multiplication tant des règles de conflit que des rattachements était alors de répondre à un objectif de spécialisation dans le traitement des situations juridiques (b).

a) De la rigidité du rattachement simple à la flexibilité des rattachements multiples

817. Le développement des règles à rattachements multiples. Traditionnellement, « dans sa fonction de répartition traditionnelle, la règle de conflit incarne la présomption que, quels que soient les rattachements effectifs d'une situation donnée, le rattachement prédéterminé conduira à l'ordre juridique dont elle est la plus proche »¹¹⁹². Pourtant, « les codifications récentes révèlent une augmentation presque spectaculaire du nombre de règles de rattachement, dont le domaine respectif se rétrécit »¹¹⁹³. L'époque contemporaine a subi un bouleversement au regard de ses règles de conflit puisque sont consacrées davantage de règles de conflit lesquelles se déclinent, principalement, par des rattachements multiples.

818. Une réponse à la rigidité des règles à rattachement simple. En effet, la méthode classique dont la forme était un rattachement simple est apparue comme rigide puisqu'elle aboutissait « à ignorer les circonstances d'espèce »¹¹⁹⁴. En d'autres termes, la méthode classique ne permettait pas de répondre objectivement à des situations juridiques complexes. Le reproche adressé à la règle de conflit classique tient à son caractère mécanique qui a été principalement soulevé au regard de la matière délictuelle. Celle-ci peut se décliner

¹¹⁹¹ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 465.

¹¹⁹² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 167.

¹¹⁹³ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 467.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, § 466.

sous l'égide de divers rattachements et notamment le lieu du fait dommageable qui peut s'entendre tant du lieu du fait générateur que du lieu où le préjudice a été subi. C'est pourquoi la doctrine moderne s'est soulevée contre la théorie classique puisqu'elle a estimé que chaque catégorie de rattachement devait être affinée et chaque facteur de rattachement assoupli. Ainsi, chaque catégorie de rattachement devrait être « assortie de facteurs de rattachement complexes »¹¹⁹⁵.

819. La multiplication de règles de conflit concrètes. Le législateur s'est alors saisi de cette philosophie moderne pour la consacrer, notamment à l'international. Désormais, si l'on consulte les règlements européens, par exemple le règlement Rome II en matière délictuelle¹¹⁹⁶, il est inscrit, en son article 4, que la règle de conflit se décline sous l'égide de multiples rattachements. Par conséquent, la règle de conflit moderne s'est en quelque sorte évincée de son caractère abstrait pour consacrer une approche plus concrète des situations juridiques.

b) La spécialisation des règles de conflit en vertu d'une localisation concrète

820. L'insuffisance des règles classiques en droit des conflits de lois contemporain. L'apparition des règles de conflit à rattachements multiples dans le droit positif n'est pas seulement due à la rigidité de la règle de conflit classique à rattachement simple. En effet, la doctrine savignienne se suffisait à elle-même lorsque le droit des conflits de lois n'était encore que peu développé et se cantonnait aux grandes règles de rattachement comme le statut personnel ou le statut réel. Cependant, il aurait fallu que « le rattachement affecté à chaque catégorie conforte efficacement chaque pilier de l'ordre civil »¹¹⁹⁷ et davantage lorsque ces piliers peuvent concerner des situations juridiques complexes ou plus précisément spéciales.

821. La spécialisation des règles modernes. Les règles de conflit modernes se sont alors érigées autour d'un « principe de spécialisation »¹¹⁹⁸. Par conséquent, la règle de rattachement est spécialisée c'est-à-dire qu'elle a pour fonction plus ou moins directe des considérations matérielles. D'une part, elle peut être directement issue du droit matériel

¹¹⁹⁵ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 54.

¹¹⁹⁶ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Rome II*.

¹¹⁹⁷ Y. Lequette, *op. cit.*, § 54.

¹¹⁹⁸ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 467.

lorsqu'elle s'exprime « par des critères rigides »¹¹⁹⁹, et d'autre part elle est indirectement issue du droit substantiel lorsque les critères sont plus relatifs. Néanmoins, la méthode moderne a pour objectif « une meilleure localisation » des situations juridiques, malgré qu'elle contienne des considérations substantielles¹²⁰⁰.

822. Une réponse justifiée par le développement de la discipline. Il semble parfaitement louable de souhaiter une spécialisation de la règle de conflit dans les matières, ou plus précisément dans les catégories de rattachement, qui visent des situations juridiques complexes. C'est pourquoi pour reprendre l'exemple du règlement Rome II en matière délictuelle¹²⁰¹, si des rattachements multiples ont été attribués à la loi commune aux obligations non contractuelles, chaque délit de nature particulière s'est aussi vu attribuer un rattachement spécifique. Par exemple, l'article 7 retient une règle de conflit spéciale pour l'atteinte à l'environnement, ou encore l'article 8 prévoit quelle sera la loi applicable à l'atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, les règles de conflit modernes, dans une optique de spécialisation, justifiée par l'évolution de la discipline, ont pu recourir à un procédé moins rigide en considérant que « la désignation opérée par (la règle de conflit) ne constitue qu'une présomption simple de localisation du rapport de droit »¹²⁰². Dans la mesure où les situations juridiques peuvent être spéciales, les catégories de rattachement doivent se spécialiser. Également, si ces mêmes situations sont complexes, les règles de rattachement doivent l'intégrer dans la localisation du rapport de droit. Il est parfaitement légitime d'envisager une approche plus concrète en termes de localisation du rapport de droit¹²⁰³. Autrement dit, le droit contemporain s'est en quelque sorte détachée de la conception purement classique de la méthode bilatérale¹²⁰⁴. Cependant, le recours à des rattachements

¹¹⁹⁹ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 467.

¹²⁰⁰ *Ibid.*

¹²⁰¹ Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelle, *Rome II*.

¹²⁰² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 167.

¹²⁰³ Voir en ce sens : M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 245 : « Il faut trouver les critères de désignation qui définissent les liens les plus significatifs entre la situation considérée et la loi applicable » ; « La nouveauté est la conscience accrue du caractère très contingent des critères et l'idée qu'un critère unique peut très difficilement suffire à localiser une catégorie de rapports de droit définie de manière abstraite » ; « d'où le développement de la technique des rattachements multiples ».

¹²⁰⁴ Pour aller plus loin, voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, 351 : « Le législateur lui-même accentua ensuite la relativité intrinsèque de la méthode bilatéraliste en introduisant en matière de filiation des rattachements alternatifs, permettant de choisir entre plusieurs la solution substantielle la plus favorable. Parallèlement, le droit conventionnel ainsi que les très nombreuses codifications opérées dans d'autres pays, firent une place croissante au principe de la loi des liens les plus étroits, soit en autorisant une appréciation judiciaire au cas par cas, soit en assortissant la règle de conflit de mécanismes d'auto-correction, telles les clauses d'exception ».

multiples en droit positif ne consiste pas en une localisation purement objective, mais est plutôt fonction de considérations substantielles conditionnant un certain résultat à atteindre.

B. LA SPECIALISATION DES REGLES DE CONFLIT MODERNES EN FONCTION DU RESULTAT VISE

823. La multiplication des règles de conflit et de leurs rattachements a réalisé un double effet en droit des conflits de lois. D'une part, l'utilisation de rattachements multiples a incité à l'extension du champ d'application des lois applicables, puisque plusieurs lois, grâce à plusieurs rattachements, peuvent potentiellement être compétentes conformément à une situation juridique (1). D'autre part, la multiplication des facteurs de rattachements, contrairement à cette amplification, a conduit à un resserrement du champ d'application des lois applicables, pour ne rendre compétentes que certaines lois, voire une seule par souci de favoritisme (2).

1) L'extension du champ d'application des lois applicables

824. La nouvelle forme des règles de conflit a eu pour objet de détourner la fonction initiale des règles de conflit classiques conduisant à l'application d'une loi unique. En effet, l'invocation du principe de spécialisation a conduit à l'instauration de clauses d'exception, lesquelles érigent en rattachement ultime la loi des liens les plus étroits (a). De même, l'évolution des règles de conflit a justifié la mise en place de rattachements multiples alternatifs lesquels donnent potentiellement compétence à plusieurs lois (b).

a) Le rattachement ultime aux liens les plus étroits

825. L'instauration de clauses échappatoires. En observant les règles de conflit modernes, il apparaît que le principe de spécialisation a eu pour effet de multiplier les règles de conflit, ainsi que les rattachements de ces dernières. Plus particulièrement, ont été élaborées « des clauses générales dites « échappatoires » ayant vocation à corriger tous les éléments de rattachement précis établis par la loi en droit international privé de l'Etat du for »¹²⁰⁵. Il s'agit donc d'une clause « d'exception » puisqu'elle « fait du rattachement énoncé une simple présomption quant à la désignation de la loi avec laquelle la situation présente la relation la plus étroite »¹²⁰⁶. Par conséquent, chaque fois qu'une loi présenterait des liens plus étroits avec la situation juridique que celle désignée par la règle de conflit de lois principale,

¹²⁰⁵ W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *op. cit.*, spéc. p. 3.

¹²⁰⁶ B. Audit, Ch. II, S. III, § 2, B. « La pratique des rattachements multiples ou souples », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, spéc. p. 362.

la clause d'exception pourra jouer. C'est pourquoi « certaines législations modernes ont effectivement pris acte de la relativité des rattachements et prévu des clauses d'exception pour le cas où une autre loi que celle désignée par la règle apparaîtrait mieux indiquée dans les circonstances »¹²⁰⁷. Ainsi, dans les matières particulièrement complexes, notamment la matière délictuelle et la matière contractuelle, les règlements européens ont mis en œuvre cette clause d'exception. L'article 4.3. du règlement Rome I¹²⁰⁸ prévoit, par exemple, que « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ».

826. La multiplication des lois compétentes. La législation moderne conflictuelle du droit des conflits de lois consacre donc cette nouvelle forme de rattachement tendant à constituer une exception à la méthode classique. L'optique est d'intégrer davantage une approche concrète de la situation juridique et finalement d'étendre en quelque sorte le nombre de lois potentiellement compétentes. Néanmoins, les termes des règlements européens appellent à une limitation du recours de la clause d'exception, puisqu'ils retiennent la loi qui présente les liens « manifestement » plus étroits. Ainsi, l'utilisation de la clause ne serait pas illimitée, mais bien encadrée. Il n'empêche que l'insertion de ce nouveau procédé dans le règlement des conflits de lois conduit à multiplier le nombre de lois supposées compétentes. Il en est de même lorsque les règles de conflit de lois recourent aux rattachements alternatifs.

b) Les rattachements alternatifs en faveur de la validité de l'institution

827. Les règles de conflit modernes à rattachements alternatifs. Les règles de conflit de lois modernes ont de manière générale évolué vers la forme de règles à rattachements multiples. Parmi leurs déclinaisons, « des règles de plus en plus nombreuses formulent des rattachements alternatifs, autorisant à appliquer une loi ou une autre »¹²⁰⁹. Par conséquent, la règle de conflit prévoit plusieurs rattachements à l'égard d'une catégorie de rattachement, lesquels seront applicables de manière alternative, c'est-à-dire au choix des parties concernées. Ce type de règle s'est développé tant sur le plan national que sur le plan international. Sont souvent évoquées parmi les règles de conflit françaises celles relatives à la filiation, notamment l'article 311-17 du Code civil, qui retient une option de rattachement à

¹²⁰⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 167.

¹²⁰⁸ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

¹²⁰⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 168.

l'égard de la reconnaissance de paternité. De même, à l'international, l'exemple classique est celui de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 relative à la forme des testaments qui retient une multitude de rattachements alternatifs quant à la validité du testament. Quelle que soit l'hypothèse, ces rattachements dits alternatifs ont pénétré certainement les règles de conflit modernes.

828. Des règles au profit de la validité de l'institution. L'appel au « rattachement alternatif (...) traduit une préférence pour la validité de l'institution »¹²¹⁰. Il s'agit donc de permettre à toute institution d'être validée c'est-à-dire, pour reprendre l'exemple de la filiation, de favoriser la reconnaissance de paternité. Par conséquent, comme pour les clauses d'exception, le but est de permettre à un large panel de lois d'être applicables, afin que la loi (ou les lois) favorisant la validité de l'institution puisse(nt) être appliquée(s)¹²¹¹. Finalement, il s'agit donc bien d'élargir le champ d'application des lois applicables.

829. L'extension incontestable du champ d'application des lois compétentes. Ainsi, les règles de conflit modernes, contrairement aux règles de conflit classiques qui conduisent à une unique loi applicable, tendent davantage à envisager la compétence de plusieurs lois, dans l'objectif de favoriser certaines institutions. Pourtant, certaines règles de conflit contemporaines produisent un effet inverse tendant plutôt à restreindre le champ d'application des lois applicables.

2) Le resserrement du champ d'application des lois applicables

830. Contrairement aux règles de rattachement alternatifs, ou à la clause échappatoire, les nouvelles règles de conflit peuvent, au lieu d'étendre le champ d'application des lois applicables, l'assujettir à certaines lois voire à une seule loi. En effet, les règles de conflit contemporaines peuvent tout d'abord se décliner en rattachements hiérarchisés lesquels aboutissent à faire prévaloir la loi la plus favorable à la validité de l'institution (a). Néanmoins, elles peuvent aussi s'illustrer en rattachements cumulatifs, lesquels tendent à restreindre le champ d'application des lois applicables en raison d'une certaine hostilité à l'égard du résultat obtenu (b).

¹²¹⁰ B. Audit, Ch. II, S. III, § 2, B. « La pratique des rattachements multiples ou souples », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, spéc. p. 362.

¹²¹¹ Voir en ce sens : M. Jorge, *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, Thèse, Paris 1, 1988, Lille : ANRT, 1989, et spéc. § 8 : « dans les règles à rattachement alternatifs le problème n'est pas seulement celui de la délimitation de la compétence des lois », « il s'agit d'assurer la réalisation d'un objectif de droit matériel, voulu par l'auteur de la règle ».

a) *Les rattachements en cascade objet de la loi la plus favorable à la validité de l'institution*

831. Les règles de conflit modernes à rattachements hiérarchisés. Les règles de rattachements modernes multiples ont pour objet de retenir plusieurs rattachements pour une catégorie de rattachement. Néanmoins si ces rattachements peuvent être alternatifs, c'est-à-dire tous compétents, ils peuvent aussi être encadrés, c'est notamment le cas des rattachements dits hiérarchisés. Dans cette hypothèse, les rattachements sont multiples, mais font l'objet d'une hiérarchie c'est-à-dire qu'ils s'appliquent en cascade. Le second rattachement n'est applicable que si le premier rattachement fait défaut. Ces rattachements ont, comme les rattachements alternatifs, été intégrés aux réglementations modernes. A titre d'exemple, il est possible d'évoquer la législation relative à la loi applicable à la responsabilité du fait des produits issue des articles 4 et 5 de la Convention de La Haye¹²¹². L'article 5 prévoit notamment que « nonobstant les dispositions de l'article 4, la loi applicable est (...) ». Par conséquent, il apparaît bien une hiérarchie entre les règles de rattachement, puisque l'article 5 prévaut sur l'article 4. Ce n'est que dans l'hypothèse où la situation juridique ne permet pas de retenir l'article 5 que s'appliquera alors l'article 4 de la Convention.

832. La recherche de la loi la plus favorable. Contrairement aux rattachements alternatifs, les rattachements en cascade restreignent l'application des lois proposées puisque celle-ci sera conditionnée. Il pourrait alors être considéré qu'il s'agit d'un retour vers la méthode classique consistant à ne retenir qu'une seule loi applicable. Néanmoins, l'usage de cette forme de règle de conflit est plus complexe. En effet, « les rattachements sont hiérarchisés ou successifs en ce sens que si le premier désigné ne procure pas un résultat souhaité l'on recourra à un autre »¹²¹³. C'est sur ce point que les rattachements en cascade ne sont pas si éloignés des rattachements alternatifs. S'ils conduisent à encadrer le champ d'application de la loi applicable, c'est essentiellement pour encourager l'application d'une loi qui s'avérera la plus favorable à la situation litigieuse. De plus, en prévoyant d'autres rattachements, la règle de conflit, même hiérarchisée, favorise tout de même la validité de l'institution.

833. Un resserrement justifié par la validité de l'institution. En d'autres termes, les rattachements multiples hiérarchisés encadrent davantage le champ d'application des lois

¹²¹² Convention du 2 oct. 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits.

¹²¹³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 168.

applicables à une situation litigieuse, mais comme les rattachements alternatifs, favorisent la validité de l'institution à laquelle ils s'appliquent. Cependant, toutes les règles à rattachements multiples n'ont pas nécessairement pour résultat de favoriser la validité d'une institution.

b) *Les rattachements cumulatifs par souci d'hostilité eu égard au résultat*

834. Les règles de conflit modernes à rattachements cumulatifs. La multiplicité des rattachements peut conduire à la mise en place de règles à rattachements cumulatifs, lesquels produisent cette fois-ci un effet restrictif. Cette forme de règles implique que « soient satisfaites les conditions de deux ou plusieurs lois »¹²¹⁴. Par conséquent, parmi les rattachements retenus par les règles de conflit, ceux-là doivent être cumulés pour que la loi soit applicable. En reprenant l'exemple de la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, l'article 4 prévoit que « la loi applicable est la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel le fait dommageable s'est produit si cet État est aussi : a) (...) ou ; b) (...) ou ; c) (...) ». Par conséquent, la loi du lieu du fait dommageable ne sera applicable que si un autre élément de rattachement se situe sur le territoire de ce même Etat. Il s'agit donc de restreindre l'application de la loi applicable.

835. La traduction d'une hostilité à l'égard d'une institution. Plus précisément, « les rattachements cumulatifs (...) sont un moyen d'exprimer en matière de conflit de lois l'hostilité qu'un Etat peut éprouver à l'encontre de telle ou telle institution »¹²¹⁵. Par conséquent, il s'agit plus exactement d'une « hostilité envers le résultat »¹²¹⁶. Ainsi, contrairement aux rattachements alternatifs et hiérarchisés, les rattachements cumulatifs peuvent avoir vocation à restreindre le champ d'application des lois applicables pour, cette fois-ci, éviter la validité de l'institution. Toutefois, cela n'est le cas que lorsque ces rattachements sont matériellement connotés. En effet, tel n'est pas le cas lorsqu'il s'agit simplement de rattachements complexes.

836. La remise en cause de la localisation abstraite en faveur d'un résultat à atteindre. Finalement, en comparaison avec la méthode classique, le recours aux rattachements multiples s'y oppose puisqu'il ne conduit pas à appliquer une unique loi applicable, mais en réalité à répondre à un principe de spécialisation eu égard à la diversité des situations internationales. Néanmoins, la fonction de la règle de conflit s'est déplacée vers

¹²¹⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 168.

¹²¹⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 206.

¹²¹⁶ B. Audit, Ch. II, S. III, § 2, B. « La pratique des rattachements multiples ou souples », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, spéc. p. 362.

le résultat à atteindre ce qui paraît sans doute contestable en termes de neutralité. Il convient alors de s'interroger sur l'effet de cette nouvelle fonction puisque si elle remet en cause le caractère abstrait de la règle de conflit, elle évince également le caractère neutre de la règle de conflit classique.

§ 2 – L'EXCLUSION D'UNE LOCALISATION NEUTRE ET EGALITAIRE GENEREE PAR UNE LOCALISATION SUBSTANTIELLE INDIVIDUALISEE

837. La nouvelle fonction de la règle de conflit contemporaine s'illustre par un résultat à atteindre. Or, l'objet de ce résultat consiste à appliquer la loi considérée comme la plus favorable au rapport de droit conformément à une politique substantielle (A). Cependant, cette nouvelle attribution emporte éviction des caractères classiques de la règle de conflit. L'incidence est conséquente puisque toute volonté d'égalité de traitement des situations internationales est écartée (B).

A. LA RECHERCHE DE LA LOI LA PLUS FAVORABLE EN VERTU D'UNE POLITIQUE MATERIELLE

838. L'utilisation d'une nouvelle méthode conflictuelle s'est justifiée par une récente idéologie consistant à rendre applicable, non plus la loi qui présente les liens les plus étroits, mais plutôt la meilleure loi en utilisant de multiples rattachements (1). Effectivement, il s'agissait de faire prévaloir « des objectifs de droit matériel »¹²¹⁷. Ceux-là impliquent de rendre compétente la loi la plus favorable eu égard aux intérêts des particuliers, lesquels demeurent politisés (2).

1) De l'application de la meilleure loi grâce aux rattachements multiples

839. Les règles de conflit modernes ont adopté une nouvelle structure en se déclinant en rattachements multiples. Ce nouvel aspect de la règle a pour conséquence de transformer les règles conflictuelles localisatrices en règles à finalité substantielle (a) dont le but serait d'organiser la compétence de la loi la plus favorable (b).

a) Les règles de conflit contemporaines à finalité substantielle

840. L'instauration de règles à caractère substantiel. Les règles à rattachement multiples, quelle que soit leur déclinaison, conduisent à atteindre un résultat particulier tendant soit à favoriser soit à entraver la validité d'une institution. L'usage de ce type de règles implique que « la localisation n'est plus le motif de l'application de la loi applicable »,

¹²¹⁷ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 498.

il s'agit en vérité du « résultat du rattachement »¹²¹⁸. En d'autres termes, la règle de conflit de lois est fonction d'un résultat matériel. Comme l'expliquaient Batiffol et le Professeur Lagarde, « la localisation objective peut (...) être mise en échec par les Etats eux-mêmes lorsque, pour obtenir dans l'ordre international un certain résultat qui leur paraît souhaitable, ils adoptent une règle de conflit non neutre, qui a pour objectif avoué de désigner un ordre juridique qui permettra d'obtenir le résultat matériel souhaité par l'auteur de la règle de conflit »¹²¹⁹. Ces règles de conflit sont alors qualifiées de « substantielles » puisque ce sont des règles de rattachement qui sont fonction d'un résultat à atteindre. Les règles de conflit contemporaines ont donc consacré une nouvelle fonction à la méthode conflictuelle puisque « la justice du rattachement (classique) s'est harmonisée avec la justice du résultat »¹²²⁰.

841. Le substantialisme permis par la multiplicité des rattachements. Désormais la méthode conflictuelle poursuit, au-delà de la localisation, une finalité substantielle. « La multiplication des critères de rattachement en vue de la réalisation d'un résultat déterminé témoigne parfaitement de l'évolution de la règle de conflit, vers une nature « hybride » entre rattachement localisateur étroit et indication du résultat »¹²²¹. Par conséquent, la règle de conflit à rattachements multiples est orientée vers un résultat à atteindre, mais ce résultat est nécessairement celui de la loi la plus favorable.

b) La recherche de la loi la plus favorable parmi les lois applicables

842. La consécration de la doctrine américaine de Cavers. « De plus en plus, les règles de conflit s'ouvrent à des considérations matérielles, poursuivant des objectifs concrets »¹²²². En effet, la conception moderne du droit des conflits de lois invite à envisager la méthode conflictuelle sous un nouvel angle, notamment prôné par les doctrines américaines¹²²³, et principalement celle de Cavers. Selon sa théorie, « le juge doit tenir compte à la fois des liens plus ou moins étroits des diverses législations en présence avec la situation litigieuse, et du contenu de ces lois »¹²²⁴. En d'autres termes, le juge doit donc tenir compte « pour effectuer (son) choix, de la solution substantielle à laquelle il conduit ». La législation moderne du droit des conflits de lois a donc consacré l'idéologie avancée par

¹²¹⁸ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 472.

¹²¹⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 269.

¹²²⁰ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 8.

¹²²¹ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 291.

¹²²² B. Audit, Ch. II, S. III, § 2, C. « Introduction de considérations matérielles dans les règles de conflit », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, spéc. p. 363.

¹²²³ Cf. *supra* § 209 et s.

¹²²⁴ V. Heuzé et P. Mayer, *op. cit.*, § 138.

Cavers consistant à préférer une loi par rapport à une autre en fonction d'un résultat substantiel.

843. L'application de la meilleure loi. En réalité, le choix opéré par le juge doit conduire à l'application de la meilleure loi¹²²⁵. Il faut entendre par meilleure loi que la règle de conflit doit conduire à l'application de la loi la plus favorable. En effet, en reprenant toutes les sortes de rattachements multiples, il apparaît que leur fonction est de favoriser un résultat. Il s'agit en vérité « de désigner la loi la plus favorable »¹²²⁶. La loi la plus favorable s'illustre à travers une règle de conflit qui favorise expressément « un certain résultat et surtout une certaine personne »¹²²⁷. Or, il s'agit bien de la finalité poursuivie par les rattachements multiples, qu'ils soient alternatifs, cumulatifs, ou hiérarchisés. En résumé, les règles de conflit contemporaines, influencées par les doctrines américaines modernes, sont des règles de conflit substantielles visant à donner compétence à la loi la plus favorable. La question que soulèvent ces nouvelles règles est propre à la qualification de loi la plus favorable. Le problème se pose de savoir ce qu'il faut entendre par loi la plus favorable, ou du moins à partir de quels éléments il peut être déterminé qu'il s'agit de la loi la plus favorable, afin de déterminer si le caractère neutre de la règle de conflit peut se maintenir *via* ce nouveau type de règles.

2) La loi la plus favorable au regard des intérêts privés défendus par chaque Etat

844. La méthode conflictuelle substantielle consiste à donner compétence à la meilleure loi c'est-à-dire la loi la plus favorable. Ce raisonnement devrait alors amener à reconnaître l'application de la loi la plus favorable conformément aux intérêts des particuliers (a). Or, il s'avère que le rattachement à la loi la plus favorable s'entend de la meilleure loi applicable eu égard à la politique législative de chaque Etat (b).

a) La loi prétendument la plus favorable conformément aux intérêts privés

845. La loi la plus favorable eu égard aux intérêts privés. Afin de fonder les règles de conflit contemporaines sur l'idéologie de la loi la plus favorable, il faut déterminer quels étaient le sens et la portée de ce critère de rattachement. De manière générale, il est considéré que « le critère de la *better law* constitue la réplique du principe général du lien le plus étroit sur le terrain des règles de rattachement à caractère substantiel »¹²²⁸. En instaurant un parallèle

¹²²⁵ Cf. *supra* § 221.

¹²²⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 206.

¹²²⁷ B. Audit, Ch. II, S. III, § 2, C. « Introduction de considérations matérielles dans les règles de conflit », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, spéc. p. 363.

¹²²⁸ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 497.

avec la localisation objective, laquelle conduit à garantir les intérêts des particuliers en recourant à une méthode scientifique, il peut être supposé que l'approche matérielle du rapport de droit doit nécessairement être conforme aux intérêts privés. En effet, dans le cadre d'une méthode conflictuelle substantielle mettant en place une multiplicité de rattachements, « la règle de conflit ne remplit plus seulement une fonction de répartition, mais participe comme les règles de fond à la réglementation des intérêts privés ». Par conséquent, la mise en œuvre de ces nouvelles règles de conflit implique de considérer que la loi compétente sera la loi la plus favorable au regard des intérêts privés. Ainsi, quelle que soit la situation, les règles de conflit à rattachements multiples doivent donc être fonction des intérêts des particuliers.

846. La loi la plus favorable eu égard à la conception de chaque ordre juridique.

Cependant, si « l'intérêt – bien compris – des parties est réputé convergent, (il) apparaît plus en relief dans la préoccupation de l'ordre juridique le plus efficace, où l'intérêt général étatique trouve aussi son compte »¹²²⁹. En vérité, la loi la plus favorable ne s'entend pas uniquement à l'égard des intérêts privés, mais également à l'égard des intérêts de l'Etat.

b) La loi véritablement la plus favorable au regard des politiques législatives étatiques

847. La loi la plus favorable au regard d'une politique étatique de droit matériel.

Si la loi la plus favorable pourrait viser réellement les intérêts privés, ce n'est pas le cas. Effectivement, les règles de conflit à rattachements multiples favorisent indirectement les intérêts privés, mais au sens de la politique de chaque Etat. Plus précisément, les règles de conflit à caractère substantiel ont pour but « la réalisation d'une politique de droit matériel propre aux relations internationales »¹²³⁰. Le but de cette nouvelle méthode est d'atteindre un résultat qui consistera à appliquer la loi la plus favorable à la réalisation d'une politique législative étatique. Par conséquent, en servant cette politique, les intérêts des particuliers pourraient être garantis également, mais ils demeurent au second plan. Par exemple, « l'adoption de rattachements alternatifs recouvre (...) le plus souvent une faveur envers la loi du for »¹²³¹. La mise en œuvre d'une telle règle de rattachement conduira donc à appliquer la loi du for afin d'obtenir le résultat souhaité par le législateur. Les règles de rattachements multiples sont donc fonction des politiques législatives étatiques. Autrement dit, elles

¹²²⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 270.

¹²³⁰ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 503

¹²³¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 169.

répondent d'une justice matérielle, et elles peuvent aussi bien être fonction de politiques législatives régionales comme au sein de l'Union européenne.

848. Vers l'irrespect des objectifs de neutralité et d'égalité en raison de la politisation de la discipline. En remarquant que les règles de conflit contemporaines consistent à atteindre un résultat particulier, sous couvert de la loi la plus favorable, et conformément à une politique législative substantielle, il apparaît que la méthode conflictuelle classique est remise en cause eu égard à ses caractères spécifiques. Par conséquent, il semblerait que les règles de conflit contemporaines conduisent à évincer tout respect des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement.

B. L'EGALITE DE TRAITEMENT EVINCEE PAR LA PROMOTION D'UNE JUSTICE MATERIELLE

849. L'utilisation de la méthode conflictuelle moderne ne demeure pas sans répercussion sur le système applicable au droit des conflits de lois. Elle provoque l'éviction des caractères fondamentaux de la règle de conflit classique, ce qui transforme la justice du droit des conflits de lois en justice matérielle (1). Or, une telle modification engendre des conséquences pratiques néfastes supprimant intégralement toute chance d'égalité de traitement entre sujets de droit (2).

1) Le passage d'une justice du droit des conflits de lois à une justice matérielle

850. L'apparition des règles de conflit modernes, sous l'égide d'une approche substantielle des situations litigieuses, a vidé la méthode classique de ses caractères essentiels. En effet, l'élaboration de règles de conflits dont l'objectif à atteindre est un résultat matériel a conduit à la remise en cause du caractère indirect de la règle de conflit (a). En sus, en recherchant précisément l'application de la loi substantiellement la plus favorable, la neutralité de la localisation a été totalement anéantie (b).

a) La remise en cause du caractère indirect de la règle de conflit

851. Le caractère indirect des règles de conflit classiques. En principe, la règle de conflit classique bilatérale est déterminée par son caractère indirect lequel implique « l'existence d'une règle distincte, indépendante ou « extérieure » à la règle, de droit matériel qui fournira (...) la solution de la question posée »¹²³². C'est pourquoi par le biais d'une approche localisatrice, les règles de conflits bilatérales traditionnelles sont qualifiées de

¹²³² P. Lalive, Ch. III, S. III, C. « Caractéristiques du procédé », *op. cit.*, spéc. p. 104.

répartitrices puisque leur fonction est de répartir la compétence des lois en conflit dans l'espace indépendamment de leur contenu matériel. Or, les nouvelles règles de conflit de lois n'assument plus cette fonction.

852. La subordination du caractère indirect à un critère de droit matériel.

Effectivement, « avec la pluralité de rattachements, la règle de conflit ne remplit plus (...) une fonction de répartition »¹²³³ et doit être considérée « comme un facteur de perturbation de la localisation objective »¹²³⁴ puisque son but est « d'obtenir le résultat voulu par l'auteur de la règle de conflit »¹²³⁵. Par conséquent, contrairement aux règles classiques, les règles contemporaines tiennent compte du contenu matériel de la loi applicable, puisqu'un résultat particulier doit être atteint par le biais de la règle de conflit. Plus précisément, « le dénominateur commun à toutes les règles de rattachement à caractère substantiel consiste dans la mise en œuvre d'un critère de droit matériel dans la détermination de la loi applicable »¹²³⁶. Ainsi, la méthode demeure indirecte puisqu'elle ne désigne pas directement des dispositions matérielles applicables à la situation, mais ce caractère est tout de même remis en cause puisqu'il ne s'agit plus simplement de répartir la compétence des lois en conflit. Il s'agit en réalité de donner compétence à une loi au regard de son contenu matériel. C'est pourquoi parmi « l'éventail (...) de lois potentiellement applicables », « la loi applicable est déterminée en fonction de l'effet de droit matériel que la règle de rattachement entend promouvoir dans les relations internationales, et la réalisation de cet intérêt l'emporte sur la localisation »¹²³⁷.

853. Le passage d'une justice conflictuelle à une justice matérielle.

Le caractère indirect ainsi que la fonction localisatrice du rapport de droit sont donc remis en cause par les règles de conflit à rattachement multiples. Plus précisément, la justice conflictuelle serait remplacée par une justice substantielle. En effet, « la justice du droit international privé (...) essaie par des principes posés *a priori* de délimiter l'empire des lois en conflit dans l'espace » tandis que « la justice matérielle conduit à sélectionner directement celles des règles substantielles internes en conflit pouvant mener au résultat le plus juste »¹²³⁸. Par conséquent, en modifiant le caractère indirect de la règle de conflit classique, la justice du droit des

¹²³³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 169.

¹²³⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 204.

¹²³⁵ *Ibid.*

¹²³⁶ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 492.

¹²³⁷ *Ibid.*, § 498.

¹²³⁸ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 7.

conflits de lois a évolué pour défendre une justice davantage matérielle. Par conséquent, la méthode conflictuelle perd son second caractère qui est indissociable du premier c'est-à-dire sa neutralité.

b) *La suppression du caractère neutre de la règle de conflit*

854. Le caractère neutre des règles de conflit classiques. Par nature, la règle de conflit classique bilatérale est neutre c'est-à-dire qu'elle assure, par son caractère indirect, une fonction de localisation objective, indépendante de toute considération subjective, et répondant surtout d'une logique de proximité¹²³⁹. Ainsi, conformément à la justice du droit des conflits de lois, « aucune appréciation directe du contenu des lois en conflits »¹²⁴⁰ n'a lieu lors de l'élaboration de la règle de conflit conformément à son caractère neutre. C'est pourquoi ces règles, par principe, déterminent la loi applicable conformément à des éléments de localisation objectifs et au principe de proximité. Or, l'avènement des règles de conflit modernes, en prenant en compte le résultat matériel procuré par l'application de la règle de conflit ont remis en cause la neutralité de la règle. Par conséquent, « il n'existerait plus une séparation totale entre la notion du Juste dans la justice de droit international privé et la justice matérielle »¹²⁴¹.

855. La disparition du caractère neutre en faveur d'une localisation subjective. Les nouvelles règles de conflit sont qualifiées de substantielles dans la mesure où elles sont orientées « vers un résultat matériel », elles cessent « alors incontestablement d'être neutre(s) »¹²⁴², puisqu'il n'est plus question d'une localisation de proximité. Désormais, les règles de conflit contemporaines inversent le raisonnement en comparaison aux règles classiques. Traditionnellement, « la règle de conflit demeure essentiellement fondée sur des facteurs (...) de rattachement entre lesquels il convient de choisir sans que l'on tienne compte de la teneur respective des lois en conflit »¹²⁴³. De ce fait, le contenu de la loi applicable n'est recherché qu'une fois la loi matérielle désignée¹²⁴⁴. Or, l'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel conduit, à l'inverse, à vérifier « le contenu des lois en conflit pour

¹²³⁹ Cf. *supra* § 777 et s.

¹²⁴⁰ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 8.

¹²⁴¹ *Ibid.*

¹²⁴² B. Audit, Ch. II, S. III, § 2, C. « Introduction de considérations matérielles dans les règles de conflit », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois) », *op. cit.*, spéc. p. 363.

¹²⁴³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 204.

¹²⁴⁴ *Ibid.*

déterminer la loi applicable »¹²⁴⁵. Toute neutralité est donc évincée puisque la détermination de la loi applicable est fonction d'une appréciation subjective consistant à choisir la loi la plus favorable au regard d'une politique législative déterminée.

856. Vers l'anéantissement de tous les objectifs du droit des conflits de lois. Or, en remettant en cause le caractère indirect de la règle de conflit classique, les règles de conflit à rattachements multiples ont supprimé également toute la neutralité sur laquelle était fondée la méthode classique. Cette éviction conduit nécessairement à remettre en cause les autres objectifs de la discipline, et surtout l'égalité de traitement des sujets de droit.

2) L'effacement progressif des objectifs du droit des conflits de lois

857. Les règles de conflit contemporaines, en retirant les caractères fondamentaux de la règle de conflit classique, ont produit de lourdes conséquences, lesquelles réduisent à néant les objectifs de la discipline. D'une part, elles engendrent une fragmentation juridique empêchant toute universalisation et conséquemment toute égalité de traitement (a). D'autre part, elles entraînent à la fois imprévisibilité juridique et insécurité juridique (b).

a) *L'égalité de traitement réduite à néant par la fragmentation du droit*

858. Le substantialisme opposé à l'universalisme. La suppression des caractères fondamentaux de la méthode conflictuelle classique engendre des conséquences néfastes pour la discipline du droit des conflits de lois, et principalement elle bloque l'accès à tout universalisme. En effet, il convient de rappeler que la neutralité de la règle de conflit constitue le préalable à tout universalisme, et donc à toute égalité de traitement. Dans la mesure où la règle de conflit à caractère substantiel est exempte de neutralité, elle ne peut permettre de réaliser une uniformisation du droit. Si « une règle de droit est le fruit d'un compromis, (...) la notion de faveur est antinomique à celle de droit »¹²⁴⁶. La méthode conflictuelle à caractère matériel consiste à donner compétence à la loi la plus favorable c'est-à-dire à rechercher « dans chaque cas (...) la meilleure loi »¹²⁴⁷. Cependant, le curseur d'appréciation de cette loi peut différer d'un Etat à l'autre ou d'une région à l'autre. Effectivement, « tous les systèmes peuvent ne pas approuver la préférence substantielle marquée dans un domaine donné » ce qui

¹²⁴⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 204.

¹²⁴⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 169.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

constitue « un obstacle à la reconnaissance internationale des droits comme à un rapprochement des systèmes par voie de convention »¹²⁴⁸.

859. La remise en cause de l'égalité de traitement. L'introduction des considérations substantielles dans la détermination de la loi applicable implique que « chaque Etat cherche à exporter ses propres conceptions touchant au fond du droit et l'expérience révèle que, dans la grande majorité des cas, l'utilisation des règles à caractère substantiel débouche sur l'application de la loi du for »¹²⁴⁹. Par conséquent, le recours à ce type de règles a pour effet de fragmenter la législation du droit des conflits de lois. Toute « internationalisation du conflit de lois »¹²⁵⁰ devient donc impossible et toute « harmonie internationale des solutions »¹²⁵¹ évincée. Ainsi l'égalité de traitement est remise en cause puisqu'aucune universalisation ne peut plus être espérée, mais il est également affecté au regard du traitement de la loi du for et de la loi étrangère puisque la tendance consiste à donner compétence à la *lex fori*¹²⁵². En vérité, l'égalité de traitement ne peut qu'être effacée puisque les caractères préalables de la méthode classique ont disparu. Or, de la remise en cause de ces caractères, découlent aussi l'imprévisibilité juridique et l'insécurité juridique.

b) L'imprévisibilité juridique et l'insécurité juridique favorisées

860. La fragmentation juridique synonyme d'imprévisibilité juridique. Les règles de conflit à caractère substantiel « constituent une source d'incertitude quant à la solution du conflit de lois »¹²⁵³. Elles tendent à créer une certaine imprévisibilité juridique dans la mesure où elles ont pour effet de provoquer la fragmentation du droit. Effectivement, « toute règle de droit privé tend à réaliser un équilibre entre les multiples intérêts qui s'affrontent dans les relations entre individus ». Cependant « cet équilibre (peut) être situé en un point différent par les divers législateurs », ce qui signifie qu'« aucune solution n'est évidente, que la pesée est complexe, que peut-être les intérêts en présence ne sont pas partout les mêmes »¹²⁵⁴. Ainsi, en recourant à des considérations matérielles, le résultat est fonction de son observateur, et

¹²⁴⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 169.

¹²⁴⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 207.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 270.

¹²⁵² Voir en ce sens : W. Wengler, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *op. cit.*, p. 202, à propos des rattachements alternatifs : « cette dernière inégalité apparaît d'abord dans tous les cas où la règle de conflit, au lieu de donner sans équivoque compétence à la loi de tel ou tel Etat, laisse l'un des adversaires choisir entre les droits A et B, qu'indiquent les critères de rattachement X et Y, celui qui sera appliqué, et par conséquent opter généralement en fonction de ses intérêts » ; « le juge peut d'ailleurs se voir conférer le soin de déterminer la législation favorable à la partie qu'il s'agit d'avantager ».

¹²⁵³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 207.

¹²⁵⁴ V. Heuzé et P. Mayer, *op. cit.*, § 138.

surtout de la politique législative de chaque Etat, ce qui constitue un obstacle à la prévisibilité juridique.

861. La propagation de l'insécurité juridique. De plus, la mise en œuvre de ces règles de conflit à rattachements multiples soulève d'autres difficultés. Il a pu être soulevé notamment qu'en présence de règles à rattachements alternatifs, il n'a pas été déterminé s'il revenait au juge ou aux parties de déterminer la loi compétente¹²⁵⁵. Il a également été avancé que ces règles à rattachements multiples peuvent « conduire au dépeçage d'une institution au plan de la compétence législative, car il est fréquent qu'une loi soit plus favorable sur un point et le soit moins sur un autre »¹²⁵⁶. Finalement, en introduisant un curseur d'appréciation fondé sur l'idéologie de la faveur, le système applicable au droit des conflits ne peut qu'être bancal et varié d'un ordre juridique à l'autre, que celui-ci soit national ou régional. Or, cette diversité engendre, outre la fragmentation législative, de l'insécurité juridique.

862. Le rejet du substantialisme par respect de la justice conflictuelle. Les conséquences engendrées par la méthode conflictuelle contemporaine sont néfastes à la justice du droit des conflits de lois. Or, dans un objectif d'égalité de traitement, cette discipline doit poursuivre une justice conflictuelle puisque son objet consiste à déterminer quelle est la loi applicable dans l'espace à propos d'une situation litigieuse. Il s'agit de sa fonction naturelle, il convient donc de la préserver en rejetant les règles à caractère substantiel puisqu'elles ne peuvent que constituer un obstacle à toute universalisation et toute égalité de traitement.

863. Le maintien incontestable des caractères classiques de la règle de conflit. En conclusion, au regard de la structure complète de la règle de conflit bilatérale, il apparaît que celle-ci détient des caractères spécifiques, lesquels ont subi certaines évolutions au fil des siècles et sous l'influence des doctrines contemporaines. Cependant, l'étude des caractères classiques de la méthode conflictuelle bilatérale invite à considérer que ces derniers sont indispensables à la création d'un système universel et égalitaire. En effet, dans la mesure où l'approche du conflit de lois proposée est essentiellement fondée sur une idéologie de neutralité et d'objectivité, il apparaît que ces caractères sont les plus à même d'emporter l'adhésion unanime de tous les Etats à un système unique de droit des conflits de lois.

864. L'introduction d'une appréciation concrète de la localisation conforme à la spécialisation des situations internationales. Néanmoins, parmi les caractères classiques de

¹²⁵⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 207.

¹²⁵⁶ *Ibid.*

la méthode, l'un d'eux doit être remis en cause, à savoir le caractère abstrait. Effectivement, au regard des inconvénients qu'il présente, il a déjà été évincé par l'adoption de nouvelles règles de conflit dont la structure a varié afin de répondre à un principe de spécialisation. Or, ces nouvelles formes de règles doivent être écartées dans la mesure où elles provoquent l'individualisation des règles de conflit de lois puisqu'elles sont exemptes de neutralité. Cependant, l'idée selon laquelle ces règles doivent se spécialiser et introduire une appréciation concrète de la situation internationale notamment au regard du rattachement choisi est pertinente. Ceci permettrait de mettre un terme à la rigidité du rattachement, et éviterait toute subjectivité. L'appréciation *in concreto* d'une situation juridique est corollaire de toute objectivité fondée sur un principe de proximité. A chaque catégorie de rattachement devrait alors correspondre un rattachement simple répondant d'une localisation de proximité appréciée de façon concrète. C'est pourquoi il est nécessaire d'envisager tous les types de rattachement pouvant être retenus afin de déterminer quel rattachement sera le plus à même de répondre à cette localisation, laquelle devra nécessairement préserver la neutralité de la méthode et l'égalité de traitement qui en découle.

SECTION 2 : LA MAIGRE PROPORTION DE RATTACHEMENTS REpondant DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

865. La confrontation des grandes catégories de rattachement à l'objectif d'égalité de traitement. L'étude approfondie de la méthode bilatérale conduit à envisager les différents types de rattachement auxquels peut avoir recours la règle de conflit afin de déterminer si leur emploi se conforme aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement prônés par ladite méthode. Or, il s'avère que ces rattachements peuvent se distinguer en deux catégories, d'une part, les rattachements classiques, d'autre part, les rattachements modernes.

866. Les rattachements traditionnels. Originellement, les règles de conflit se sont construites en recourant aux rattachements traditionnels issus de l'Ancien Régime dans la mesure où ils s'avéraient parfaitement conformes et adaptés à la systématisation du droit des conflits de lois de l'époque. Cependant, ils demeuraient approximatifs, et fondés sur des considérations relativement anciennes. Par conséquent, ils étaient insuffisants pour permettre l'édification d'un système précis et complet (sous-section 1).

867. Les rattachements contemporains. En réponse à cette approximation, les règles de conflit contemporaines ont évolué alors en recourant à des rattachements davantage individualisés. Cependant, la spécialisation des règles de conflit modernes n'a pas été suffisante pour créer un corpus de règles parfaitement neutre conformément au caractère de la

méthode bilatérale. Ainsi, aucun système universel n'est apparu de cette évolution (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : DES RATTACHEMENTS TRADITIONNELS INSUFFISANTS A UNE SYSTEMATISATION DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

868. En droit positif, certaines règles de conflit de lois se réfèrent à des rattachements dits classiques ou traditionnels dans la mesure où ces rattachements émanent de l'Ancien Régime et datent. Par conséquent, certains rattachements, notamment la loi personnelle et la loi territoriale, systématisés par d'Argentré, constituent des règles positives. En effet, ce sont des rattachements simples et abstraits qui répondent à la nature du rapport de droit en cause, conformément à l'approche préconisée par Savigny (§ 1). Pourtant, si ces rattachements classiques paraissent adaptés à une méthode de localisation scientifique, ils sont, en vérité atteints de nombreuses imperfections qui conduisent à repenser les fondements du système (§ 2).

§ 1 – DES REGLES DE RATTACHEMENT ABSTRAITES CONFORMES A LA NATURE DU RAPPORT DE DROIT

869. Historiquement, les premières règles de conflit bilatérales classiquement admises, se sont révélées sous la forme de rattachements simples, lesquels ont traversé les siècles pour être encore sollicités par le droit positif. Principalement, sous l'Ancien Régime, d'Argentré a opéré une division entre deux catégories de rattachement et leur a attribué un rattachement unique. Ces deux règles de rattachements classiques ont été les fondements sur lesquels a été construit le droit des conflits de lois. C'est pourquoi d'une part, la catégorie de rattachement du statut personnel est, par principe, régie par la loi personnelle. Cependant, si ce rattachement est maintenu, il ne peut répondre avec justesse à une approche scientifique du rapport de droit (A). De la même façon, et d'autre part, la catégorie de rattachement relative au statut réel est encadrée par la loi territoriale qui a naturellement vocation à s'appliquer. Cependant, comme son homologue, ce rattachement doit être condamné à raison de son caractère trop abstrait qui condamne toute approche expérimentale (B).

A. LA LOCALISATION VARIABLE ISSUE DU RATTACHEMENT ABSTRAIT A LA LOI PERSONNELLE

870. Le statut personnel, depuis l'Ancien Régime, est classiquement rattaché à la loi personnelle. Néanmoins, ce rattachement a soulevé de nombreuses difficultés dans la mesure où il est fonction des attributs de la personnalité (1). Pour autant, il a été consacré en droit

positif comme rattachement de principe à l'état des personnes. Cependant, au regard des formes sous lesquelles il peut se décliner, son application est demeurée hétérogène (2).

1) Un rattachement fonction des attributs de la personnalité

871. Classiquement, la catégorie de rattachement relative à l'état des personnes est régie naturellement par le rattachement à la loi personnelle (a). Cependant, l'application de ce rattachement est variable dans la mesure où il peut aussi bien s'entendre de la loi nationale que de la loi du domicile (b).

a) *La vocation naturelle du statut personnel à être régi par la loi personnelle*

872. L'admission de principe du rattachement à la loi personnelle. Postérieurement à la scission classique et historique opérée à l'origine par d'Argentré entre le statut personnel et le statut réel¹²⁵⁷, il a été unanimement considéré en droit des conflits de lois que le statut personnel est soumis à la loi personnelle¹²⁵⁸. Effectivement, si à l'origine les règles de conflit de lois ont été fondées sur les doctrines issues de l'Ancien Régime, elles ont perduré avec le temps. Or, s'il a pu être considéré que ces règles sont exemptes de neutralité et, essentiellement fondées sur des considérations territorialistes ou personalistes, elles ont pourtant pu être justifiées par la doctrine.

873. Une localisation fonction de la personne. Afin d'admettre de manière unanime le rattachement à la loi personnelle à l'égard de la catégorie de rattachement du statut personnel, la doctrine s'est appliquée à démontrer que le processus de localisation c'est-à-dire de détermination du rapport de droit dont l'objet relève du statut personnel conduit à retenir applicable la loi personnelle¹²⁵⁹. En effet, l'apparition de la doctrine de Savigny a conduit à une volonté de créer un système neutre basé sur la localisation du rapport de droit. Par conséquent, à l'égard du statut personnel, il a été considéré que la localisation serait « fondée sur le sujet du rapport de droit »¹²⁶⁰ c'est-à-dire la personne. C'est ainsi que « dans l'ensemble

¹²⁵⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 125.

¹²⁵⁸ P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, § 234.

¹²⁵⁹ P. Louis-Lucas, « Le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes », *TCFDIP* 1946-1948, spéc. p. 96 : « si la personne humaine ne relève pas de la loi du pays où on discute de son statut, c'est pour relever d'une loi qui n'est plus une loi territoriale, mais une loi personnelle, sa loi personnelle, parce que c'est cette loi qui a envers elle un titre souverain » ; « le domaine naturel, même si on entend le réduire au maximum, de la personnalité du droit semble bien demeurer celui du statut même de l'être humain ».

¹²⁶⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 218.

des pays du monde, la localisation des rapports de droit relevant du statut personnel s'effectue en fonction de la personne, c'est-à-dire du sujet dudit rapport »¹²⁶¹.

874. Une localisation conforme au statut personnel. Localiser le rapport de droit en fonction du sujet de droit s'explique, en matière de statut personnel, au regard de la catégorie de rattachement elle-même. Effectivement, c'est parce que la notion d'état des personnes vise aussi bien le statut individuel que le statut familial qu'elle doit être régie par la loi personnelle. Plus précisément, la discipline touchant essentiellement au statut du sujet de droit en tant que tel, la loi personnelle a vocation à s'appliquer naturellement et objectivement. Cependant, retenir la loi personnelle comme unique rattachement est insuffisant dans la mesure où la notion de loi personnelle est variable, mais aussi dans la mesure où la loi applicable à la personne peut répondre de différents objectifs. C'est pourquoi, elle s'illustre au travers de deux éléments de rattachement que sont la nationalité et le domicile¹²⁶².

b) La notion divisée de loi personnelle

875. De la nationalité au domicile. En matière de statut personnel, « la détermination de la loi applicable s'effectue (...) en liaison avec un attribut de la personnalité de son titulaire » c'est-à-dire « la nationalité ou le domicile »¹²⁶³. Par conséquent, « les différents systèmes juridiques sont (...) partagés entre adeptes de la loi nationale et partisans de la loi du domicile »¹²⁶⁴. C'est ainsi qu'« à partir du XIX^{ème} siècle et jusqu'à la fin du XX^{ème} se sont opposés (ces) deux critères »¹²⁶⁵. De manière générale, de nos jours, en vertu de leur culture juridique, « la plupart des pays du continent européen, du Moyen-Orient et d'Extrême-

¹²⁶¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 219.

¹²⁶² Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 55 : « Fondamentalement, l'idée de statut personnel répond à la considération qu'il serait malsain qu'un individu voit son état changer selon le pays où il se trouve : marié dans un pays et célibataire dans un autre, capable dans un pays et incapable dans un autre, ayant pour père telle personne dans un pays et telle autre personne dans un autre. S'agissant de qualités inhérentes à la personne, qui lui sont liées de manière « intime, nécessaire et permanente », il est infiniment souhaitable qu'il existe une continuité de traitement, ce qui suppose que la même loi s'applique malgré les déplacements de la personne concernée d'un pays à l'autre. Autrement dit, il faut retenir un rattachement qui permet de parvenir à une permanence de la loi applicable. A quoi s'ajoute une autre considération, celle de l'importance que revêt en la matière l'autorité des lois. L'état des personnes étant traditionnellement indisponible, les Etats ne pourraient admettre que les individus qui leur sont étroitement liés puissent se soustraire à l'application des dispositions qui les définissent. C'est ainsi, comme le soulignait Henri Batiffol, que la monogamie n'aurait aucun sens dans les pays qui la connaissent s'il suffisait de franchir une frontière pour contracter régulièrement un mariage polygamique. Afin de satisfaire à cette double exigence de permanence du statut et d'autorité de la loi, deux rattachements sont traditionnellement utilisés dans les systèmes laïcs : la nationalité ou le domicile. La nationalité est un rattachement d'allégeance, le domicile un rattachement territorial. Tous deux répondent aux impératifs précédemment relevés car la localisation par la nationalité comme la localisation par le domicile s'inscrivent dans la durée ».

¹²⁶³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 218.

¹²⁶⁴ *Ibid.*, § 220.

¹²⁶⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 195.

Orient »¹²⁶⁶ se positionnent en faveur de la loi nationale, tandis que les « pays anglo-américains et scandinaves ainsi que la plupart des Etats d'Amérique latine »¹²⁶⁷ défendent la loi du domicile. De surcroît, « on souligne traditionnellement que le rattachement par le domicile est utilisé par les pays qui ont à faire face à une immigration importante, l'application de la loi du milieu social effectif préservant l'homogénéité du droit applicable sur le territoire et favorisant l'intégration des étrangers », « à l'inverse, les pays d'émigration sont portés à privilégier le rattachement par la nationalité car, dit-on, cela leur permet de conserver des liens avec leurs ressortissants partis s'établir à l'étranger »¹²⁶⁸.

876. Une division vectrice d'inégalité de traitement. En d'autres termes, la méthode de Savigny a permis d'établir pour une catégorie de rattachement un rattachement unique, à savoir la loi personnelle, laquelle se traduit soit par la loi nationale soit par la loi du domicile. Selon le litige en cause, tout sujet de droit sera bien soumis à sa loi personnelle, mais, en fonction du système de conflit qui jouera, il se verra appliquer sa loi nationale ou la loi de son domicile. Par conséquent, si d'apparence le statut personnel semble traiter tout sujet de droit de la même manière en retenant le rattachement à la loi personnelle, cela n'est qu'un leurre puisqu'en vérité, le sujet de droit sera soumis à l'un ou l'autre des attributs de sa personnalité. C'est ainsi que l'égalité de traitement cesse puisque la loi applicable sera en réalité fonction du système conflictuel applicable à la situation d'espèce. Malgré la rupture d'égalité provoquée par la division quant au rattachement du statut personnel sur le plan doctrinal, la loi personnelle a bien été consacrée en droit positif.

2) Une application en droit positif demeurée hétérogène

877. L'influence de la doctrine sur le droit positif fût incontestable puisque les législateurs nationaux ont reconnu la loi personnelle comme rattachement à la catégorie du statut personnel. Néanmoins, cette reconnaissance n'a pas permis une universalisation du rattachement en pratique (a). De même, si celui-ci a été consacré à l'international, il s'est traduit sous des formes nombreuses et variables (b).

¹²⁶⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 220.

¹²⁶⁷ *Ibid.*, § 220.

¹²⁶⁸ Y. Lequette, *op. cit.*, § 56.

a) *L'illusoire universalisation du rattachement à la loi personnelle par les droits nationaux*

878. Un rattachement divisé entre ces deux attributs par les droits nationaux. Le rattachement de la loi personnelle à l'état des personnes est relativement ancien puisqu'il date de la première systématisation des règles de conflit à l'époque de d'Argentré. La loi personnelle possédant deux attributs s'est répandue sous la forme de deux rattachements : la nationalité et le domicile. Néanmoins, chaque système juridique en droit des conflits de lois s'est doté de son propre rattachement. C'est pourquoi sous l'Ancien Régime, les Etats, essentiellement de tradition territorialiste¹²⁶⁹, ont opté pour le rattachement du domicile. Puis, avec l'avènement du personnalisme¹²⁷⁰ à la fin de l'Ancien Régime et de la codification du droit, certains Etats ont plutôt choisi de rattacher le statut personnel à la loi nationale. Ainsi, les règles de conflit internes de droit positif diffèrent d'un Etat à l'autre en matière de statut personnel.

879. Des attributs fonction de la culture juridique des Etats. De manière globale, les pays européens de tradition civiliste ont choisi le rattachement à la nationalité en matière de statut personnel. Il est possible de citer, à titre d'exemple, la règle de conflit espagnole qui retient également la loi nationale¹²⁷¹. De même, d'autres pays, par l'effet de la colonisation ou de l'imitation, ont retenu la nationalité comme rattachement à la loi applicable au statut personnel, notamment en Amérique latine, en Chine, au Japon, ou encore dans les Etats francophones d'Afrique¹²⁷². En revanche, d'autres Etats, de tradition différente, à savoir les pays de *common law*, ont préféré donner compétence à la loi du domicile. En effet, à la fin de l'Ancien Régime, ces pays ne ressentant pas « le besoin d'unifier leur droit par une codification »¹²⁷³ ont maintenu la tradition fondée sur l'idéologie du territorialisme. C'est pourquoi le Royaume-Uni et les pays de *common law* ont conservé le rattachement au domicile¹²⁷⁴. De même, dans « les colonies de peuplement (...) la loi locale s'est appliquée au

¹²⁶⁹ Cf. *supra* § 35 et s.

¹²⁷⁰ Cf. *supra* § 67 et s.

¹²⁷¹ C. civ. espagnol, art. 9 : « La loi personnelle correspondant aux personnes physiques est déterminée par leur nationalité. Cette loi régira la capacité et l'état civil, les droits et devoirs de famille et la succession pour cause de mort. »

¹²⁷² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 202.

¹²⁷³ *Ibid.*, § 203.

¹²⁷⁴ *Ibid.*

titre de loi du domicile »¹²⁷⁵. Ainsi, « les Etats-Unis, le Canada, l’Australie pratiquent le rattachement au domicile »¹²⁷⁶.

880. Neutralité et d’égalité de traitement mis à mal. Finalement, le statut personnel est bien soumis en droit positif à la loi personnelle mais se décline en deux rattachements : domicile et nationalité. Par conséquent, le monde est divisé en deux strates, l’une favorable à la loi du domicile, l’autre à la loi nationale. C’est ainsi qu’aucune égalité de traitement du sujet de droit ne peut être garantie puisque ce traitement variera selon les Etats impliqués. En sus, il s’agit, une nouvelle fois, de la conséquence d’un manque de neutralité. Le choix des rattachements opéré en matière d’état des personnes est l’objet de la culture juridique des Etats et conséquemment de la politique législative qu’ils poursuivent¹²⁷⁷. C’est pourquoi le rattachement retenu en matière de statut personnel varie selon le type de tradition retenu. Cette discipline est donc divisée entre deux régions du monde, les pays civilistes et les pays de *common law*. Pourtant, malgré cette division des régions, ce rattachement a fait l’objet d’une unification à l’international.

b) Un rattachement international universel sous réserve de formes variables

881. L’extension à l’international d’un rattachement en faveur de la nationalité. Postérieurement à l’Ancien Régime et aux premières systématisations du droit des conflits de lois par les législateurs nationaux, la discipline a été saisie par des organisations internationales¹²⁷⁸. De cette manière, le statut personnel a fait l’objet d’une réglementation à l’échelle supranationale, et notamment par le biais de la Conférence de La Haye. Dans le prolongement des législations internes relatives au statut personnel, la Conférence de La Haye a maintenu la loi personnelle comme rattachement à la discipline, mais a opéré un choix entre nationalité et domicile. Dans la mesure où il « rassemblait (...) les principaux pays d’Europe continentale », le rattachement à la loi nationale « fut (...) systématiquement adopté dans les différentes conventions élaborées en matière de conflit de lois (...) qui avaient pour objet les

¹²⁷⁵ B. Audit et L. d’Avout, *op. cit.*, § 203.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l’inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 311, laquelle évoque à propos de l’identité culturelle que : « la lutte séculaire entre la nationalité et le domicile les préfigure et y participe, car s’y joue la part à faire à la nature ou à la culture, à la naissance ou à la sociologie, dans la détermination du lien d’appartenance d’un individu à l’égard d’une communauté politique ».

¹²⁷⁸ Cf. *supra* § 274 et s.

rapports de famille »¹²⁷⁹. C'est ainsi que le débat fût tranché en faveur de la nationalité. L'avènement d'un système universel aurait pu être propice. Cependant, tel n'a pas été le cas.

882. L'échec de l'universalisation du rattachement à la loi nationale. Premièrement, le critère de la nationalité a posé des difficultés à l'égard des personnes apatrides. C'est pourquoi face à cette difficulté, « les auteurs et la jurisprudence (...) ont estimé que (ce) statut relevait de la loi domicile »¹²⁸⁰. Ainsi, le domicile a été consacré comme rattachement par la Convention de New York du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides¹²⁸¹. Deuxièmement, si, jusqu'à la Première Guerre mondiale, la Conférence de La Haye était composée de pays d'Europe occidentale, cela n'a plus été le cas après la Seconde Guerre mondiale, puisque le Royaume-Uni, les Etats-Unis et d'autres pays de *common law* y ont également participé¹²⁸². Par conséquent, le courant fût inversé et le critère de la nationalité ne fut plus adapté.

883. La réalisation d'un compromis entre les attributs en Europe. De manière générale, si le statut personnel a eu vocation à être régi à une échelle internationale, aucune unification à l'égard d'un seul rattachement n'a en réalité abouti. Une seconde tentative a été opérée par l'Union européenne. En effet, l'organisation internationale a élaboré des règlements européens en matière de séparation de couple. Au regard de l'article 8 du règlement Rome III¹²⁸³, la loi applicable au divorce et à la séparation de corps est celle de « résidence habituelle des époux », puis à défaut celle de la nationalité des deux époux. Par conséquent, le règlement européen a opéré un compromis en retenant les deux rattachements : nationalité et domicile. Il ne s'agit pourtant pas d'une universalisation puisque les rattachements sont hiérarchisés. Par conséquent, l'Union européenne a choisi de faire primer le rattachement du domicile sur celui de la nationalité. De plus, le règlement est le fruit d'une coopération renforcée, ce qui implique que l'Union européenne n'a pas réussi à créer un texte regroupant de manière unanime l'aval de tous ses Etats membres. De cette manière, la portée du compromis réalisé par l'Union est en vérité limitée. En outre, l'Union européenne n'est pas réellement parvenue à un accommodement entre domicile et nationalité, mais plutôt à un ajustement puisqu'elle n'a pas réemployé le terme de domicile, notion de droit, mais de

¹²⁷⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 209.

¹²⁸⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 230.

¹²⁸¹ *Ibid.*

¹²⁸² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 209.

¹²⁸³ Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *Rome III*.

résidence habituelle, notion de fait¹²⁸⁴. Ainsi, l'Union n'a pas réalisé un compromis entre deux rattachements purement abstraits, mais un ajustement afin d'adopter une localisation concrète du rapport de droit, prenant davantage en compte la réalité de la situation internationale.

884. La prise en compte des éléments intrinsèques au rapport de droit nécessaire à toute universalisation. Il convient alors d'en déduire qu'aucun compromis ne peut être réalisé puisque, au regard de la localisation objective du rapport de droit, nationalité et domicile, en sont les éléments intrinsèques en matière de statut personnel. Il s'agit de deux éléments juridiques pouvant être pris en compte pour déterminer quelle est la loi qui présente les liens les plus étroits avec l'individu. L'adoption du critère de résidence habituelle ne participe qu'à une spécialisation du droit conforme à une approche de proximité plus concrète. Ainsi, pour parvenir à une universalisation du droit, les éléments intrinsèques à chaque rapport de droit devraient être pris en compte. Par conséquent, le statut personnel devrait prendre en compte la nationalité, le domicile, mais aussi d'autres éléments intrinsèques à la personne comme le centre autour duquel elle fait graviter ses intérêts. En tout état de cause, le statut réel a été encadré d'une manière similaire à celle du statut personnel.

B. LA LOCALISATION MARGINALE ISSUE DU RATTACHEMENT ABSTRAIT A LA LOI TERRITORIALE

885. De la même façon que le statut personnel, le statut réel s'est vu attribuer un rattachement unique, dont l'application est demeurée naturelle et extensible à d'autres catégories c'est-à-dire les statuts « mixtes ». C'est pourquoi le rattachement à la loi territoriale a été retenu à l'égard de ses catégories conformément à la localisation de l'objet du litige ou de la source de l'obligation (1). Également, comme la loi personnelle, ce critère de rattachement a été consacré sur le plan théorique, et le plan juridique. Cependant, les mêmes critiques lui ont été reprochées puisqu'il demeure trop abstrait et se révèle inadapté à toutes les catégories de rattachement (2).

1) Un rattachement fonction de l'objet du litige ou de la source de l'obligation

886. Parallèlement au statut personnel, le statut réel s'est doté d'un rattachement propre en conformité avec sa nature, à savoir la *lex rei sitae* (a). Ce rattachement, applicable à

¹²⁸⁴ Voir en ce sens : Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 232, à propos de la notion de résidence habituelle : il s'agit d'« un simple instrument de localisation et traduit à cet égard l'intégration de la personne à un milieu social ».

l'objet du litige, s'est étendu à d'autres catégories de rattachement, pour s'appliquer naturellement à la source des obligations (b).

a) *Le rattachement naturel du statut réel à la lex rei sitae*

887. L'héritage du territorialisme de d'Argentré. Comme le statut personnel, l'encadrement du statut réel est issu de « la grande distinction bipartite » systématisée par d'Argentré¹²⁸⁵. Ainsi, il a été considéré que la loi applicable au statut réel est la *lex rei sitae*. Il s'agit de l'héritage de la « tradition territorialiste, dont le principe était la soumission à la loi locale de la plupart des relations juridiques se rattachant au territoire »¹²⁸⁶. Depuis lors, la règle de conflit applicable au statut réel est demeurée.

888. Un rattachement conforme au lieu de situation du bien. De la même manière que pour le statut personnel, la doctrine s'est efforcée de démontrer ce qui justifiait de retenir la loi du lieu de situation comme rattachement à la catégorie de rattachement du statut réel. Dans la mesure où cette règle de conflit est issue des traditions de l'Ancien Régime, elle pouvait paraître critiquable puisqu'elle manquait incontestablement de neutralité. Or, conformément à la doctrine savignienne, la doctrine a pu entériner ce rattachement en expliquant qu'il s'agit de localiser l'objet du rapport de droit. En effet, « lorsque le caractère d'un droit tend à conférer à son objet une importance majeure, c'est en fonction de ce dernier que s'effectue la localisation »¹²⁸⁷. Ce processus est parfaitement juste dans la mesure où l'objet du rapport de droit, en matière de statut réel, est un bien, qu'il soit meuble ou immeuble. Il paraît donc logique, dans une approche localisatrice, de se référer au lieu de situation de ce bien qui répond ainsi à une certaine « homogénéité dans l'espace »¹²⁸⁸. Ce rattachement répond à la nature du rapport de droit qui est en cause.

889. Un critère de rattachement extensif. Dans la mesure où la *lex rei sitae* est parfaitement conforme à la catégorie de rattachement des statuts réels, elle n'a cessé d'être défendue. Néanmoins, l'insuffisance de la distinction bipartite opérée par d'Argentré, a

¹²⁸⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 125.

¹²⁸⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 212.

¹²⁸⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 218.

¹²⁸⁸ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 58 : « Alors que, s'agissant du statut personnel, c'est le souci de permanence, c'est-à-dire d'homogénéité temporelle qui commande la détermination du rattachement, s'agissant du statut réel, c'est le besoin d'homogénéité dans l'espace, d'homogénéité locale qui prévaut. On entend par là qu'il est souhaitable que tous les biens qui sont situés sur un même territoire, dans le ressort du même ordre juridique, soient soumis à la même loi, quel que soit le domicile ou la nationalité des personnes, titulaires de droits sur ces biens. Et autant l'hésitation est permise en ce qui concerne le rattachement susceptible d'assurer la permanence du statut personnel, autant il paraît s'imposer avec la force de l'évidence en ce qui concerne l'homogénéité du statut réel ».

conduit à créer d'autres règles de rattachement pour les rapports juridiques ne pouvant être classés dans les catégories des statuts réel et personnel. C'est pourquoi partant du rattachement au lieu de situation de l'objet du litige, celui-ci a été étendu à la source de l'obligation.

b) *L'extension du rattachement à la lex rei sitae à la source du rapport de droit*

890. L'application de la *lex rei sitae* aux actes et faits juridiques. Dans cette idée de localisation, et pour répondre à d'autres catégories de rattachements, principalement les faits juridiques et les actes juridiques, la *lex rei sitae* a été repensée pour ces rapports d'obligations. Par conséquent, la localisation n'est plus fondée sur l'objet du rapport de droit mais sur la source du rapport de droit. De cette façon la source de l'obligation est devenue déterminante dans la sélection de la loi applicable. En partant de ce postulat sont apparues deux règles traditionnelles. D'une part, les actes juridiques se sont vus soumis au principe *locus regit actum*. Par conséquent, « les contrats ont été considérés comme exclusivement soumis à la loi du lieu où ils étaient passés »¹²⁸⁹. D'autre part, les faits juridiques se sont vus appliquer la *lex loci delicti* conformément à une localisation objective du rapport de droit¹²⁹⁰. Ainsi, « la règle soumettait les délits à la loi du lieu de leur survenance »¹²⁹¹.

891. Un rattachement conforme au lieu de situation de la source de l'obligation. L'établissement de ces deux règles historiques répond, tout comme la catégorie du statut réel, à l'idée de localisation du rapport de droit conformément à sa nature. En effet, le rattachement qui doit naturellement s'appliquer aux obligations est celui de leur source. *A priori*, ces rattachements anciens répondent simplement d'une approche objective et scientifique des rapports juridiques. Cependant, il convient de s'interroger sur la réduction, ou du moins sur le cantonnement de ces rattachements uniques à leur catégorie de rattachement. Leur unicité pourrait ne pas répondre parfaitement à l'idée de localisation la plus proche à raison de la

¹²⁸⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 227.

¹²⁹⁰ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 68 : « L'application de la *lex loci delicti* a, en effet, été très largement consacrée en droit international privé comparé. Outre qu'elle permet une répartition objective des compétences, une telle solution repose sur de solides justifications. En raison de l'impossibilité de localiser le rapport de droit par ses sujets ou son objet, c'est le seul rattachement qu'offre objectivement la matière. Cherchant à rétablir l'équilibre entre deux patrimoines, la responsabilité civile relève du droit applicable au lieu même où cet équilibre s'est trouvé rompu. Mais surtout l'équilibre entre la liberté d'agir et la sécurité des individus que recherchent les règles de la responsabilité civile ne peut être atteint que si elles s'appliquent à l'ensemble des accidents survenus sur le territoire ; il faut pour que les comportements de tous s'harmonisent et ne soient nuisibles à aucun que chacun règle ses actions conformément à la loi du lieu où il agit ».

¹²⁹¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 244.

complexité de certaines situations, notamment en matière d'obligations. Pour autant, ces règles de rattachement ont réussi à traverser le temps pour être consacrées par le droit positif.

2) La consécration juridique de la *lex rei sitae* malgré son caractère inadapté

892. De la même façon que le statut personnel, les règles de rattachement issues du statut réel, défendues par la doctrine, ont été juridiquement reconnues en droit des conflits de lois. D'une part, le rattachement à la loi territoriale a été érigé comme rattachement de principe à l'égard des catégories de rattachement relatives à l'objet ou à la source du rapport de droit par les systèmes nationaux (a). Puis, ce rattachement a fait l'objet d'une spécialisation par les systèmes supranationaux, laquelle s'avérait nécessaire, mais demeurait arbitraire (b).

a) Une reconnaissance de principe en droit international privé interne

893. L'attribution de la *lex rei sitae* au statut réel en droit positif. Indéniablement, le rattachement de la loi territoriale à la catégorie de rattachement du statut réel s'est imposé en droit positif français. En effet, ce dernier « se prononce en faveur de la soumission du statut réel à la *lex rei sitae*, la règle s'appliquant indistinctement au statut des meubles et à celui des immeubles »¹²⁹². Dès 1804, le Code civil, en son article 3, soumet les immeubles à la loi dans le ressort duquel ils se situent¹²⁹³. En revanche, s'agissant des meubles, « les premières codifications (...) n'ont pas formulé de règle de rattachement concernant les meubles »¹²⁹⁴. « Cependant, à mesure que la question du statut des meubles pris individuellement était envisagée, la solution retenue en différents pays fut de les soumettre, comme les immeubles, à la loi du lieu de leur situation »¹²⁹⁵. Par conséquent, le rattachement à la loi territoriale en matière de statut réel fut consacré unanimement par les systèmes conflictuels de droit interne. La même remarque peut être effectuée à l'égard des actes juridiques et des faits juridiques.

894. L'extension de la règle aux actes et faits juridiques en droit positif. S'agissant des actes juridiques, si la règle *locus regit actum* n'a pas été consacrée par le Code civil français, « elle fut appliquée en différents domaines » et « est très largement consacrée en droit positif comparé »¹²⁹⁶. De la même manière, à propos des faits juridiques, la *lex loci delicti*, qui n'a pas été consacrée par le Code civil français, a été reconnue par la Cour de

¹²⁹² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*,

¹²⁹³ C. civ. art. 3 : « Les immeubles, même ceux possédés par les étrangers, sont régis par la loi française ».

¹²⁹⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 221.

¹²⁹⁵ *Ibid.*

¹²⁹⁶ *Ibid.*, § 240.

cassation¹²⁹⁷, et « a été le plus fréquemment consacrée en droit comparé »¹²⁹⁸. Par conséquent, le rattachement à la loi territoriale s'est ancré dans le droit positif national pour chaque catégorie de rattachement avec une forme qui lui est propre et qui semble être conforme à sa nature¹²⁹⁹.

895. Un rattachement inadapté à la spécialisation des situations internationales.

Cependant, si la loi territoriale peut constituer le fondement de ces catégories de rattachement, les déclinaisons sous lesquelles elle s'est illustrée se sont avérées insuffisantes. En effet, en matière de statut réel, la *lex rei sitae* a soulevé des difficultés en matière de biens incorporels puisque ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'une localisation matérielle. De même, les meubles étant susceptibles de déplacement dans l'espace et certains étant par principe mobiles, la *lex rei sitae* est devenue inadaptée en tant que telle. Par conséquent, le rattachement à la *lex rei sitae* en matière de statut réel a dû être adapté à ces situations. Le même constat a pu être effectué à l'égard des actes juridiques et des faits juridiques. En effet si « les actes juridiques sont régis quant à leur forme par la loi du lieu où ils sont passés »¹³⁰⁰, cette règle n'est pas parfaitement transposable quant à leur fond, notamment dans la mesure où le lieu de formation et d'exécution de l'acte peut différer. De la même façon, en matière de faits juridiques, la Cour de cassation est intervenue pour préciser que la *lex loci delicti* s'entend aussi bien du lieu du fait générateur du dommage que du lieu où le préjudice a été ressenti¹³⁰¹. Par conséquent, le rattachement à la loi territoriale a fini par être inadapté face à la spécialisation des situations juridiques. Finalement, ce rattachement a été consacré par les systèmes nationaux, mais a été contraint à une certaine spécialisation dans le but de respecter la nature du rapport de droit en cause. Or, ce processus a été poursuivi à l'échelle internationale.

¹²⁹⁷ Cass., Civ., 25 mars 1948, *Lautour*, préc.

¹²⁹⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 245.

¹²⁹⁹ Voir en ce sens, Cass., Com., 4 nov. 2014, n°12-27.072, *D. actualité*, 19 nov. 2014, note X. Delpech, dans lequel la Cour a considéré que « la responsabilité du banquier tiré, auquel il est reproché d'avoir payé un chèque irrégulièrement endossé, est de nature extracontractuelle », et conséquemment que « la loi applicable est celle du lieu du fait dommageable ».

¹³⁰⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 284.3°.

¹³⁰¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *Gordon*, n°94-16.861, *RCDIP* 1997, p. 504, note J.-M. Bischoff ; *Dalloz* 1997, p. 177, note M. Santa-Croce ; *JCP* 1997, II, p. 22903, note H. Muir Watt ; et par ex. Cass., Civ. 1^{ère}, 27 mai 2010, n°09-65.906, *RCDIP* 2010, p. 702, note D. Bureau ; *Dalloz* 2011, p. 1445, note H. Kenfack ; dans lequel la Cour a considéré qu'« en cas de délit complexe, il s'entend aussi bien du lieu du fait générateur du dommage que de celui de réalisation de ce dernier ».

b) *Une spécialisation nécessaire en droit international privé supranational*

896. Un rattachement spécialisé en fonction de la nature du meuble. Si en matière de statut réel, la règle de rattachement *lex rei sitae* a été admise unanimement en droit international privé interne, d'autres règles de rattachement ont été établies pour les meubles incorporels et les meubles mobiles par nature. Tout d'abord, les meubles incorporels ne peuvent avoir une localisation évidente, par conséquent ils appellent un traitement particulier¹³⁰². C'est pourquoi d'autres solutions que celle applicable au statut réel peuvent être retenues, et « en particulier la protection du droit selon la loi du pays où cette protection est invoquée »¹³⁰³. De cette manière, divers textes internationaux ont été adoptés pour encadrer cette catégorie de rattachement particulière comme la Convention de Berne¹³⁰⁴ ou encore la Convention de Paris¹³⁰⁵. Puis, pour les meubles mobiles par nature, la même démarche a été empruntée. Des textes internationaux ont également été adoptés pour adapter le droit des conflits de lois à ces catégories de biens particuliers. C'est le cas de la Convention de Genève relative aux aéronefs¹³⁰⁶.

897. Un rattachement spécialisé en fonction du contrat et du délit. En outre, ce phénomène d'adaptation s'est propagé à l'égard des actes juridiques et des faits juridiques. Selon le règlement Rome I, les actes juridiques, et plus particulièrement les contrats, sont régis, quant au fond, par une loi particulière selon le type de contrat en cause¹³⁰⁷. Par conséquent, eu égard à l'inefficacité de la loi territoriale en matière de contrats, le droit de l'Union européenne s'est permis d'octroyer à chaque type de contrat un rattachement qui lui est propre. Également au regard du règlement Rome II¹³⁰⁸, les faits juridiques sont toujours régis par la *lex loci delicti* mais le règlement est venu encadrer sa définition. Par conséquent, en vertu de l'article 4 dudit règlement, la loi applicable est en réalité celle sur le territoire duquel « le dommage survient ». Ainsi, il est mis un terme à la duplicité de rattachements issue de la règle de conflit ancienne.

¹³⁰² B. Audit et L. D'Avout, *op. cit.*, § 852.

¹³⁰³ *Ibid.*, § 224.

¹³⁰⁴ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris le 24 juill. 1971.

¹³⁰⁵ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juill. 1967.

¹³⁰⁶ Convention de Genève relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs du 19 juin 1948.

¹³⁰⁷ Voir art. 4 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

¹³⁰⁸ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Rome II*.

898. Un rattachement arbitraire malgré sa spécialisation. Finalement si le rattachement à la loi territoriale s'est maintenu, il s'est avéré inadapté face à la complexité et la spécialisation de certaines situations internationales. C'est pourquoi une analyse concrète du rapport de droit s'est imposée dans ces domaines tendant à modifier cet unique rattachement. Cependant, malgré cette spécialisation conforme à la nature du rapport de droit, il semble que les rattachements retenus par certains textes internationaux demeurent arbitraires. C'est pourquoi malgré l'apparente neutralité des règles de conflit, celles-ci sont une nouvelle fois soumises à la culture régionale qui s'impose. De cette façon, aucune universalisation en ce domaine n'est apparue, et aucune égalité de traitement n'est garantie. En vérité, les règles de rattachement traditionnelles sont simplement affectées par certaines carences qui empêchent d'atteindre un véritable respect de la neutralité de la méthode et de son résultat c'est-à-dire l'égalité de traitement.

§ 2 – DES REGLES DE RATTACHEMENT LACUNAIRES EN TERMES DE LOCALISATION OBJECTIVE

899. La scission de principe entre statut personnel et statut réel ne permet pas de résoudre tous les conflits de lois. En effet, cette distinction est critiquable dans la mesure où les deux rattachements qu'elle retient, en raison de leur caractère très abstrait, sont atteints de nombreux vices (A). De plus, il est des situations dans lesquelles ces rattachements, ou ceux qui en sont issus, sont défaillants. Par conséquent, il est classiquement admis de recourir au rattachement de la loi du for pour pallier cette carence. Pourtant ce choix s'avère assez malencontreux notamment au regard de la philosophie dont il s'inspire (B).

A. DES RATTACHEMENTS VICIES PAR LEUR CARACTERE ABSTRAIT

900. L'utilisation des règles de rattachement classique est justifiée dans leur acception abstraite puisqu'elles se conforment naturellement à leur catégorie de rattachement. Pourtant, en étudiant en profondeur ces règles de conflits, il apparaît que leurs rattachements sont affectés par de nombreuses carences (1). En réalité, ces dernières sont imputables à des défauts inhérents que présentent ces règles de conflit abstraites et auxquels il convient de remédier (2).

1) Les carences imputables aux rattachements traditionnels

901. Si les rattachements traditionnels sont conformes à la nature des rapports de droit qui leur sont soumis, ils sont néanmoins atteints par de nombreuses carences. D'une part, les déclinaisons du rattachement à la loi personnelle ne sont en vérité pas conformes à la nature

du rapport de droit en matière d'état des personnes (a). D'autre part, le rattachement à la loi territoriale est insuffisant dès lors qu'il dépasse le stade de situations juridiques simples pour s'appliquer à d'autres, plus complexes (b).

a) *Le rattachement à la loi personnelle inapproprié en matière de statut personnel*

902. Un rattachement divisé contraire à une localisation scientifique du rapport de droit. S'il est incontestable que le statut personnel est aujourd'hui soumis par nature à la loi personnelle, il est établi que ce rattachement se décline sous diverses formes, principalement la nationalité et le domicile. Il a pu être considéré que les déclinaisons de la loi applicable à l'état des personnes impliquent pour chaque système juridique interne de déterminer laquelle de ces déclinaisons lui convient le mieux¹³⁰⁹. Or, au-delà du frein à l'unification que crée ce choix, cette division du rattachement de la loi personnelle constitue une entrave à la méthode classique conflictuelle. Effectivement, la méthode conflictuelle savignienne préconise une approche scientifique du rapport de droit c'est-à-dire consistant à localiser quelle loi présente les liens les plus étroits avec la situation juridique. Par principe, et conformément à sa nature, le statut personnel présente les liens les plus étroits avec la loi personnelle de l'individu. La loi personnelle de chaque individu est composée de divers éléments et notamment des attributs de la personnalité que sont le domicile et la nationalité. Par conséquent, pour déterminer la loi applicable à un individu en matière de statut personnel, il convient « de déterminer si des attaches significatives relient les individus » avec un Etat en tenant compte « d'autres liens tout aussi significatifs qu'ils pourraient entretenir avec d'autres pays »¹³¹⁰. Il convient ainsi d'établir « le pays de référence » de ces individus¹³¹¹ au regard de tous ses attributs personnels. Cependant, en appliquant les règles de conflit telles qu'elles sont établies en droit positif, le choix est opéré entre le domicile ou la nationalité. Ainsi, ce n'est pas la loi qui présente les liens les plus étroits qui est retenue, mais arbitrairement la loi nationale ou la loi du domicile. Si chacun de ces rattachements présente des avantages, aucun d'eux n'est plus légitime que l'autre au titre de la loi qui présente les liens les plus étroits¹³¹².

¹³⁰⁹ Cf. *supra* § 874.

¹³¹⁰ M. Hunter-Henin, *Pour une redéfinition du statut personnel*, Thèse, Paris 1, 2001, PU Aix-Marseille, 2004, § 599.

¹³¹¹ *Ibid.*

¹³¹² Voir en ce sens : M. Hunter-Henin, « Droit des personnes et droits de l'Homme : combinaison ou confrontation ? », *RCDIP* 2006, p. 743, qui ajoute que si « traditionnellement (...) les questions d'état des personnes et de droit de la famille sont régies par la loi personnelle, entendue comme loi nationale, des intéressés », « le rattachement, aujourd'hui ébranlé, à la nationalité est cependant affecté de défauts et dérogations multiples qui nuisent à la stabilité et l'unité de la matière ».

En réalité, ils n'en sont que des composants qui permettent de déterminer quelle loi est la plus significative.

903. Un rattachement abstrait incompatible avec une localisation de proximité.

Plus précisément, le recours à la nationalité ou au domicile, outre le choix arbitraire, est d'autant plus opposé à une approche localisatrice et concrète dans la mesure où ces deux rattachements sont des notions purement juridiques et ne prennent en aucun cas compte de la situation factuelle en tant que telle. Or, une approche concrète de la situation juridique semble indispensable pour déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits. C'est pourquoi il faut se féliciter de l'introduction de la notion de « résidence habituelle » au sein des règles de conflit européennes. L'intégration de ce concept permet de traiter les situations juridiques avec une approche plus concrète. Pourtant, de la même façon que les rattachements à la nationalité ou au domicile, le choix de recourir à la résidence habituelle est également arbitraire. En d'autres termes, si le rattachement à la loi personnelle est conforme à la nature du rapport de droit en matière d'état des personnes, ses déclinaisons ne peuvent se cantonner à un unique attribut de la personnalité. Chaque rattachement issu de ses attributs n'est pas, en soi, contraire à la nature du rapport de droit, mais il n'y est pas totalement conforme dans la mesure où il évince d'autres éléments intrinsèques à la nature de ce rapport de droit. Cette méthode n'est donc pas scientifique et, par conséquent, ne permettra pas d'établir un système neutre et universel. Une analyse similaire peut être effectuée à l'égard de la loi territoriale.

b) Le rattachement à la loi territoriale insuffisant eu égard aux situations complexes

904. Un rattachement dépassé en droit positif. Si la *lex rei sitae* est le rattachement naturellement applicable en matière de statut réel, son application demeure tout de même limitée. En effet, sous l'Ancien Régime, cette règle de conflit était parfaitement justifiée dans la mesure où la propriété était essentiellement immobilière et les meubles n'étaient envisagés que sous leur forme corporelle. Or, il a pu être constaté que la loi du lieu de situation ne s'adapte plus aussi parfaitement bien aujourd'hui, puisque de plus en plus de biens sont mobiles par nature, et que sont apparus des biens incorporels¹³¹³. C'est pourquoi « il semble préférable de s'en tenir à l'observation (selon laquelle) un rapport de droit n'est naturellement localisé que par son objet quand celui-ci est un bien corporel »¹³¹⁴.

¹³¹³ Cf. *supra* § 895.

¹³¹⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 283.

905. Un rattachement trop abstrait pour répondre d'une localisation scientifique.

Comme la loi personnelle, la loi territoriale est insuffisante à déterminer quelle sera la loi applicable, car il s'agit d'une notion trop abstraite. C'est pourquoi la *lex rei sitae* ne peut se limiter qu'à la catégorie des biens corporels. Ainsi, le statut réel ne devrait sûrement plus être régi par cet unique rattachement pour l'intégralité de sa discipline. Il serait préférable de créer des sous-catégories de rattachement plus adaptées à chaque situation d'espèce. Par exemple, il suffirait simplement d'établir deux sous-catégories de rattachement, l'une relative aux biens corporels, l'autre aux biens incorporels. Le but de ce procédé serait de répondre à une analyse plus précise en termes de localisation du rapport de droit. En affinant les catégories du statut réel, il serait possible, pour chaque catégorie de déterminer quelle sera la loi qui présente les liens les plus étroits, tout en conservant le même fil conducteur : la loi territoriale. En effet, établir des sous-catégories permet de conserver l'idée selon laquelle celles-ci émanent d'une unique et même catégorie, celle du statut réel, dont la nature est conforme à une approche territoriale du rapport de droit.

906. Un rattachement insuffisamment conforme à une localisation de proximité en droit positif. Le même cheminement pourrait être effectué à l'égard des actes juridiques pour déterminer la loi applicable au fond. Il semble que l'Union européenne ait déjà entamé cette démarche dans la mesure où chaque contrat se voit appliquer un rattachement qui lui est propre. Cependant, chaque contrat, étant soumis à un rattachement unique, n'est pas nécessairement soumis à la loi qui présente les liens les plus étroits. C'est pourquoi le règlement Rome I prévoit une clause d'exception mettant en jeu les liens les plus étroits¹³¹⁵. Or, le raisonnement devrait être inverse. Le rattachement applicable devrait être celui des liens les plus étroits, lequel devrait être encadré par des attributs préalablement définis et conformes à sa catégorie ou sous-catégorie de rattachement. En effet, la ligne directrice du législateur doit être par principe, la loi qui présente les liens les plus étroits, et non pas l'exception. Ceci se justifie dans la mesure où seule une approche purement objective et scientifique du rapport de droit permet d'atteindre l'universalisme. Cependant, le législateur européen en adoptant des critères de rattachement de manière arbitraire constitue un frein à l'universalisation du droit.

¹³¹⁵ Art. 4.3 du règlement *Rome I* : « Lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. ».

La même remarque peut être faite à l'égard des faits juridiques puisque le règlement Rome II réserve également le jeu des liens les plus étroits en son article 4. En sus ce règlement peut être soumis aux mêmes critiques que celles applicables au statut personnel puisque le règlement retient que la *lex loci delicti* s'entend de la loi du pays où le dommage survient. Le législateur a donc opéré un choix entre la loi du fait générateur et la loi où le préjudice est ressenti. Or, un tel choix ne devrait pas être opéré puisque la *lex loci delicti* peut s'entendre sous ses deux acceptions. Comme en matière de statut personnel, pour déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits, les attributs de la loi du lieu du délit devraient constituer un faisceau d'indices permettant de déterminer quelle est la loi compétente. Ceci éviterait d'opérer un choix entre deux rattachements qui sont légitimement applicables.

907. Des rattachements abstraits incompetents pour déterminer la loi des liens les plus étroits. En résumé, tant les rattachements issus du statut personnel que ceux du statut réel ne sont pas parfaitement adaptés. Ils répondent difficilement à une approche objective et scientifique des situations juridiques internationales. En vérité ces insuffisances imputables à la scission entre statut personnel et statut réel sont dues à des défauts plus profonds.

2) Les défauts inhérents à l'utilisation des rattachements classiques abstraits

908. Si les rattachements classiques affectés aux catégories de rattachement des statuts personnel et réel sont atteints de diverses carences, ils sont vraisemblablement accablés par certains défauts qui leurs sont propres. C'est en raison de leur manque de neutralité c'est-à-dire de leur subjectivisme que ces rattachements connaissent de nombreuses insuffisances (a). Or, l'adoption de ces rattachements sur la base de considérations identitaires et culturelles conduit à la fragmentation du droit des conflits de lois (b).

a) *Des rattachements identitaires atteints de subjectivisme*

909. Des rattachements abstraits exempts de neutralité. Historiquement lois personnelle et réelle sont issues des traditions régnant sous l'Ancien Régime, à savoir le territorialisme puis le personnalisme. Or, ces deux rattachements, même issus d'aspirations idéologiques de l'époque, peuvent être considérés comme issus d'une méthode scientifique en ce qu'ils répondent parfaitement à la nature même des rapports de droit auxquels ils sont soumis. Par conséquent, la neutralité de ces rattachements ne peut être remise en cause dans leur principe. En revanche, dans leur application, ces rattachements peuvent être contestés. En effet, à raison de leur caractère abstrait ou inadapté, ces rattachements ont dû être affinés sous forme de nouveaux rattachements. Cependant, c'est en adoptant ces nouvelles formes que la neutralité de la règle de conflit a été évincée.

910. Des rattachements fonction de considérations étatiques. Pour reprendre l'exemple du domicile et de la nationalité. Certains Etats vont être favorables à la loi nationale en arguant qu'il s'agit d'un rattachement présentant un caractère de « stabilité » et de « certitude »¹³¹⁶, tandis que d'autres seront adeptes de la loi du domicile considérant qu'elle correspond mieux à l'intérêt de l'émigré¹³¹⁷, puisqu'elle « soumet l'individu à la loi du milieu dans lequel il vit »¹³¹⁸. Par conséquent, le choix entre l'un et l'autre rattachement ne s'opère qu'en fonction des considérations étatiques c'est-à-dire identitaires et culturelles de chaque Etat. Effectivement « le bilatéralisme du statut personnel est l'un de ces partis pris méthodologiques dont le poids historique dispense presque de justifications », « mais derrière le principe du bilatéralisme, se cachent des approches unilatéralistes »¹³¹⁹.

911. Des rattachements non conformes à la nature du rapport de droit. En réalité, si les lois personnelle et réelle peuvent être justifiées conformément à la nature du rapport juridique auxquelles elles s'appliquent, il ne peut en être de même à l'égard de leurs déclinaisons. Le choix entre nationalité et domicile n'est en aucun cas neutre, mais bien l'objet de considérations idéologiques et historiques propres à chaque Etat. C'est pour cela que les pays anglo-saxons, conformément à leur tradition juridique et historique, sont favorables à la loi du domicile, et à l'inverse les pays civilistes à la loi nationale. Par conséquent, en déterminant un rattachement abstrait propre à une catégorie de rattachement, le législateur a laissé une brèche dans laquelle il s'est engouffré pour établir des règles de conflit, qui ne sont pas par principe contraires à la nature du rapport de droit, mais qui en aucun cas n'y sont parfaitement conformes. La ligne conductrice du législateur doit nécessairement demeurer objective et scientifique pour parvenir à un système à vocation universelle traitant de manière égalitaire tout sujet de droit. Or, en optant pour une approche différente, les règles de conflit se sont fragmentées.

b) Des rattachements subjectifs favorables à la fragmentation du droit

912. La fragmentation du droit engendrée par une localisation abstraite et subjective. Adopter des règles de conflit sur la base de traditions historiques et culturelles constitue un obstacle à l'unification du droit des conflits de lois. C'est pourquoi il serait préférable de revenir à une approche plus scientifique à même d'emporter l'assentiment de

¹³¹⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 196.

¹³¹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 225.

¹³¹⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 200.

¹³¹⁹ M. Hunter-Henin, *Pour une redéfinition du statut personnel, op. cit.*, § 595.

tout Etat. De plus, si, en droit positif européen, certains textes ont réussi à être élaborés en matière de statut personnel, ils ne sont que très rares et, parfois, n'emportent même pas l'approbation de tous les Etats membres de l'Union européenne. Au contraire, en matière d'actes juridiques et de faits juridiques, l'association des Etats a été plus prépondérante, et ceci probablement à raison des clauses d'exception prévues par les règlements.

913. Vers une localisation concrète et objective du rapport de droit conforme au principe de proximité. Il en ressort que les règles de rattachement classiques, notamment à raison de leur caractère abstrait, ont pour défaut de mettre de côté la méthode scientifique et objective préconisée par le bilatéralisme classique. Le principe doit bien être celui de la loi des liens les plus étroits envisagée de manière plus concrète à l'aune du principe de proximité¹³²⁰. Il convient simplement d'encadrer chaque rattachement conformément à la nature de la catégorie de rattachement auquel se rattache le rapport de droit. Seule une méthode neutre et basée sur une approche localisatrice du rapport de droit peut permettre un traitement universel et donc égalitaire du sujet de droit. C'est pourquoi les règles de conflit de principe issues de l'Ancien Régime se révèlent inadaptées, ou du moins mal adaptées à la société contemporaine. Il en est de même des règles de conflit subsidiaires traditionnelles, notamment du rattachement à la loi du for.

B. DES RATTACHEMENTS SUPPLEES ARBITRAIREMENT PAR LA *LEX FORI*

914. Il est des hypothèses dans lesquelles aucun rattachement prévu par la règle de conflit ne peut être déterminé dans une situation d'espèce. Pour répondre à un objectif de sécurité juridique, il a été inévitable d'établir un rattachement suppléant. Pour cela, il est de principe de recourir à la loi du for considérant que son recours est *a priori* nécessaire (1). Pourtant, son utilisation semble plutôt contestable tant elle s'inspire d'une idéologie davantage unilatéraliste (2).

¹³²⁰ Voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 25, laquelle expose notamment que le schéma classique imaginé par Savigny « repose sur un rattachement fixe ou rigide, opéré en considération d'un élément dont la qualité particulièrement localisatrice au regard de la nature du rapport de droit envisagé est reconnue *in abstracto* », tandis que la seconde méthode, « théorisée par la doctrine contemporaine sous l'appellation « principe de proximité », repose sur un rattachement souple qui requiert du juge l'identification *in concreto* de la loi qui présente les liens les plus étroits avec le rapport de droit. Il n'y a donc pas formellement d'élément de rattachement prédéterminé, mais une simple directive offerte au juge ». Ainsi, c'est en raison de la souplesse qu'offre le rattachement aux liens les plus étroits, par rapport à la méthode classique, qu'il convient de soutenir une localisation concrète du rapport de droit sous l'office du principe de proximité. De cette façon, la rigidité de la règle de conflit disparaît et elle permet d'aspirer plus largement à l'universalisme. D'ailleurs, elle poursuit en ajoutant que « si le rattachement rigide confère plus de prévisibilité et donc de sécurité juridique aux parties, il risque ponctuellement de conduire à l'application d'une loi qui répond insuffisamment aux exigences de proximité ».

1) Le recours subsidiaire *a priori* nécessaire à la loi du for à défaut de rattachements

915. La loi du for constitue un rattachement subsidiaire auquel il est recouru lorsque tous les rattachements prévus par la règle de conflit font défaut (a). Il est alors considéré que ce choix de rattachement suppléant est parfaitement nécessaire à la résolution des situations juridiques litigieuses (b).

a) L'application subsidiaire de la loi du for en cas de déficience des rattachements

916. La vocation subsidiaire de la *lex fori*. Classiquement, il est reconnu à la loi du for « une vocation subsidiaire » d'application¹³²¹. En pratique, il est des cas dans lesquels les rattachements prévus par la règle de conflit ne permettent pas de retenir la compétence d'une loi parce que ces rattachements en l'espèce font défaut. C'est pourquoi il est donné à la loi du for une compétence subsidiaire. Celle-ci peut être reconnue expressément par la règle de conflit. Il peut être fait référence à la jurisprudence *Rivière*¹³²² de la Cour de cassation selon laquelle « les effets du mariage sont soumis à la loi nationale commune des époux et, à défaut de nationalité commune, à la loi de leur domicile commun, la loi du for s'appliquant en l'absence de domicile commun »¹³²³. Dans cette hypothèse, la jurisprudence a prévu explicitement qu'en cas de défaillance des éléments de rattachement imputables aux effets du mariage, serait applicable la loi du for.

917. Une vocation subsidiaire générale. En réalité, il est communément admis que la loi du for a vocation à s'appliquer dès lors que les éléments de rattachement d'une règle de conflit font défaut. Il n'est pas nécessaire que la règle de conflit prévoie ce rattachement subsidiaire. Les hypothèses les plus fréquentes visent le statut personnel, notamment lorsque le rattachement retenu est celui de la nationalité¹³²⁴. Par exemple, un apatride, en l'absence de nationalité, se référera à la loi du for et non pas à la loi nationale. C'est pourquoi par principe, « la loi française a vocation à régir toute relation privée »¹³²⁵. De plus, si les hypothèses sont fréquentes en matière de statut personnel, elles peuvent se décliner dans d'autres catégories de rattachement. Il est en effet possible que la localisation de l'objet du litige ou de la source de l'obligation soit indéterminée au regard de l'élément de rattachement retenu par la règle de

¹³²¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 346.

¹³²² Cass., Civ. 1^{ère}, 17 avr. 1953, *Rivière*, préc.

¹³²³ Y. Lequette, *op. cit.*, § 57.

¹³²⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 347.1^o.

¹³²⁵ *Ibid.*, citant l'arrêt *Bisbal*, Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 1959, *RCDIP* 1960, p. 62, note Batiffol ; *JDI* 1960, p. 810, note Sialelli ; *Dalloz* 1960, p. 610, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1960, II, p. 11733, note Motulsky ; *GAJFDIP*, n°32-34.

conflit, il conviendra donc d'appliquer à ce rapport de droit la loi du for. Il semblerait donc que l'application subsidiaire de la loi du for soit une nécessité.

b) *La vocation subsidiaire de la loi du for a priori justifiée par nécessité*

918. Un rattachement facteur de sécurité juridique. L'application subsidiaire de principe de la loi du for, en cas de défaillance des rattachements applicables, est parfaitement défendable. En effet, dans l'hypothèse d'un vide juridique, il est absolument nécessaire de prévoir un rattachement de secours pour pallier les carences qui se sont produites. En termes de sécurité juridique, il est indispensable de prévoir un rattachement subsidiaire pour garantir à chaque situation juridique une solution effective. De plus, le choix de la loi du for comme rattachement suppléant peut se défendre puisqu'elle « n'a pas de limite spatiale » et « peut englober tous les faits qui viennent à la connaissance du juge, quel que soit le lieu où ils sont nés »¹³²⁶. Par conséquent, partant de ce postulat, l'application de la loi du for serait parfaitement justifiée. En sus, il est des cas où « la localisation dans l'espace peut aussi, tout en étant établie, faire défaut comme élément de rattachement parce qu'elle ne donne compétence à aucune loi », « c'est le cas de la haute mer »¹³²⁷.

919. Un rattachement contraire à une approche localisatrice du rapport de droit. Cependant, le recours à la loi du for est en parfaite opposition avec une approche conflictuelle bilatérale indispensable à toute égalité de traitement. En effet, le choix de la loi du for ne peut conduire qu'à une solution arbitraire, qui dépendra simplement du juge saisi. Par conséquent, il semble que le choix de recourir à ce rattachement soit limité.

920. Un rattachement consécutif à la rigidité des rattachements abstraits. Une nouvelle fois, le rattachement subsidiaire à la loi du for est nécessaire parce que les rattachements positifs sont des critères de rattachement, la plupart du temps, arbitraires et rigides. L'exemple du statut personnel est le plus adapté puisque, dans la mesure où la règle de rattachement retient soit la loi nationale, soit la loi du domicile, alors il est indispensable de prévoir un rattachement subsidiaire dans le cas où l'un de ces rattachements fait défaut. Or, si le rattachement à l'état des personnes consistait en la loi des liens les plus étroits, laquelle serait encadrée par un faisceau d'indices, comprenant notamment nationalité et domicile, il semblerait qu'il ne soit plus nécessaire de recourir à la loi du for en tant que rattachement subsidiaire. Aucun vide juridique ne pourrait se produire puisque la détermination de la loi

¹³²⁶ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 134.

¹³²⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 348.

applicable aboutirait nécessairement, et ceci en vertu d'une analyse du faisceau d'indices mis en place, ou plus précisément des points de contact existants. Finalement, le rattachement à la loi du for est nécessaire parce que la plupart des rattachements positifs ne répondent pas réellement à un objectif de localisation du rapport de droit, ou du moins, ils y répondent de façon trop arbitraire. C'est pourquoi le recours à la loi du for en tant que rattachement subsidiaire est parfaitement contestable.

2) Le contestable recours à la loi du for en tant que rattachement subsidiaire

921. Utiliser le rattachement à la loi du for comme complément en cas de défaillance des rattachements de la règle de conflit est vraisemblablement critiquable. D'une part, un tel procédé conduit à favoriser les intérêts de l'ordre juridique du for et de ses sujets, mais en aucun cas à avantager les intérêts privés de manière générale (a). D'autre part, le recours à ce rattachement, par l'individualisme dont il s'inspire, provoque inéluctablement une fragmentation du droit des conflits de lois et plus précisément du traitement des situations juridiques internationales (b).

a) *Un rattachement favorable aux intérêts de l'ordre juridique du for*

922. Un rattachement orienté uniquement par les intérêts du for. Le recours à la loi du for en tant que rattachement subsidiaire est parfaitement contestable dans la mesure où il s'oppose parfaitement à la méthode classique bilatérale. Il pourrait même être considéré que le recours à ce rattachement est plutôt d'inspiration unilatéraliste. Effectivement, en retenant comme critère de rattachement subsidiaire la loi du for, la règle de conflit aura nécessairement tendance à favoriser les intérêts de son propre ordre juridique. Retenir la loi du for comme rattachement revient à garantir les intérêts de l'ordre juridique du for, et indirectement des individus qui le composent. En revanche, ce rattachement n'aura pas, par principe, vocation à garantir les intérêts privés de tout sujet de droit. Comme l'a affirmé Lerebours-Pigeonnière, « dans la réglementation de l'ordre juridique de la vie privée, qui dépend de sa souveraineté, (...), l'Etat a l'obligation naturelle de faire régner un ordre conforme à la justice et à la morale et non pas l'obligation de subordonner *a priori* l'ordre juridique applicable par ses tribunaux à celui d'autres Etats déterminés »¹³²⁸. Par conséquent, l'application subsidiaire de la loi du for aura pour conséquence de régir le rapport de droit en cause conformément aux intérêts de

¹³²⁸ P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, § 45.

l'ordre juridique du for, peu importe que d'autres ordres juridiques puissent être mis en cause dans la mesure où la situation litigieuse présenterait des points de contact avec ces derniers.

923. Un rattachement arbitraire exempt de neutralité. Il paraît critiquable de considérer que sous prétexte qu'un rattachement n'est pas applicable, soit appliquée la loi du for alors que la situation litigieuse présenterait des points de rattachement avec d'autres ordres juridiques. Il s'agit incontestablement d'un rattachement arbitraire et exempt de neutralité dont la vocation tend à léser les intérêts des particuliers, puisque chaque situation internationale est traitée de manière différente d'un ordre juridique à l'autre.

b) Un rattachement réfractaire à l'universalisation du droit

924. Un rattachement unilatéral vecteur d'inégalité de traitement. Dans l'hypothèse où chaque système juridique retient comme rattachement subsidiaire la loi du for, cela signifie que chaque ordre juridique, dès lors que sa règle de rattachement ne peut être mise en œuvre en raison d'un défaut de rattachements, appliquera sa propre loi. Il s'agit d'un retour de la philosophie unilatéraliste au sein du système conflictuel. Or, la conséquence néfaste d'un tel système est de construire un système totalement fragmentaire et tourné vers une certaine individualisation du droit. Chaque ordre juridique appliquera sa propre loi, et par conséquent chaque sujet de droit sera traité de manière différente en fonction du tribunal qu'il aura saisi. L'égalité de traitement est alors de nouveau impactée et conduit à sa rupture. C'est pourquoi le rattachement à la *lex fori* de manière subsidiaire doit être rejeté.

925. La réformation nécessaire des rattachements classiques. Finalement, de manière générale, les rattachements classiques, notamment en raison de leur caractère abstrait, doivent être rejetés puisqu'ils ne sont pas neutres et ne respectent pas une localisation scientifique du rapport de droit fondé sur une idée de proximité. Par conséquent, ils motivent une inégalité de traitement des situations internationales et empêchent toute universalisation du droit. C'est pourquoi il convient de réformer ces rattachements en adoptant une localisation concrète du rapport de droit répondant du principe de proximité afin d'atteindre l'égalité de traitement recherchée. En tout état de cause, ces rattachements ont évolué de façon à être plus individualisés.

SOUS-SECTION 2 : L'INDIVIDUALISATION DES RATTACHEMENTS CONTEMPORAINS IRRESPECTUEUSE D'UNE LOCALISATION OBJECTIVE

926. Le droit des conflits de lois s'est doté de diverses règles de conflit depuis l'instauration des rattachements classiques entre loi personnelle et loi réelle. En effet, au

regard des difficultés que ne pouvait résoudre le recours à ces règles de conflit classiques, les règles de rattachement modernes se sont construites sous l'égide de nouveaux principes : la spécialisation et la proximité (§ 1). Par conséquent, les règles de rattachement positives sont, en principe, spécialisées et individualisées, conformément à une localisation concrète du rapport de droit. Cependant, elles tendent, malheureusement à devenir des règles de rattachement partiales (§ 2).

§ 1 – L'AVENEMENT DE RATTACHEMENTS FONDES SUR LES PRINCIPES DE SPECIALISATION ET DE PROXIMITE

927. Au regard des carences imputables à la scission des statuts réel et personnel, les règles de rattachement traditionnelles ont subi des évolutions, et ont justifié la création de nouvelles règles. Or, pour pallier les défauts des règles traditionnelles, les règles contemporaines ont été avant tout individualisées de manière à adapter toutes les règles de droit aux situations juridiques internationales (A). De plus, pour mettre un terme aux difficultés que pouvait poser le caractère abstrait des règles classiques, les règles modernes ont été élaborées à l'aune d'une nouvelle directive : le principe de proximité. C'est ainsi que les règles de rattachement contemporaines sont issues, en principe, d'une localisation concrète du rapport de droit (B).

A. L'ELABORATION D'UN CORPUS DE REGLES DE RATTACHEMENT INDIVIDUALISEES

928. Si le droit des conflits de lois a été encadré par des règles de rattachement classiques, il a ensuite été entrepris par des règles plus contemporaines. En effet, postérieurement à l'Ancien Régime, une approche moderne des règles de conflit est apparue pour donner naissance à une nouvelle conception des règles de rattachement. Il s'agit désormais d'individualiser chaque règle de rattachement en fonction d'une catégorie de rattachement spécifique conformément à la nature du rapport de droit en cause (1). Or, cette nouvelle appréhension du droit des conflits de lois s'est propagée en droit positif. Par conséquent, les règles de conflit contemporaines se sont développées sur les bases des règles classiques pour les dépasser par la suite (2).

1) L'individualisation des rattachements en fonction d'une catégorie spécifique

929. Si les rattachements classiques se sont imposés en droit positif et ont laissé des traces, des rattachements plus contemporains ont vu le jour. En effet, en adoptant une approche plus moderne des règles de rattachement, celles-ci ont fait l'objet d'une individualisation conformément à la nature du rapport de droit auquel elles s'appliquent (a).

De cette manière, chaque règle de rattachement moderne a été conçue en fonction de la catégorie de rattachement à laquelle elle répond (b).

a) *La singularisation des rattachements conformément à la nature du rapport juridique*

930. L'individualisation du rattachement d'après la doctrine de Savigny.

Originellement, le droit des conflits de lois s'est fondé sur la base d'une scission entre statuts réel et personnel. Au regard de cette distinction s'est construite « une méthode analytique (...) qui reste assez grossière puisqu'elle part d'une classification des lois ou « statuts » en deux ou trois catégories seulement »¹³²⁹. C'est pourquoi la méthode ne pouvait qu'évoluer notamment grâce à l'intervention de Savigny. La doctrine savignienne préconisait de déterminer pour chaque rapport de droit, son siège, conformément à sa nature. Dès lors, le théoricien, à l'époque, a examiné « les différentes catégories de rapports de droit caractérisant les systèmes modernes d'origine romaniste (état des personnes, droits réels, obligations, successions, mariage, puissance paternelle, tutelle) et, pour chacune d'entre elles, il (a déterminé) le système juridique auquel elle est logiquement reliée »¹³³⁰. C'est ainsi qu'est apparue l'idée selon laquelle chaque rapport de droit devait être individualisé conformément à sa nature. Chaque situation juridique doit donc être rattachée à une catégorie de rattachement à laquelle correspond un rattachement propre.

931. Une individualisation conforme à la nature du rapport de droit.

Conformément à la doctrine de Savigny, le droit positif moderne s'est détaché de la simple trilogie de catégories de rattachement pour reconnaître d'autres catégories de rattachement. Il s'agissait donc d'individualiser les règles de conflit conformément à la nature du rapport de droit. Par conséquent, le juge, dans chaque situation juridique, va consulter son système de droit des conflits de lois lequel est composé de règles de rattachement visant respectivement une catégorie de situations internationales¹³³¹. Or, ces catégories de rattachement correspondent, en principe, aux piliers de l'ordre civil qui soutiennent la société¹³³². Ainsi, pour chaque catégorie, un rattachement particulier doit lui être approprié, et ceci conformément à sa nature.

¹³²⁹ P. Lalive, Ch. III, S. III, D. « Méthode et objet du rattachement », *op. cit.*, p. 112

¹³³⁰ E. Vitta, Ch. I, I. « Origine historique », *op. cit.*, p. 29.

¹³³¹ P. Lalive, Ch. III, S. II, B. « La règle nationale de droit international privé matériel a-t-elle un caractère « indépendant » ? », *op. cit.*, p. 96.

¹³³² Y. Lequette, *op. cit.*, § 54.

b) *Un rattachement approprié à la fonction de sa catégorie de rattachement*

932. L'individualisation d'un rattachement propre à chaque catégorie de rattachement. En principe, en application de la doctrine de Savigny, « la règle de conflit incarne la présomption que, quels que soient les rattachements effectifs d'une situation donnée, le rattachement prédéterminé conduira à l'ordre juridique dont elle est la plus proche »¹³³³. Par conséquent, l'approche moderne des règles de conflit, fondée sur la doctrine savignienne, consiste à déterminer pour chaque catégorie de rattachement, par une localisation abstraite du rapport de droit, le rattachement le plus proche. Le rattachement doit être le plus adéquat pour désigner la loi applicable à un type de rapport juridique¹³³⁴. C'est pourquoi si « la règle de conflit de lois se (matérialise) par un enchaînement catégorie-rattachement », « il est évident qu'il existe un lien étroit, voire une sorte d'interaction, entre les deux »¹³³⁵. C'est ainsi que le rattachement choisi sera celui considéré comme le plus proche au regard de la catégorie de rattachement à laquelle il appartient. Ainsi, en individualisant chaque rattachement en fonction de sa catégorie de rattachement, il est apparu, en droit positif, que le « rapport de droit peut (...) être localisé en tenant compte, soit de son sujet, soit de son objet, soit de sa source »¹³³⁶.

933. Une individualisation plus conforme à la réalité des situations internationales. Théoriquement, cette nouvelle approche de la construction de la règle de conflit ne peut être que félicitée dans la mesure où elle favorise une approche plus réaliste, c'est-à-dire objective, des situations juridiques. L'individualisation des situations juridiques dans des catégories de rattachement propres ne peut que favoriser un traitement plus juste du sujet de droit. C'est pourquoi cette méthode a été poursuivie en droit positif pour compléter les rattachements classiques déjà appliqués.

2) **Les rattachements classiques approfondis par la création de rattachements spécifiques**

934. Au regard de la méthode proposée par Savigny, les législateurs se sont saisis de sa philosophie pour proposer de nouvelles règles de conflit. C'est ainsi, qu'en s'appuyant sur sa doctrine, les règles de rattachement classiques ont été approfondies par le droit positif (a), mais également que de nouvelles règles de rattachements ont été élaborées. Ces dernières ont

¹³³³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 167.

¹³³⁴ Y. Lequette, *op. cit.*, § 54.

¹³³⁵ *Ibid.*

¹³³⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 218.

alors été créées spécifiquement par rapport à la catégorie de rattachement à laquelle elles se rattachent (b).

a) *L'approfondissement des règles de rattachement classiques par le droit positif*

935. L'individualisation des rattachements classiques. L'étude des règles de conflit modernes permet de constater que les règles de conflit traditionnelles n'ont pas été éradiquées par le droit positif. En effet, notamment en matière de statut réel et de statut personnel, les règles classiques sont maintenues¹³³⁷. Cependant, si les règles classiques ont été maintenues, elles ont tout de même été individualisées pour répondre plus parfaitement à la nature juridique du rapport de droit en cause. Cela a notamment été le cas, en matière de statut réel, à l'égard des biens incorporels ou des biens mobiles par nature¹³³⁸.

936. La spécialisation du statut personnel en sous-catégories. Plus particulièrement la catégorie du statut personnel est l'exemple parfait. Si dans son principe, la catégorie du statut personnel est régie par la loi personnelle, elle fait aujourd'hui l'objet de sous-catégories de rattachement qui se divisent de la manière suivante : le nom, la capacité, le couple, et la filiation. Par conséquent, pour chacune de ces sous-catégories est attribuée une règle de rattachement qui lui est propre. Plus précisément, même parmi ces sous-catégories de rattachement, d'autres sous-catégories peuvent avoir été envisagées pour répondre précisément à la nature du rapport de droit. Si l'on prend la catégorie de rattachement relative au couple, elle possède une catégorie propre au mariage, qui possède elle-même deux sous-catégories, l'une relative à la formation et l'autre aux effets du mariage. Puis, parmi la catégorie propre à la formation du mariage, se trouvent deux autres catégories, l'une relative aux conditions de forme, l'autre aux conditions de fond¹³³⁹. Un tel découpage est nécessaire, car formation et effets du mariage possèdent une nature différente, tout comme les conditions de forme et les conditions de fond du mariage n'ont pas une nature identique. C'est pourquoi il semble justifié d'avoir recours pour chacune de ces catégories à une règle de rattachement spécifique, c'est-à-dire une règle de rattachement qui lui est propre. Ce procédé employé à

¹³³⁷ Cf. *supra* § 871 et 886.

¹³³⁸ Cf. *supra* § 895.

¹³³⁹ C. civ. art. 202-1 : « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180. 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'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet » ; art. 202-2 : « Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu ».

l'égard des règles de conflit traditionnelles s'est développé plus généralement pour permettre la création de règles de rattachement propres aux nouvelles catégories de rattachement issues de la mise en œuvre de la méthode savignienne.

b) L'attribution d'un rattachement spécifique à chaque catégorie de rattachement

937. La spécialisation des rapports de droit en catégorie de rattachement dès l'Ancien Régime. Si le système applicable en droit des conflits contemporain s'est construit sur les fondements issus de l'Ancien Régime, il s'est prolongé par la création de catégories de rattachement spécifiques. Si aux côtés des statuts réel et personnel, sont apparus les catégories de rattachement des actes juridiques et des faits juridiques, d'autres ont également émergé. En effet, dès l'époque de d'Argentré, celui-ci s'était aperçu « qu'il était impossible de classer toutes les institutions en fonction de la distinction bipartite du statut réel et du statut personnel »¹³⁴⁰. C'est pourquoi il avait envisagé « une troisième catégorie, celle des statuts mixtes dans laquelle il faisait entrer les statuts concernant à la fois les personnes et les biens »¹³⁴¹. En vérité, le droit contemporain a donné à ces catégories dites mixtes une réelle effectivité.

938. Une spécialisation accentuée en droit contemporain. A titre d'exemple, certaines situations juridiques comme les obligations alimentaires sont difficiles à classer dans la mesure où elles touchent à la fois des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux. De plus, les obligations alimentaires peuvent toucher à différents rapports de droit, il peut s'agir d'une obligation alimentaire entre époux comme d'une obligation alimentaire entre parents et enfants. C'est pourquoi la Cour de cassation, à l'occasion d'un litige entre époux camerounais « a intégré la contribution aux charges du mariage à la catégorie des obligations alimentaires telle que conçue par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires » impliquant toute exclusion à « la catégorie (...) des effets du mariage »¹³⁴². Par conséquent, cet exemple permet de démontrer que les obligations alimentaires de quelle que façon qu'elles se représentent, constituent une institution particulière en droit international privé, auxquelles il convient d'accorder une catégorie de rattachement propre. C'est ainsi qu'en droit positif, les obligations alimentaires constituent

¹³⁴⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. De Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 125.

¹³⁴¹ *Ibid.*

¹³⁴² M. Farge, « Internationalisation et européanisation des sources du droit international privé de la famille », in *Le droit international privé de la famille*, sous la dir. de P. Murat, Dalloz action Droit de la famille, 2016/2017, 7ème éd., § 510.14, se référant spécialement à l'arrêt suivant : Cass., Civ. 1^{ère}, 6 nov. 1990, n°88-15.496, Bull. Civ. I, n°232.

une catégorie de rattachement spécifique de premier rang, c'est-à-dire au même titre que les actes juridiques ou le statut réel.

939. Une spécialisation étendue nécessitée par la diversité des situations internationales. Les obligations alimentaires ne constituent qu'un exemple. En effet, le droit positif a poursuivi la création d'autres catégories de rattachement comme celles des successions, des régimes matrimoniaux, ou encore des faillites dans la mesure où les situations internationales se sont complexifiées. Ainsi, le droit international privé et notamment le droit des conflits de lois s'est spécialisé en catégories de rattachement pour permettre la création de règles de rattachements correspondant profondément à la nature du rapport de droit en cause. De plus, le raisonnement s'est prolongé puisque les rattachements contemporains attribués à toutes ces catégories de rattachements ont été élaborés, en principe, objectivement, en tant que rattachement proximité.

B. UNE INDIVIDUALISATION MODERNISEE PAR UNE LOCALISATION CONCRETE DE PROXIMITE

940. La conception contemporaine du conflit de lois consiste à individualiser les situations juridiques dans des catégories juridiques qui leur correspondent plus spécifiquement. Cependant, cela vise également à leur attribuer un rattachement qui leur correspond plus spécialement. C'est pourquoi la méthode implique d'élaborer des rattachements fondés sur le principe de proximité, lequel assurera une justice équitable des situations juridiques internationales (1). Pourtant, malgré les avantages que présente la localisation concrète du rapport de droit, ces rattachements de proximité incitent à un aléa des solutions imputables aux différentes appréciations faites par chaque ordre juridique de cette proximité (2).

1) Des rattachements de proximité : l'assurance d'une justice équitable

941. Si l'approche moderne des règles de rattachement consiste à spécialiser ces règles en fonction d'une catégorie de rattachement spécifique, elle aboutit également à individualiser chaque rattachement conformément au principe de proximité, lequel consiste à rechercher la loi qui présente concrètement les liens les plus étroits avec le rapport de droit (a). Or, la création de rattachements de proximité est souhaitable en ce qu'ils favorisent un traitement objectif et scientifique des situations juridiques internationales (b).

a) Des rattachements individualisés de proximité

942. L'intégration du principe de proximité à la méthode savignienne. L'approche moderne du droit international privé consiste à élaborer une méthode de conflit basée sur

l'idéologie de Savigny selon laquelle à chaque catégorie de rattachement correspond un rattachement unique déterminé conformément à la nature du rapport de droit. Il s'agit alors de déterminer « le siège du rapport de droit (...) considéré comme le plus caractéristique »¹³⁴³. Cependant, l'analyse préconisée par Savigny est abstraite puisqu'il s'agit d'une approche exempte de toute considération d'espèce, et plus précisément d'une construction purement juridique. Or, à raison de son défaut de réalisme, il a été proposé et défendu notamment par le Professeur Lagarde, de recourir à un rattachement de proximité.

943. La recherche de la loi qui présente les liens les plus étroits par le biais d'une démarche concrète. Il s'agit donc de conserver la méthode de Savigny, mais de préciser son contenu en ajoutant une directive relative au principe de proximité. Celle-ci se traduirait de la manière suivante : « un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »¹³⁴⁴. En vérité, « le principe de proximité ne rejette pas *a priori* l'analyse de la nature du rapport de droit, mais il ne l'estime pas suffisante »¹³⁴⁵. C'est pourquoi « à la démarche abstraite de Savigny » est substituée « une démarche concrète »¹³⁴⁶. L'application de cette nouvelle directive conduit donc la méthode moderne à appliquer à chaque catégorie de rattachement individualisée, un rattachement conforme à la nature de cette catégorie, mais aussi qui présente les liens les plus étroits avec le rapport de droit concerné.

944. Une localisation concrète en réponse aux carences d'une localisation abstraite. Cette approche concrète se justifie parfaitement puisqu'il a pu être considéré que la méthode classique possédait de nombreuses lacunes, notamment au regard du caractère abstrait qu'elle présente et de son manque de spécialisation¹³⁴⁷. Par conséquent, la spécialisation des catégories de rattachement et l'individualisation des rattachements en fonction de la nature du rapport de droit sous l'angle d'une approche concrète présentent des avantages certains. Plus particulièrement, ces procédés de raisonnement permettent de garantir l'égalité de traitement des sujets de droit.

b) Des rattachements garants d'une localisation scientifique des situations juridiques

945. La préservation d'une localisation neutre et objective. Dans le prolongement de la doctrine savignienne, la méthode moderne préserve les bienfaits de la méthode

¹³⁴³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 152.

¹³⁴⁴ P. Lagarde, *op. cit.*, § 4.

¹³⁴⁵ *Ibid.*

¹³⁴⁶ *Ibid.*

¹³⁴⁷ Cf. *supra* § 899 et s.

classique. En effet, l'intégration du principe de proximité ne revient en aucun cas à remettre en cause l'approche objective et scientifique des situations juridiques internationales. La spécialisation des règles de rattachement ne modifie aucunement la manière d'appréhender les litiges relevant du droit des conflits de lois. Il s'agit toujours de localiser objectivement, c'est-à-dire en toute neutralité, où se situe le rapport de droit en cause. Seulement avec la spécialisation des catégories de rattachement et l'individualisation des rattachements conformément au principe de proximité, les défauts de la méthode classique disparaissent et principalement son caractère abstrait. Par conséquent, la méthode moderne semble s'être parfaitement ajustée au regard des défauts imputables à la méthode classique.

946. L'assurance d'une égalité de traitement des sujets de droit. Si une méthode objective et scientifique est le préalable à toute égalité de traitement¹³⁴⁸, une méthode concrète le confirme davantage. En effet, toutes les divergences pouvant être issues du caractère abstrait disparaissent. L'analyse concrète d'une situation, étant objective et méthodique, suppose qu'aucune divergence ne puisse, en principe, apparaître. Par conséquent, si les règles de rattachement sont élaborées sur la base de rattachements neutres émanant d'une étude concrète des situations juridiques internationales, le système est susceptible d'universalisation. L'approche moderne des règles de rattachements serait donc la méthode idéale pour garantir une égalité de traitement du sujet de droit. Cependant, elle est, elle aussi, atteinte par certaines lacunes.

2) Des rattachements de proximité inaptes à résoudre l'aléa de solutions

947. Si le rattachement à la loi des liens les plus étroits présente de nombreux avantages, il est également atteint de certaines carences. En effet, la coalition du principe de proximité avec la nature du rapport de droit est impuissante à assurer l'unification des règles de rattachements simples (a) et insuffisante à organiser les règles de rattachements des situations juridiques complexes (b).

a) L'impossible unification des rattachements de proximité

948. Une localisation insuffisante à l'établissement d'un système universel. Si l'approche contemporaine des règles de conflit semble parfaite en liant, au cœur de la localisation, nature du rapport de droit et principe de proximité, en réalité, elle ne permettra pas nécessairement l'établissement d'un système universel. En effet, la « localisation connaît

¹³⁴⁸ Cf. *supra* § 742 et s.

des limites tenant, d'une part, au fait que la détermination de la localisation, qui n'est jamais purement matérielle, peut être inspirée par des considérations diverses et, d'autre part, qu'elle repose sur des notions de droit privé plus ou moins étroitement liées à un système juridique donné »¹³⁴⁹.

949. Une localisation concrète synonyme d'insécurité juridique. Tout d'abord, l'instauration d'une approche concrète visant à déterminer les liens les plus étroits ne permettra pas une unification des règles applicables au droit des conflits de lois dans la mesure où « l'approche concrète prive (...) l'idée même de localisation de l'essentiel (de ces vertus) » puisque « rechercher au cas par cas la loi qui a les liens les plus étroits ruine la sécurité juridique »¹³⁵⁰. Effectivement, « l'appréciation de l'étroitesse des liens est susceptible de varier d'un interprète à l'autre, et ceci d'autant plus que la pesée peut être de l'un à l'autre plutôt quantitative que qualitative »¹³⁵¹. La difficulté de recourir à une approche concrète est que les points de rattachement peuvent être appréciés différemment d'un Etat à l'autre. Ainsi, il serait difficile d'établir des règles de conflit qui emportent nécessairement l'assentiment de tous les Etats.

950. Une localisation demeurant soumise à l'orientation des Etats. De plus, le maintien d'une approche fondée sur la nature du rapport de droit dans la détermination du rattachement paraît, elle aussi, contestable dans la mesure où cette approche peut également varier d'un Etat à l'autre. « Il dépend toujours au premier chef de l'orientation principale de chacun au regard de l'opposition traditionnelle entre territorialisme et personnalisme, qui demeure sous-jacente »¹³⁵². Par conséquent, certains pays selon leurs traditions seront plus favorables à un rattachement qu'à un autre¹³⁵³. En outre, si la méthode présente des lacunes à l'égard des règles de conflit visant des situations juridiques simples, ces carences s'accroissent davantage dans les situations juridiques complexes.

b) *L'insuffisance des rattachements de proximité*

951. La difficile détermination des rattachements de proximité eu égard aux situations juridiques complexes. Il a pu être considéré que les règles de conflit positives en matière délictuelle et contractuelle sont contestables dans la mesure où elles retiennent une

¹³⁴⁹ B. Audit, Ch. II « Le conflit de lois », in « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *op. cit.*, § 266.

¹³⁵⁰ Y. Lequette, *op. cit.*, § 53.

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 153.

¹³⁵³ Cf. *supra* § 878 et 879.

règle de rattachement fixe. En effet, il serait souhaitable, au regard de la complexité de leur structure juridique que ces règles soient davantage spécialisées conformément au principe des liens les plus étroits¹³⁵⁴. Ces situations étant complexes ne peuvent être régies par un rattachement trop large, c'est-à-dire trop abstrait, mais ne peuvent pas non plus être confinées dans un rattachement unique.

952. L'exemple des actes juridiques. En prenant l'exemple des actes juridiques, les critiques imputables aux règles de conflit visant des situations juridiques simples leur sont également applicables. En effet, les actes juridiques et, particulièrement, les contrats sont des institutions complexes parce qu'ils sont composés par de nombreux éléments objectifs, qu'ils peuvent être de nature différente et qu'ils peuvent être étudiés durant deux phases : la formation et l'exécution du contrat. Par conséquent, il est relativement difficile, pour les contrats de déterminer quel critère de rattachement correspond à leur nature. Tout comme il est relativement difficile de déterminer quelle est la loi qui présente les liens plus étroits avec un contrat au regard de la diversité des éléments qui le composent. Ces difficultés émanent du fait que chaque ordre juridique peut, pour cette institution complexe, appréhender de manière totalement différente sa façon de déterminer le rattachement qui lui sera imputable.

953. La recherche d'un compromis fondé sur le principe de proximité. « Le principe de proximité consiste (...) à trouver un équilibre entre la flexibilité et la rigidité, entre l'impossibilité de généraliser un rattachement générique faisant régir les obligations contractuelles et extracontractuelles par le droit des liens les plus étroits, ce qui sacrifierait toute prévisibilité de solution, et l'inopportunité d'un critère de rattachement localisateur unique »¹³⁵⁵. Effectivement, ces situations juridiques, étant complexes, ne peuvent être régies par une directive trop large qui serait celle des liens les plus étroits, tout comme elles ne peuvent être régies par un rattachement unique qui se révélerait inadapté. Par conséquent, la solution serait de conserver une approche moderne consistant à spécialiser les catégories de rattachement, par exemple par type de contrat, et à individualiser pour chacune d'elles, une règle de rattachement qui lui serait propre. Celle-ci devrait, afin de garantir une approche scientifique objective concrète, être la loi qui présente les liens plus étroits. Cependant, afin d'évincer toute insécurité juridique, il convient d'encadrer cette loi qui présente les liens les plus étroits au regard d'un faisceau d'indices (c'est-à-dire d'éléments de rattachement) qui

¹³⁵⁴ Cf. *supra* § 924.

¹³⁵⁵ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 268 évoquant la doctrine du Professeur Lagarde.

correspondrait à la nature même du rapport de droit en cause. Il s'agirait de concilier les principes de la méthode moderne sous un nouvel angle. En outre, la conception moderne du droit des conflits de lois a favorisé l'inauguration de nouveaux rattachements, lesquels se détachent peu à peu de la méthode objective.

§ 2 – DE RATTACHEMENTS INDIVIDUALISES AUX RATTACHEMENTS PARTIAUX

954. En théorie l'approche moderne consiste à établir une règle de rattachement conforme à la nature de l'institution en cause et représentant concrètement la loi qui présente les liens les plus étroits. En pratique, le législateur a tenté de mettre en œuvre cette doctrine notamment en spécialisant les règles de conflits applicables aux situations juridiques complexes. Cependant, l'instauration de ces nouveaux rattachements est inachevée puisqu'ils ne répondent pas véritablement du principe de proximité (A). De plus, parallèlement au développement de la doctrine moderne, le droit des conflits de lois a subi l'influence d'autres idéologies régnant depuis l'Ancien Régime. C'est pourquoi ont également été consacrés des rattachements partiels lesquels se dispensent directement ou indirectement d'une fonction localisatrice du rapport de droit orientée par le principe de proximité (B).

A. LA SPECIALISATION INACHEVEE DES RATTACHEMENTS CONTEMPORAINS

955. Face à l'introduction du concept de proximité au sein des règles de conflit classiques, les nouvelles règles de rattachements ont fait l'objet d'une spécialisation, et plus particulièrement au regard des situations juridiques complexes. D'une part, une nouvelle conception de la règle de conflit en matière d'actes juridiques a été établie en recourant à un rattachement quelque peu rigide, à savoir la prestation caractéristique du contrat (1). D'autre part, la catégorie des faits juridiques a fait l'objet d'une nouvelle appréhension en dissociant les éléments géographiques du délit. Cependant, celle-ci conduit à une certaine variabilité de résultats (2).

1) Le recours rigide à la prestation caractéristique du contrat en matière d'actes juridiques

956. L'approche moderne des règles de conflit a conduit, en matière contractuelle, à davantage spécialiser la règle de conflit. C'est pourquoi un rattachement particulier a été retenu, celui de l'élément caractéristique du rapport de droit (a). Pourtant, le recours à ce rattachement, s'il paraît conforme à la nature de l'institution, s'avère d'une extrême rigidité et en opposition avec toute idée de proximité (b).

a) *Le recours à l'élément caractéristique du rapport de droit*

957. La détermination du siège du contrat. En matière d'actes juridiques, et plus particulièrement de contrat, il convient, comme pour les autres règles de conflit « de déterminer le siège du contrat »¹³⁵⁶. Dès lors, en application de la méthode moderne, « la directive générale de solution des conflits de lois commande d'appliquer la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits »¹³⁵⁷. L'objectif est alors de « singularise(r) un rattachement prédéterminé qui représente dans tous les cas l'élément le plus significatif »¹³⁵⁸.

958. Une détermination malaisée eu égard à la nature immatérielle du contrat. Cependant, comme l'a affirmé Monsieur Patocchi, « la difficulté du rattachement des contrats tient à la double raison que le droit international privé localise d'une part souvent les situations par des critères de nature « spatiale », en se fondant sur des circonstances occupant une place visible dans l'espace, et d'autre part que les contrats se soustraient naturellement à ce procédé en raison de leur nature immatérielle »¹³⁵⁹. Cette difficulté s'est ressentie en droit positif. En effet, longtemps, au regard d'une approche objective et spatiale des contrats, le rattachement retenu était celui du lieu de conclusion ou du lieu d'exécution du contrat¹³⁶⁰. Or, en raison de la nature immatérielle du contrat, il s'est avéré que ces rattachements pouvaient se révéler parfaitement inadaptés, notamment parce qu'ils pouvaient être inexistantes comme multiples.

959. Le rattachement à la prestation caractéristique du contrat conforme à sa nature. Pour pallier les défauts de la méthode classique combinée au principe de proximité, il a été proposé de « soumettre le contrat à la loi du lieu d'exécution de la prestation caractéristique du contrat »¹³⁶¹. Cette proposition a été adoptée par différentes législations et a conduit « à formuler des règles de conflit pour les différents contrats usuels »¹³⁶². C'est d'ailleurs la formule utilisée par le règlement Rome I même si celui-ci préfère la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique à celui de l'exécution de la prestation¹³⁶³. Par conséquent, afin d'établir une règle de rattachement fixe, les législateurs ont préféré créer un nouveau rattachement fondé sur l'élément caractéristique du contrat. Le

¹³⁵⁶ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 183.

¹³⁵⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 237.

¹³⁵⁸ *Ibid.*

¹³⁵⁹ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 229.

¹³⁶⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 237.

¹³⁶¹ *Ibid.*

¹³⁶² *Ibid.*

¹³⁶³ *Ibid.*

concept peut sembler justifié dans la mesure où la prestation caractéristique du contrat répond de la nature même des actes juridiques. De plus, une telle solution assure une parfaite sécurité juridique dans la mesure où les solutions seront identiques pour chaque type de contrat. Néanmoins, il faut douter de la pertinence d'un rattachement aussi rigide.

b) L'excessive rigidité du recours à un rattachement spécifique en matière contractuelle

960. Un rattachement susceptible d'aléa. L'idée de recourir à la prestation caractéristique du contrat en tant que rattachement de la règle de conflit paraît en soi pertinente puisque l'élément caractéristique est conforme à la nature du rapport de droit en cause. Cependant, comme il l'a été proposé, il s'agirait du rattachement au lieu d'exécution de la prestation caractéristique. Or, le recours à ce rattachement n'abolit pas les difficultés soulevées par le recours au rattachement du lieu d'exécution du contrat dans la mesure où le lieu d'exécution de cette prestation peut se décliner sur le territoire de différents pays¹³⁶⁴. C'est la raison pour laquelle le règlement Rome I a préféré le critère de la résidence habituelle puisque ce rattachement ne pourra se localiser dans plusieurs Etats¹³⁶⁵. Ainsi l'aléa de solutions disparaîtrait.

961. Un rattachement susceptible d'arbitraire. Cependant, à l'aléa se substitue l'arbitraire. En effet, recourir à la loi de résidence habituelle revient à opérer un choix arbitraire pour ce rattachement, lequel conduira, comme il l'a déjà été constaté, à ne pas traiter la situation juridique objectivement. C'est le retour de l'approche abstraite de la situation juridique. Celle-ci se voit attribuer un rattachement qui ne correspond pas nécessairement, ou du moins qui n'est pas adapté à la situation juridique de l'espèce. En réalité, il s'agit purement et simplement du retour à la méthode classique évincée de toute idée de proximité.

962. Un rattachement extrêmement rigide. Or, comme l'a affirmé le Professeur Lagarde à propos du principe de proximité, « si aucune place ne lui est faite par la règle de conflit en matière de contrat, la règle se sclérose. Elle se fossilise. C'est le triste spectacle que nous donnent les droits qui conservent en la matière des règles législatives à rattachements fixes »¹³⁶⁶. Par conséquent, les règles européennes en recourant à un rattachement fixe, certes spécialisé, ne répondent pas d'une attitude concrète et adaptée aux situations juridiques internationales, mais plutôt d'une rigidité extrême.

¹³⁶⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 237.

¹³⁶⁵ *Ibid.*

¹³⁶⁶ P. Lagarde, *op. cit.*, § 24.

963. Un rattachement éloigné du principe de proximité. De plus, l'échec n'en est que plus puissant lorsqu'il est constaté le recours à une clause d'exception. En effet, si « le critère du lien le plus étroit a été concrétisé pour chaque contrat (...) l'existence d'une clause échappatoire en matière de contrats témoigne (...) d'une attitude où la prudence se mêle au scepticisme »¹³⁶⁷. Finalement, si une clause d'exception organisant le recours aux liens les plus étroits est prévue, c'est bien que le rattachement retenu pour chaque contrat ne répond pas parfaitement au principe de proximité qu'il devrait respecter.

964. Le retour d'une localisation exempte de neutralité. Les règles de conflit en matière contractuelle sont donc critiquables puisqu'elles ne conduisent pas réellement à traiter toute situation juridique internationale *via* une analyse objective, neutre et concrète du rapport de droit. Il s'agit en réalité d'une approche arbitraire sous couvert du principe de proximité. Or, le même constat s'applique aux faits juridiques.

2) Le recours variable aux éléments géographiques du délit en matière de faits juridiques

965. De la même manière que les actes juridiques, les faits juridiques ont subi l'influence de l'époque contemporaine puisque leurs règles de conflit ont aussi fait l'objet d'une spécialisation. Pour parvenir à ce résultat, il a été opéré une dissociation géographique des éléments matériels du délit (a). Pourtant, si cette dissociation est à-propos, elle conduit, en pratique, à une diversité des solutions (b).

a) *La dissociation géographique des éléments matériels du rapport de droit*

966. La spécialisation du rattachement exigée en présence de délits complexes. L'évolution du droit des conflits de lois a conduit à spécialiser certaines règles de rattachement et tel a été le cas de la *lex loci delicti* face aux situations juridiques complexes¹³⁶⁸. En effet, il est des espèces dans lesquelles « le dommage et le fait générateur peuvent survenir dans des ressorts distincts »¹³⁶⁹. Dans ces hypothèses, il convenait d'établir une règle de rattachement spécifique qui corresponde, pour chaque situation, à la loi qui présente les liens les plus étroits. C'est pourquoi « les solutions retenues marquent très nettement le déclin du système traditionnel fondé sur un rattachement unique et rigide et révèlent de nouvelles orientations guidées davantage par le souci de tenir compte soit, au

¹³⁶⁷ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 230.

¹³⁶⁸ Cf. *supra* § 892 et s.

¹³⁶⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 252.

niveau de l'affirmation du principe général, des circonstances propres à la situation litigieuse, soit, au niveau des statuts spéciaux, de la nature du délit considéré »¹³⁷⁰. Par conséquent, le droit positif a spécialisé ses règles de conflit en fonction de la nature de certains délits, puis a établi un système propre aux cas généraux¹³⁷¹.

967. Une spécialisation de proximité fondée sur les éléments géographiques du délit. S'il peut être considéré que le rattachement à la loi du lieu du délit est parfaitement en conformité avec la nature de l'institution, elle ne peut être caractérisée, en tant que telle, comme la loi qui présente les liens les plus étroits. En effet, dans la mesure où elle se caractérise tant par la loi du lieu du dommage que par celle du fait générateur, elle n'est qu'un rattachement purement abstrait. Par conséquent, en appliquant le principe de proximité à l'institution des délits, il convient de considérer que la loi qui présente les liens les plus étroits s'entend aussi bien de la loi du lieu du dommage que du lieu du fait générateur. C'est pourquoi les systèmes de droit positif ont consacré ces rattachements puisqu'ils opèrent une confusion entre méthode classique et méthode moderne. Ainsi, certains systèmes juridiques, comme le système français, retiennent une règle de conflit alternative, impliquant ainsi la compétence de l'une ou l'autre loi. D'autres systèmes ont opéré un choix pour l'un ou l'autre rattachement comme le système européen qui a retenu la loi du lieu du dommage dans le règlement Rome II.

968. Une spécialisation conforme à une localisation concrète. Les systèmes de droit positif ont donc saisi la difficulté issue de ces situations juridiques complexes et les ont traitées en dissociant leurs éléments géographiques. Cette spécialisation ne peut être que saluée dans la mesure où une approche plus concrète des rapports de droit ne peut être que bénéfique pour traiter justement et également tout sujet de droit. Néanmoins, cette spécialisation n'est pas suffisante dans la mesure où elle laisse perdurer les mêmes difficultés que celles imputables à la matière contractuelle.

¹³⁷⁰ P. Bourel, « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », *RCADI*, 1989, vol. n°214, § 24.

¹³⁷¹ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 69, exposant notamment les objections soulevées face au caractère trop général de la *lex loci delicti* : « On a néanmoins objecté à ce rattachement son caractère artificiel lorsque le fait générateur survient au sein d'un groupe homogène en déplacement dans un autre pays ; la *lex loci delicti* ne désigne plus alors l'ordre juridique dans le contexte social duquel l'accident est enraciné. On lui a objecté également que fait générateur et dommage peuvent parfois survenir dans des ressorts différents ; conduite et dommage se réalisant en plus d'un Etat, les attentes des intéressés portent en ce cas sur des lois différentes ».

b) *La diversité de solutions engendrée par la dissociation géographique des éléments*

969. Une spécialisation demeurant critiquable. Adapter ses règles de conflit conformément à une approche moderne du droit des conflits de lois impliquant la prise en compte du principe de proximité est une démarche recommandable puisqu'elle invite à une localisation concrète de la situation juridique. Cependant, les règles de rattachement proposées en matière délictuelle ne sont pas assez spécialisées ou le sont trop.

970. De la diversité de solutions à la rupture d'égalité. D'une part, en retenant un système alternatif entre la loi du lieu du dommage et la loi du lieu du fait générateur, les règles de conflit impliquent nécessairement une diversité de solutions. Chaque sujet de droit choisira la loi qui lui semble la plus favorable, mais indirectement une faveur sera accordée à l'une des parties¹³⁷². Finalement, l'égalité de traitement des sujets de droit sera donc évincée.

971. Un rattachement susceptible d'arbitraire. D'autre part, en opérant un choix entre l'un ou l'autre rattachement, la règle de conflit devient de nouveau arbitraire¹³⁷³. En effet, dans la mesure où ces deux lois sont légitimement applicables au regard d'une approche objective des situations juridiques, le choix entre celles-ci par le législateur ne peut être que subjectif. Par conséquent, le législateur optera pour le rattachement qui présente, à son sens le plus d'intérêt. C'est la démarche qui a été adoptée par le législateur européen, celui-ci considérant que les intérêts fournis par la loi du lieu du dommage sont indéniables par rapport à la loi du lieu du fait générateur¹³⁷⁴. Finalement, cela revient à émettre une nouvelle fois la même critique. Le recours à ce critère arbitraire n'est pas adapté puisqu'il empêchera nécessairement une plus grande unification dans la mesure où tout Etat ne préférera pas forcément le même rattachement. De plus, les mêmes remarques que celles faites aux actes juridiques peuvent être rappelées puisque le règlement européen relatif aux obligations non contractuelles prévoit également le jeu d'une clause d'exception¹³⁷⁵.

¹³⁷² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 252.

¹³⁷³ Voir en ce sens : D. Bureau, « De la loi applicable aux délits complexes, notamment les naufrages », *RCDIP* 2007, p. 405, à propos d'un arrêt Cass., Civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, *Soc. Bureau Veritas SA c. Soc Groupama transport*, *Dalloz* 2007, p. 1074, obs. I. Gallmeister, H. Kenfack, L. d'Avout et P. Courbe : « La première question, celle de la localisation, est en apparence fort simple : où situer le fait générateur du dommage d'une part, le lieu de sa réalisation d'autre part ? Simple, elle ne l'est cependant qu'en apparence ; et l'on sait bien, à l'épreuve de l'expérience, combien cette localisation paraît même assez souvent tributaire du résultat estimé souhaitable - quitte à résoudre le problème du délit complexe par sa réduction à une figure de délit simple - (v. ainsi : Cass. Civ. 1^{ère}, 8 fév. 1983, *JDI* 1984, p. 123, note G. Légier ; Cass. Civ. 1^{ère}, 14 janv. 1997, *Gordon*, n°94-16.861, préc. ; il n'est pas certain qu'il en ait été ici autrement ».

¹³⁷⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 256.

¹³⁷⁵ Cf. *supra* § 959 et s.

972. Une spécialisation inachevée eu égard au principe de proximité. Il en ressort que la spécialisation des règles de conflit en matière de faits juridiques est pertinente, mais n'est pas suffisante¹³⁷⁶. En effet, le raisonnement est inachevé. Le principe de proximité encadre la règle de conflit mais pas de manière intégrale. Or, il a été déjà proposé par la doctrine américaine, d'opérer un compromis en déterminant, en l'espèce, laquelle de la loi du lieu du dommage et de la loi du lieu du fait générateur, présente le plus de points de contact avec la situation juridique¹³⁷⁷. Cette proposition est convaincante puisqu'elle serait plus appropriée. Elle permettrait de finaliser le raisonnement entamé par le droit positif et d'aboutir à un traitement totalement concret de la situation. Ainsi serait nécessairement appliquée la loi avec laquelle la situation juridique présente les liens les plus étroits.

973. La proposition d'un rattachement unique à la loi des liens les plus étroits véritablement encadré. En d'autres termes, il convient, quelle que soit la catégorie de rattachement, de transformer l'approche qui est faite des règles de rattachement. Le principe doit être la loi qui présente les liens les plus étroits, mais ce principe doit faire l'objet d'un encadrement strict. Ainsi, en matière de faits juridiques, la loi applicable serait la loi qui présente les liens les plus étroits. Cette loi peut s'entendre aussi bien de la loi du lieu du dommage que de la loi du lieu du fait générateur. La détermination de la loi applicable sera fonction des points de contact que présente la situation juridique avec les lois potentiellement applicables. Il conviendra enfin de déterminer quels sont les points de contact qui peuvent être pris en compte pour chaque catégorie de rattachement. Une telle approche conduirait à une analyse purement objective des situations juridiques et parfaitement adaptée. L'encadrement du rattachement de la loi des liens les plus étroits permettrait ainsi de garantir une certaine sécurité juridique. Pourtant, cette proposition n'a pas été celle retenue par le législateur. En effet, si celui-ci a choisi de spécialiser ses règles de conflit, il a également fait le choix de créer de nouveaux rattachements répondant aux nouvelles aspirations de l'époque moderne.

B. LA CREATION DE RATTACHEMENTS CONTEMPORAINS PARTIAUX

974. Postérieurement à l'Ancien Régime, le droit des conflits de lois a subi de nouvelles influences, le conduisant à la création de nouveaux types de rattachement. Dans un premier temps, les règles de conflit se sont imprégnées des idéologies subjectivistes du

¹³⁷⁶ Par ex., certains délits, à raison de leur particularité demeurent insuffisamment spécialisés et suscitent des difficultés de localisation ; voir en ce sens : M. Lehmann, « Proposition d'une règle spéciale dans le Règlement Rome II pour les délits financiers », *RCDIP* 2012, p. 485.

¹³⁷⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 253.

XIX^{ème} siècle pour créer le rattachement de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle (1). Puis, dans un second temps, les règles de conflit se sont dotées d'une nouvelle fonction. Elles ont élaboré des rattachements dits substantiels lesquels ont totalement remis en cause le caractère neutre de la règle de conflit bilatérale (2).

1) L'introduction de l'autonomie de la volonté : l'essor du subjectivisme

975. Avec l'évolution de la société, et notamment l'exaltation de la volonté au XIX^{ème} siècle, le droit des conflits de lois a consacré un nouveau rattachement, à savoir l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Il s'avère que l'instauration de ce nouveau rattachement est en conformité avec une localisation abstraite du rapport de droit (a) mais en parfaite inadéquation avec le principe de proximité (b).

a) *La consécration de l'autonomie de la volonté conformément à une localisation abstraite*

976. La consécration de l'autonomie de la volonté en tant que rattachement. Si originellement les contrats étaient rattachés à la loi du lieu de leur conclusion, ils ont été, dès le XIX^{ème} siècle, rattachés à la loi de l'autonomie de la volonté. En effet, grâce à l'émergence d'une « philosophie juridique exaltant la volonté », « tant en doctrine qu'en jurisprudence, la volonté des parties fut reconnue comme le principe de rattachement du contrat à une loi »¹³⁷⁸. Par conséquent, les règles de conflit se sont dotées de règles de nature subjectiviste dans la mesure où elles donnent à la volonté des parties une valeur de rattachement. De cette manière, ce sont les parties au contrat qui choisissent la loi qui lui est applicable.

977. Un rattachement conforme à une localisation abstraite. D'un point de vue théorique, il pourrait être considéré que le recours à la loi d'autonomie ne soit pas en contradiction avec l'approche classique des règles de conflit en droit des conflits de lois. En effet, la loi choisie par les parties pour régir leur contrat semble répondre à la nature même de cette institution dans la mesure où la volonté des parties est bien au cœur de l'institution même. D'ailleurs, Batiffol a proposé, pour justifier ce rattachement, « un compromis » entre objectivisme et subjectivisme¹³⁷⁹. Ainsi, il a exposé que le recours à l'autonomie de la volonté préserve la théorie de la localisation dans la mesure où « c'est parce que, d'un commun

¹³⁷⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 228.

¹³⁷⁹ P. M. Patocchi, *op. cit.*, § 187.

accord, les parties ont localisé le contrat en un lieu donné que la loi de ce lieu s'applique »¹³⁸⁰. Cette théorie est parfaitement justifiée au regard d'une approche classique de la localisation du rapport de droit. En revanche, sa théorie perd de sa vigueur en application d'une approche moderne fondée sur le principe de « proximité ». C'est notamment sur ce point que le recours à ce rattachement semble contestable.

b) *L'inadéquation de l'autonomie de la volonté avec le principe de proximité*

978. Un rattachement incompatible avec une localisation de proximité. Au regard d'une approche abstraite de localisation du rapport de droit, le recours à l'autonomie de la volonté peut se justifier. Cependant, au regard d'une analyse concrète de la situation juridique, cela est plus contestable. En effet, en application du principe de proximité, rien ne justifie de considérer que la loi de l'autonomie de la volonté soit la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation juridique. D'autres éléments peuvent être pris en compte, et notamment la loi du lieu de conclusion du contrat. Par conséquent, ériger en tant que rattachement de principe la loi de l'autonomie de la volonté, notamment au sein du règlement Rome I, institue une faveur pour un règlement de conflit davantage subjectiviste. Une nouvelle fois, il pourrait être considéré qu'il s'agit d'un choix plutôt arbitraire, puisque ce rattachement n'est pas le seul qui peut s'entendre de la loi la plus proche. De plus, le risque de ce rattachement est bien d'inciter les parties à choisir la loi qui leur sera la plus favorable en fonction du litige.

979. Le recours préférable à un subjectivisme modéré. En outre, il serait plus judicieux, comme pour l'hypothèse des faits juridiques, de repartir de la méthode américaine consistant à « déterminer la loi applicable au contrat à la fois en fonction de ses éléments objectifs et de la volonté exprimée le cas échéant par les parties »¹³⁸¹. Il s'agit donc de localiser le contrat au regard des éléments qui le composent, que ces derniers soient objectifs ou subjectifs. Finalement cela revient à considérer que tout subjectivisme ne doit pas être banni de l'appréciation des règles de rattachement, mais qu'il doit être modéré¹³⁸². Il convient de faire de l'autonomie de la volonté un point de contact à prendre en compte dans l'appréciation des liens les plus étroits. En opérant de cette manière, la méthode de localisation serait neutre (et non plus arbitraire). Elle pourrait alors emporter adhésion de tout

¹³⁸⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 244.

¹³⁸¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 232.

¹³⁸² Cf. *supra* § 629.

Etat. Cependant, il convient que chaque Etat ait la volonté de s'extraire de tout substantialisme.

2) L'instauration de rattachements substantiels affranchis de toute neutralité

980. Postérieurement à l'intégration du subjectivisme dans les règles du droit des conflits de lois, la discipline s'est également dotée de nouvelles règles dites à caractère substantiel. Or, cette nouvelle structure a tendance à favoriser l'application de la loi du for (a), et évince le caractère de principe de la règle de conflit bilatérale, à savoir la neutralité (b).

a) Des rattachements substantiels préconisant le retour de la *lex fori*

981. Des rattachements orientés par un résultat. Aux côtés de l'autonomie de la volonté, un autre facteur de perturbation de la localisation objective se fait ressentir¹³⁸³. Il s'agit des règles de conflit à caractère substantiel. Dans cette hypothèse, les règles de rattachement ne sont pas élaborées conformément à la localisation du rapport de droit, qu'elle soit abstraite ou concrète, mais par rapport à la volonté de l'Etat. Ainsi, ce dernier adopte « une règle de conflit non neutre, qui a pour objectif avoué de désigner un ordre juridique qui permettra d'obtenir le résultat matériel souhaité par l'auteur de la règle de conflit »¹³⁸⁴. Il s'agit donc bien de favoriser un résultat¹³⁸⁵.

982. La recherche de la *lex fori*. Plus précisément, il s'agit d'un retour en force de l'application de la loi du for. Par exemple, il apparaît que « l'application aussi systématique de la loi du for est largement répandue lorsqu'il s'agit de constituer une situation juridique par l'intermédiaire d'une autorité publique, notamment de conférer un nouveau statut à deux individus qui le sollicitent, tel que celui d'époux, de partenaire enregistré, de divorcé, et de parent ou d'enfant adopté »¹³⁸⁶. Existe bien une volonté pour l'Etat de favoriser l'application de la loi du for dans les situations pour lesquelles l'intervention de l'autorité publique est requise. Par conséquent, la prééminence accordée à la loi du for, en tant que loi de substitution, fait son retour au travers des règles à caractère substantiel. En d'autres termes, « la règle bilatérale classique, qui au moyen du critère de rattachement le plus significatif, rend applicable, du moins en principe, la seule loi de l'Etat que ce critère désigne, à

¹³⁸³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 269.

¹³⁸⁴ *Ibid.*

¹³⁸⁵ Cf. *supra* § 857.

¹³⁸⁶ G. Paolo Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *RCDIP* 2006, p. 457, § 1.

l'exclusion de toute autre loi (...) perd du terrain dans le droit international privé contemporain »¹³⁸⁷.

983. L'éviction de toute approche localisatrice. Ainsi, le recours au substantialisme évince toute approche de localisation du rapport de droit afin de favoriser l'application de la loi du for en principe. Or, le recours à ce procédé au sein des règles de rattachement est d'autant plus contestable qu'il existe des mécanismes spécifiques au droit des conflits de lois qui permettent de protéger les dispositions du for considérées comme impératives ou fondamentales. C'est de cette façon que la justice conflictuelle est contrebalancée par la justice matérielle lorsque cela s'avère nécessaire. En tout état de cause, le substantialisme ne conduit qu'à la fragmentation du droit des conflits de lois.

b) Des rattachements en rupture avec les objectifs de neutralité et d'égalité

984. De l'absence de neutralité à l'absence d'égalité de traitement. Le substantialisme est en opposition avec l'idée même de neutralité puisqu'il a tendance à favoriser l'application d'une loi particulière, et principalement de celle du for. Par conséquent, le manque de neutralité conduira nécessairement à une rupture d'égalité puisque l'application d'une loi sera favorisée. Ainsi, le sujet de droit sera traité de la même manière devant un unique ordre juridique, mais en l'absence de toute conformité avec sa situation juridique au regard de sa localisation. En outre, il ne s'agira que d'une égalité de traitement limitée puisque la création de ces règles a tendance à fragmenter le système applicable en droit des conflits de lois. En effet, les Etats vont difficilement s'associer à l'égard de règles issues de considérations subjectives propres à un Etat. C'est pourquoi l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale similaire sera de nouveau mise à mal puisque l'égalité s'arrêtera à un seul ordre juridique. Si le sujet de droit saisit un autre ordre juridique, la solution sera potentiellement différente puisqu'aucune unification ne sera parvenue entre ces différents ordres juridiques.

985. La préconisation du rattachement aux liens les plus étroits par mesure d'égalité de traitement. Ainsi, l'étude des différents rattachements dont a pu user la méthode bilatérale permet de déterminer quel serait le rattachement le plus adéquat à régir toute

¹³⁸⁷ G. Paolo Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *op. cit.*, § 1.

situation juridique conformément aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement¹³⁸⁸. Ainsi, pour maintenir la neutralité issue de la règle de conflit, il convient que le rattachement retenu réponde d'une localisation de proximité conforme à la nature du rapport de droit. C'est pourquoi, ce rattachement ne peut être que celui des liens les plus étroits. Néanmoins, eu égard à la spécialisation des situations juridiques, cette appréciation doit nécessairement être concrète, toute appréciation abstraite étant insuffisante. Toutefois, afin de bannir l'insécurité juridique à laquelle il aspire et l'imprévisibilité qu'il engendre, il est nécessaire d'établir au préalable un faisceau d'indices composés de points de rattachement, lequel sera propre à chaque catégorie de rattachement, pour permettre au juge de déterminer la loi compétente¹³⁸⁹. Afin de rendre cette démonstration moins conceptuelle, il convient nécessairement de proposer un exemple. Conformément à cette proposition, chaque catégorie de rattachement, tant le statut personnel que le statut réel, que les actes juridiques, que les faits juridiques ou autres, retiennent une seule et unique règle de conflit c'est-à-dire la loi des liens les plus étroits. Toutefois, pour chacune d'elle, cette règle de conflit est encadrée par un faisceau d'indices propres à la nature du rapport de droit en cause, et conséquemment de la catégorie de rattachement en jeu. Par exemple, en matière d'actes juridiques, peuvent être pris en compte plusieurs éléments de rattachement propres à la matière contractuelle. Ainsi le faisceau d'indices sera composé de différents points de rattachement comme l'autonomie de la volonté, le domicile des parties, mais aussi le lieu de formation du contrat, ou encore le lieu d'exécution du contrat. En effet, il convient d'encadrer ce faisceau d'indices conformément à la nature du rapport de droit, à savoir la matière contractuelle, et cet encadrement est nécessaire afin de cantonner la localisation de ce rapport à une approche d'ordre scientifique, mais demeurant soumise à une certaine sécurité juridique. Ainsi, la loi applicable sera celle avec le territoire duquel elle présente le plus de points de rattachement au regard d'une analyse concrète. En tout état de cause, la loi des liens les plus étroits constitue un

¹³⁸⁸ Voir en ce sens : W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *op. cit.*, p. 657, lequel exposait notamment la difficulté de retenir un unique facteur de rattachement lorsque les points de rattachements sont multiples dans l'espace : « Mais s'il existe des rattachements à plusieurs pays dont la compétence pour déterminer le droit matériel applicable à une question contentieuse apparaît plausible et licite au regard du droit international public, la science juridique n'a cessé de se poser depuis des siècles la question de savoir si et avec quels arguments un des rattachements existants peut se révéler le seul élément de rattachement valable pour déterminer les normes de droit privé applicables. On n'a que rarement avancé l'idée, compréhensible en soi, qu'en présence de rattachements à plusieurs Etats, aucun des systèmes juridiques intéressés et en tout cas aucun d'eux seulement ne peut être déterminant ».

¹³⁸⁹ *Ibid.* : « le rattachement « le plus fort » à un ordre juridique ne doit plus être cherché dans la forme d'un seul élément de rattachement mais peut consister dans l'addition de tous les éléments de rattachement existants à un Etat déterminé ».

rattachement neutre, permettant d'emporter l'adhésion de tout Etat, et qui, conséquemment, traite chaque sujet de droit de manière égalitaire puisqu'il s'agit d'un rattachement universalisable.

CONCLUSION DU CHAPITRE II :

986. La mise en conformité de la méthode bilatérale avec l'égalité de traitement.

Le préalable à un traitement égalitaire des sujets de droit se caractérise par le recours à la méthode conflictuelle bilatérale. Cependant, si parmi les différentes méthodes proposées, la méthode bilatérale est vainqueur, il faut encore que sa structure réponde aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement.

987. Le maintien des caractères classiques de la méthode bilatérale et le recours à un rattachement simple. L'étude des caractères de la méthode bilatérale ainsi que sa structure confirment que le choix de cette méthode est le plus performant pour répondre des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. C'est pourquoi afin de les préserver, il convient de conserver ces caractères notamment son caractère indirect et son caractère neutre. Toutefois, son caractère abstrait doit être remis en cause dans la mesure où, par manque de réalisme, il conduit à remettre en cause le caractère neutre de la règle de conflit et conséquemment conduit à une inégalité de traitement. C'est pourquoi doit lui être substitué un caractère concret, favorable à une appréciation réaliste et scientifique des situations internationales. Si tous ces caractères sont réunis, est créé un terrain neutre, favorable à une universalisation, préalable de toute égalité de traitement. De surcroît, pour maintenir parfaitement cette égalité de traitement, il convient de recourir pour chaque règle de conflit à un rattachement unique puisque les rattachements multiples constituent des rattachements arbitraires et facteurs d'aléas.

988. Le recours encadré au rattachement des liens les plus étroits. Néanmoins, s'il convient de retenir un rattachement simple pour chaque règle de conflit, celui-ci doit répondre d'une localisation scientifique du rapport de droit c'est-à-dire neutre et objective. C'est pourquoi il doit nécessairement se traduire sous la forme des liens les plus étroits pour répondre du principe de proximité qui dirige toute idée de localisation spatiale. En sus, sa détermination sera nécessairement concrète afin de répondre du réalisme de chaque situation internationale. Cependant, afin de bannir tout risque d'arbitraire et d'insécurité juridique, chaque catégorie de rattachement devra être dotée d'un faisceau d'indices propres à la nature du rapport de droit en cause et sur la base duquel le juge pourra déterminer quantitativement la loi compétente. Ainsi, l'égalité de traitement sera préservée et il sera envisageable d'aspirer à un système universel.

CONCLUSION DU TITRE II :

989. La méthode conflictuelle, objective et bilatérale compatible avec l'égalité de traitement. Finalement, l'étude des méthodes applicables en droit des conflits de lois, conformément aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement, conduit à considérer que la méthode doit nécessairement être conflictuelle, objective, et enfin bilatérale. Il s'agit des trois préalables nécessaires au respect de la neutralité de la méthode et de l'égalité de traitement qui en découle dans la mesure où ils préservent, chacun, au travers de leur fonction, l'objet du droit des conflits de lois. En d'autres termes, la méthode conflictuelle objective et bilatérale permet de garantir au droit des conflits de lois, conformément à son objectif, une localisation dans l'espace des rapports de droit de manière neutre, c'est-à-dire indépendante des considérations identitaires et culturelles auxquelles aspire chaque Etat. Il s'agit donc de l'unique méthode permettant, potentiellement, une universalisation de la discipline dans la mesure où elle ne réclame aucunement des Etats une concession de compétences ou de politiques législatives.

990. La méthode bilatérale indirecte, neutre et concrète respectueuse de l'égalité de traitement. En outre, en partant du postulat que la méthode conflictuelle objective bilatérale constitue le préalable à un traitement neutre et égalitaire des sujets de droit, il faut encore que la structure propre de cette méthode y tende également. C'est pourquoi eu égard à l'étude de la méthode bilatérale, il convient de maintenir ses caractères propres, notamment ses caractères indirect et neutre. Toutefois, il faut substituer à son caractère abstrait, un caractère concret pour répondre d'une localisation de proximité plus réaliste et adaptée aux situations internationales. De cette façon, la neutralité de la méthode sera préservée puisque la localisation des rapports de droit demeurera scientifique et permettra d'emporter l'assentiment des Etats, nécessaire à toute égalité de traitement.

991. Le rattachement unique aux liens les plus étroits garants de l'égalité de traitement. Néanmoins, il faudra nécessairement que chaque règle de rattachement se dote d'un rattachement unique aux liens les plus étroits, de façon à permettre une universalisation du droit, à laquelle peut prétendre n'importe quel Etat. Cependant, dans une optique de prévisibilité juridique mais également de sécurité juridique, il sera indispensable d'établir pour chaque catégorie de rattachement un faisceau d'indices permettant au juge de déterminer, par le biais d'une appréciation concrète et quantitative, la loi compétente.

992. La réalisation d'une méthode universelle attachée à l'égalité de traitement. Finalement, il paraît donc envisageable de créer un système universel répondant d'une

véritable neutralité et produisant conséquemment une réelle égalité de traitement. Il convient pour cela de faire table rase du passé et de recourir à une méthode unique : la méthode conflictuelle objective bilatérale à rattachement aux liens les plus étroits.

CONCLUSION DE LA PARTIE I :

993. La double démarche nécessaire au respect de l'égalité de traitement. Envisager le droit des conflits de lois conformément à l'objectif d'égalité de traitement implique deux démarches successives. D'une part, il convient de faire table rase du passé, et d'autre part d'établir une méthode conforme à ces objectifs.

994. La réformation entière et obligatoire de la discipline par le biais de la doctrine. En effet, l'étude des multiples fondements imputables au droit international privé, et plus particulièrement au conflit de lois, invite à considérer qu'il s'agit d'une discipline exempte de neutralité. C'est pourquoi elle n'a jamais réussi à s'universaliser dans la mesure où elle est depuis toujours l'objet des différentes considérations qui animent chaque Etat. Par conséquent, elle n'aspire aujourd'hui à aucune égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale équivalente puisqu'elle fait l'objet d'une fragmentation juridique entre les différents ordres juridiques. En outre, il convient nécessairement, pour garantir un traitement égalitaire aux sujets de droit, de créer un système universel lequel ne peut émerger que d'une approche parfaitement neutre de la matière. C'est pourquoi il faut solliciter de la doctrine, seule source du droit universalisable, qu'elle détermine un système neutre propre au droit des conflits de lois répondant de la nature et de l'objet de la discipline.

995. La préconisation d'une méthode conflictuelle, objective et bilatérale à rattachement aux liens les plus étroits. La réalisation de ce système respectueux des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement doit nécessairement passer par le recours à une méthode conflictuelle, objective et bilatérale puisqu'il s'agit de la seule méthode qui réponde, par le biais d'une approche scientifique, à la fonction du droit des conflits de lois c'est-à-dire à une répartition des lois dans l'espace de manière totalement neutre et objective en traitant chaque loi sur un même pied d'égalité. C'est pourquoi il convient également de maintenir les caractères classiques de la méthode bilatérale notamment ses caractères indirect et neutre. En revanche, doit être écarté son caractère abstrait pour lui substituer un caractère concret afin de garantir une localisation du rapport de droit réaliste et conforme au principe de proximité. De surcroît, la méthode bilatérale, pour préserver l'égalité de traitement, doit se traduire sous la forme d'une règle à rattachement unique aux liens les plus étroits. De cette façon, la localisation des rapports de droit demeurera neutre, mais pourra tendre à l'universalisme de façon à respecter l'égalité de traitement. Toutefois, pour préserver prévisibilité juridique et sécurité juridique, il est nécessaire d'encadrer ce rattachement pour chaque catégorie de rattachement en lui attribuant un faisceau d'indices spécialisés.

996. D'un système conflictuel égalitaire à un régime potentiellement égalitaire.

Enfin, il est envisageable de songer que le droit des conflits de lois puisse se soumettre au respect de l'égalité de traitement des situations juridiques internationales en adoptant un modèle de règle de conflit unique c'est-à-dire une règle de conflit à rattachement aux liens les plus étroits. Néanmoins, si ce statut de règle peut tendre au respect de l'égalité de traitement, il faut que son régime s'y conforme également.

PARTIE II : LA REFORMATION DU REGIME APPLICABLE EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES

997. La mise en conformité du régime applicable au droit des conflits de lois avec l'égalité de traitement des situations internationales. Afin de garantir une égalité de traitement aux sujets de droit placés dans une situation internationale identique, le système applicable en droit des conflits de lois règle doit s'apparenter à une règle de conflit bilatérale. Fort heureusement, l'ensemble des règles applicables en droit des conflits de lois qui régit la société internationale se compose essentiellement de ce type de règles. Néanmoins, si le statut de la règle de conflit bilatérale tend à protéger les objectifs de neutralité et d'égalité, il faut que son régime s'y conforme également¹³⁹⁰. Or, dans la mesure où le droit des conflits de lois constitue une discipline spécifique, celle-ci se voit attribuer un régime particulier sous l'égide de la théorie générale du conflit de lois, et qu'il convient de diviser en deux étapes successives.

998. La confrontation du régime d'applicabilité de la règle à l'égalité de traitement. Premièrement, le régime applicable en droit des conflits de lois débute par l'applicabilité de celle-ci. Il s'agit d'un encadrement juridique permettant de déterminer pour chaque situation juridique internationale, parmi les règles de conflit potentiellement compétentes, laquelle est applicable. Pour parvenir à cette détermination, diverses étapes doivent être respectées, à commencer par la qualification de la situation internationale. Puis, une fois la qualification terminée, il convient de rechercher conformément à la hiérarchie des normes, quelle règle de conflit s'applique, et de vérifier, s'il s'agit d'une norme supranationale, que ses conditions d'applicabilité sont remplies. A la fin de ces étapes, la phase d'applicabilité s'achève et la règle de conflit applicable est déterminée, excepté dans le

¹³⁹⁰ Voir en ce sens : Ph. Francescakis, « Une lecture demeurée fondamentale : les « Règles générales des conflits de lois » de Jacques Maury », *RCDIP* 1982, p. 4, à propos de la règle de conflit : « il y a lieu de considérer cette règle comme commandant une série irréversible de « stades » d'interprétation : qualification, détermination du critère de rattachement, désignation de la loi applicable compte tenu de la complication introduite par le renvoi, application de la loi étrangère, éviction éventuelle de celle-ci par l'ordre public ou la fraude à la loi ».

cas où une loi de police s'imposerait¹³⁹¹. Néanmoins, à ce régime d'applicabilité de principe, s'opposent également des exceptions c'est-à-dire des éléments perturbateurs, lesquels ont pour effet de bouleverser la phase d'applicabilité. Ceux-là sont au nombre de trois et s'illustrent au travers du mécanisme du renvoi, ainsi que des conflits de lois dans le temps et dans l'espace. Ainsi, ils peuvent avoir pour conséquence de modifier le résultat en principe issu de la phase d'applicabilité. Par conséquent, ces principes et exceptions réunis constituent la première étape du régime applicable en droit des conflits de lois.

En outre, si cette étape est primordiale dans le traitement de toute situation juridique internationale, il convient de vérifier que les principes et exceptions qui la régissent s'inscrivent dans une optique de respect de l'objectif spécifique d'égalité de traitement. Or, au détriment de la structure accordée à toute règle de conflit, son régime d'applicabilité demeure en inadéquation avec cet objectif. C'est pourquoi devrait être procédé à une *quasi* totale réformation de cette première partie du régime propre au droit des conflits de lois (titre I).

999. La confrontation du régime d'application de la règle à l'égalité de traitement. Secondement, une fois la règle de conflit déterminée, il convient de passer à la seconde étape du régime c'est-à-dire à l'application de cette règle de conflit et des conséquences qui en découlent. Or, comme son homologue, cette phase dispose d'un encadrement de principe, et peut être contrariée par certaines exceptions. Ainsi, ont été mises en place des règles de principe quant à l'application de la règle. Plus particulièrement, un encadrement spécifique a été établi quant à l'office du juge s'agissant de la règle de conflit. Puis, des règles propres ont également été édictées pour organiser différents points de droit au stade de l'application de la loi matérielle compétente. C'est pourquoi différentes règles répondent au statut accordé à la loi étrangère, à la charge de la preuve ou encore au contrôle disciplinaire effectué par la haute cour. Cependant, ce régime de principe applicable au stade de l'application de la règle de conflit peut être remis en cause par des mécanismes considérés comme exceptionnels en droit des conflits de lois. Il s'agit de l'ordre public international ainsi que de l'exception de fraude à la loi, lesquels ont pour objet de perturber l'application traditionnelle de la règle de conflit légitimement applicable. Ainsi, comme le régime

¹³⁹¹ Ex : Cass., Civ. 1^{ère}, 19 sept. 2018, n°18-20.693, *Dalloz* 2018, p. 2384, note S. Godechot-Patris et p. 2280, note C. Bahurel ; *Dalloz* 2019, p. 1016, note S. Clavel ; *RCDIP* 2019, p. 224, note E. Gallant ; *JDI* n°1, janv. 2019, 2, note F. Monéger ; dans lequel la Cour a écarté les règles de conflit au profit d'une loi de police française en considérant que « la liberté d'organiser ses funérailles ne relève pas de l'état des personnes mais des libertés individuelles et de la loi du 15 novembre 1887 qui en garantit l'exercice est une loi de police applicable aux funérailles de toute personne qui décède sur le territoire français ».

d'applicabilité, au regard de ses principes et exceptions, le régime d'application de la règle de conflit constitue la seconde étape du régime propre au droit des conflits de lois.

Or, une nouvelle fois, ce régime d'application de la règle de conflit doit être confronté aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement prônés par la règle de conflit bilatérale. En effet, il est indispensable, pour assurer l'effectivité de ces objectifs, qu'ils soient garantis jusqu'à leur stade ultime c'est-à-dire jusqu'à l'application de la règle matérielle compétente. Fort heureusement, contrairement à la phase d'applicabilité, la phase d'application de la règle de conflit semble mieux s'adapter au respect de ces objectifs et notamment à l'égalité de traitement. Toutefois, si tout n'est pas à balayer, il reste de nombreux points de droit à reconsidérer pour atteindre une parfaite égalité de traitement (titre II).

TITRE I : LE REGIME D'APPLICABILITE DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS A REVISITER CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES

1000. La mise en œuvre de la méthode bilatérale encadrée par son régime. « En droit international privé, les corps de règles en conflit correspondent à des systèmes juridiques différents, qui sont eux-mêmes en principe l'expression de sociétés politiques différentes »¹³⁹². Par conséquent, il revient au droit des conflits de lois de régler ce conflit en recourant, conformément à une approche neutre et égalitaire, à la méthode conflictuelle bilatérale. Cependant, il ne suffit pas de considérer que la méthode conflictuelle doit être retenue pour résoudre la difficulté, il faut également la mettre en œuvre.

1001. La détermination de la règle de conflit applicable au stade de l'applicabilité. Il convient de partir du préalable selon lequel « le conflit naît entre deux ou plusieurs systèmes juridiques de ce que la situation en cause présente, eu égard à certains de ses éléments, des contacts avec chacun de ces systèmes »¹³⁹³. Par conséquent, au regard du caractère international de la situation, il convient de rechercher la règle de droit qui s'y applique. Cependant, dans la mesure où la situation internationale se rattache à deux voire plusieurs ordres juridiques, il a été nécessaire d'assortir la méthode applicable au droit des conflits de lois d'un régime afin d'encadrer la détermination de la règle de droit applicable au cas d'espèce. Par conséquent, cette méthode fait l'objet d'un régime relatif à l'applicabilité des règles de conflit.

1002. La confrontation des différentes étapes de l'applicabilité à l'égalité de traitement. Cette procédure d'applicabilité de la règle de conflit fait l'objet de différentes étapes. Elle débute tout d'abord par une phase dite de qualification permettant de ranger la situation dans une catégorie de rattachement. Puis, au regard de cette catégorie, il convient de rechercher la règle applicable conformément à la hiérarchie des normes et aussi à la vérification de différentes conditions d'applicabilité. Par le biais de ces différentes étapes, il sera alors possible d'établir quelle règle de droit s'applique à la situation. Néanmoins, ce résultat pourra être perturbé par l'application impérative de lois de police qui évinceront l'application de la règle de conflit traditionnellement applicable. Ainsi, si ce régime

¹³⁹² P. Gothot et P. Lagarde, « Conflits de lois : principes généraux », *Rép. intern. Dalloz*, janv. 2006, § 2.

¹³⁹³ *Ibid.*

d'applicabilité de la règle de conflit est indispensable afin d'encadrer la méthode conflictuelle en droit des conflits de lois, elle peut tout de même être discutable sous l'angle de l'égalité de traitement. En effet, une étude approfondie de chacune des étapes de raisonnement conduit à considérer ce régime d'applicabilité comme controversé eu égard aux objectifs défendus par la méthode conflictuelle classique et notamment eu égard à l'égalité de traitement des situations internationales (chapitre I).

1003. Le contrôle des éléments perturbateurs eu égard à l'égalité de traitement.

Toutefois, la règle de conflit peut voir son jeu totalement faussé par certains éléments perturbateurs. En effet, au moment où la règle de droit applicable est désignée, classiquement une règle de conflit, sa mise en œuvre peut être contrariée par trois éléments que sont le renvoi, ainsi que les conflits de lois dans le temps et dans l'espace. Ces trois mécanismes sont traditionnellement admis au sein du régime applicable à la méthode de droit des conflits de lois. Ils constituent en quelque sorte des exceptions au résultat issu de la mise en œuvre traditionnelle de la méthode d'applicabilité. Or, il paraît nécessaire de confronter tant les principes qui régissent la méthode d'applicabilité que ses exceptions à l'égalité de traitement. Ainsi, une analyse approfondie de ces éléments, que ce soit au regard de leur admission qu'au regard de leur régime, pourrait être partiellement voire totalement remise en cause dans une optique de respect de l'égalité de traitement préconisée par la méthode conflictuelle (chapitre II).

CHAPITRE I : LA RECONSTITUTION DE LA METHODE D'APPLICABILITE AU REGARD DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

1004. Les phases classiques de l'applicabilité. Chaque situation internationale de droit privé est soumise à un régime particulier en droit des conflits de lois, lequel consiste d'une part à qualifier le cas d'espèce pour le ranger dans une catégorie de rattachement, et d'autre part à déterminer quelle règle de droit lui sera alors appliquée. Ainsi, le raisonnement du juriste procède en deux phases. Premièrement, il s'agit d'identifier la situation internationale. Secondement, il s'agit de déterminer quelle règle de droit sera applicable à cette situation internationale.

1005. L'identification de la situation internationale. Tout d'abord, l'identification de la situation internationale renvoie au problème de qualification. Celui-ci consiste à savoir « selon quelle loi le juge doit qualifier l'objet du litige pour déterminer la loi qui est applicable quand les différentes lois en conflit adoptent des qualifications différentes »¹³⁹⁴. Deux méthodes se sont alors opposées, mais la préférence a été donnée par défaut à la qualification *lege fori*. Pourtant, ce choix peut s'avérer critiquable dans la mesure où cette dernière méthode met en péril le traitement égalitaire des situations internationales, lequel ne peut être garanti en l'absence de qualification internationale (section 1).

1006. La détermination de la règle de conflit applicable. Une fois le problème de qualification résolu, la situation est rattachée à une catégorie de rattachement, laquelle est liée à des règles de droit qui lui sont propres. Néanmoins, face à la diversité de ces règles, il est nécessaire de procéder, ensuite, à la détermination de la règle de droit applicable. Celle-ci fait l'objet d'une méthode en plusieurs étapes, supposant de respecter la primauté de chaque norme tant au regard de leur source que de leur caractère impératif, ainsi que de vérifier leur applicabilité à la situation internationale. Or, cette appréhension de la situation internationale pour déterminer la règle de droit applicable fait état de plusieurs lacunes lesquelles conduisent à un traitement aléatoire des situations internationales défavorable à l'égalité de traitement entre sujets de droit (section 2).

¹³⁹⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 291.

SECTION 1 : LE RECOURS PAR DEFAUT A LA QUALIFICATION *LEGE FORI* EN L'ABSENCE DE QUALIFICATION INTERNATIONALE

1007. Le problème de qualification. La qualification¹³⁹⁵ constitue une étape préalable à l'application des règles de droit en droit des conflits de lois. Cependant, elle peut soulever un problème de qualification lequel naît « de la divergence des dispositions internes des lois en concours » c'est-à-dire « lorsque deux législateurs internes auront chacun d'un rapport une conception différente »¹³⁹⁶. Or, ce problème de qualification, pour reprendre l'expression de Bartin, laisse entendre qu'il est impossible d'arriver à la suppression des conflits de lois¹³⁹⁷. C'est pourquoi il doit nécessairement être résolu.

1008. Les méthodes de qualification. Classiquement, deux méthodes d'interprétation peuvent être retenues lesquelles conduisent à un résultat différent¹³⁹⁸. D'une part, il peut s'agir de la qualification *lege causae* qui consiste à interpréter les règles de conflits conformément aux conceptions de la loi du for et de la loi étrangère. D'autre part, il peut également s'agir de la qualification *lege fori* laquelle ne prend en compte que les conceptions de l'ordre juridique saisi. Au regard de ces deux procédés d'interprétation, le pragmatisme de la qualification *lege fori* doit être préféré à l'aléa de la qualification *lege causae* (sous-section 1). Néanmoins, la méthode de qualification la plus adaptée à un objectif d'égalité de traitement des sujets de droit ne peut se déduire de ces types de qualification

¹³⁹⁵ Pour aller plus loin sur la notion de « qualification », voir : W. Wengler, « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », *RCDIP* 1954, p. 661 : « on sait aujourd'hui que la qualification en droit international privé n'est pas autre chose que la qualification telle qu'on la rencontre dans les autres domaines du droit » ; « la qualification juridique d'un objet quelconque est la réponse à la question de savoir si l'objet qualifié est compris dans une notion faisant partie d'une certaine règle juridique » ; « toute question concrète de qualification d'un objet concret (...) aboutit à une question abstraite, désignée généralement comme une question d'interprétation ».

¹³⁹⁶ F. D'Héré, P.I, « Généralités », in *Des problèmes posés par la qualification des rapports juridiques en droit international privé*, Thèse, Aix-Marseille, 1938, Domat-Montchrestien, 1938, spéc. p. 17.

¹³⁹⁷ E. Bartin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, p. 225 ; lequel expose le problème de qualification au travers d'un exemple consistant à retenir deux règles de conflit de lois identiques en matière de successions : « L'accord de ces deux Etats sur les deux règles de droit international que met en jeu la prétention de la veuve, ferait disparaître toute espèce de doute sur la loi qu'il conviendrait de lui appliquer, parce que cet accord se doublerait d'un accord préalable sur la nature de la prétention de la veuve. Mais il peut fort bien arriver, en fait, que cet accord préalable n'existe pas, que la loi du second Etat rattache cette prétention à la dévolution héréditaire du patrimoine du *de cuius*, tandis que la loi du premier la rattache, au contraire, au régime des biens entre époux. Par conséquent, nos deux Etats ont beau s'entendre sur les deux règles de droit international que cette prétention met en jeu, il suffit de supposer que chacun d'eux la qualifie différemment pour qu'à un accord théorique sur ces deux règles de principe se substitue un dissentiment irréductible sur la solution à donner au conflit ».

¹³⁹⁸ *Ibid.* : « Ce qui fait l'originalité et tout à la fois la subtilité du problème, c'est que, suivant la qualification à laquelle on s'attache pour fixer la nature de la prétention litigieuse, la loi interne applicable à cette prétention variera ».

classiques. En effet, la condition d'une qualification égalitaire se traduit inévitablement par le recours à une qualification autonome, et plus précisément internationale (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LE PRAGMATISME DE LA QUALIFICATION *LEGE FORI* PREFERE A L'ALEA DE LA QUALIFICATION *LEGE CAUSAE*

1009. Classiquement, l'interprétation des règles de conflit se fait par le biais de la qualification *lege causae* ou bien de la qualification *lege fori*. Cependant, dans la poursuite d'un objectif de traitement égalitaire des sujets de droit, il est inévitable de rejeter tout aléa dans l'interprétation de la règle de conflit (§1). C'est pourquoi par souci de pragmatisme, il est préférable de recourir à la qualification *lege fori*, laquelle est seule capable de garantir cette égalité de traitement (§2).

§ 1 – LE REJET DE L'ALEA DANS L'INTERPRETATION DE LA REGLE CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT

1010. Conformément à l'objectif d'égalité de traitement recherché, il convient, pour interpréter toute règle de conflit d'exclure tout aléa dans le processus de qualification. C'est pourquoi au regard du fonctionnement que présente la qualification *lege causae*, celle-ci doit indubitablement être évincée par souci de sécurité juridique (A). En outre, si elle présente de nombreux dysfonctionnements au regard de son régime, elle présente aussi un certain antagonisme avec tout système de structure conflictuelle (B).

A. L'EVICION DE LA QUALIFICATION *LEGE CAUSAE* PAR MESURE DE SECURITE JURIDIQUE

1011. Le recours à la qualification *lege causae* a pu être défendu en doctrine. Pour autant, il n'a jamais intégré le droit positif pour deux raisons principales. D'une part, cette méthode est critiquable dans la mesure où elle conduit à un cumul de qualifications lequel n'a pas pour objet de résoudre le problème de qualification, mais plutôt de l'amplifier (1). D'autre part, plus que critiquable, la méthode est contestable au regard du cercle vicieux qu'elle provoque puisque ce dernier conduit à une qualification incertaine (2).

1) Le critiquable recours à la qualification *lege causae* au regard du cumul de qualifications

1012. La qualification *lege causae*, par volonté de combattre l'isolationnisme¹³⁹⁹, conduit à cumuler les qualifications des lois potentiellement applicables à une situation donnée. Cependant, ce procédé est difficile à mettre en œuvre et conduit à alourdir la tâche du juge (a). De plus, un tel raisonnement est facteur de dénaturation du rapport de droit laquelle ne peut être tolérée en termes de sécurité juridique (b).

a) *Un procédé d'interprétation largement alourdi par l'usage d'une double qualification*

1013. Une double qualification. La qualification *lege causae* consiste dans l'absolu « à demander la qualification au droit étranger éventuellement applicable au rapport de droit faisant l'objet du litige »¹⁴⁰⁰. Il s'agit, lorsque la loi étrangère trouve à s'appliquer, d'envisager « le cas tel qu'il est dans le droit étranger » et « c'est en fonction de ses caractères propres » que sera déterminé le rattachement applicable¹⁴⁰¹. En vérité, « l'argument principal en faveur de la qualification *lege causae* est que chaque loi devrait entrer en jeu avec ses propres qualifications »¹⁴⁰². En effet, conformément à une approche plutôt universaliste du droit des conflits de lois, chaque loi, potentiellement applicable, devrait être prise en compte dans le processus de qualification de la situation juridique. De plus, cela « permettrait de respecter l'intégrité de la loi étrangère lors de sa désignation et de son applicable concrète »¹⁴⁰³.

1014. Une qualification universaliste. La défense de la qualification *lege causae* est parfaitement louable puisqu'elle s'inscrit dans une démarche universaliste tendant à englober l'intégralité du rapport de droit, c'est-à-dire toutes ses composantes¹⁴⁰⁴. C'est pourquoi elle a été défendue en Europe, principalement par Despagnet en France, par Wolff en Allemagne, ainsi que par Pacchioni en Italie¹⁴⁰⁵. Conformément à une approche universaliste, l'idée consiste à « appliquer chaque loi avec ses propres qualifications »¹⁴⁰⁶. Par conséquent « le

¹³⁹⁹ H. Batiffol, *op. cit.*, § 16.

¹⁴⁰⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 264.

¹⁴⁰¹ P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, § 256.

¹⁴⁰² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 268

¹⁴⁰³ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit*, *op. cit.*, § 178.

¹⁴⁰⁴ Voir en ce sens : J. Mestre, « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *RCDIP* 1977, spéc. p. 683 : « Qualifier une institution, c'est l'analyser, en rechercher l'esprit, en déterminer la nature juridique. Comment dès lors le faire sans se référer à la législation qui la connaît et la règlemente ? ».

¹⁴⁰⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel, et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 264.

¹⁴⁰⁶ E. Fohrer-Dedeurwaeder, « Qualification en droit international privé », *J.-Cl. Droit international*, 17 août 2015, Fasc. 531, § 42.

juge devrait appliquer les qualifications proposées par chacune des lois en concours, sans qu'aucun conflit ne s'élève puisque chacune a son propre domaine d'application »¹⁴⁰⁷. En effet, « comme l'écrivait Wolff, « examiner l'applicabilité de la loi étrangère sans prendre en compte ses classifications, c'est renoncer à regarder cette loi étrangère telle qu'elle est » »¹⁴⁰⁸.

1015. Une qualification soulevant des difficultés pratiques. Il est vrai que pour adopter une démarche internationale conforme à un esprit universaliste et égalitariste, il convient de qualifier la situation internationale conformément aux lois en cause. Ainsi, grâce à la qualification *lege causae* « chaque loi doit s'appliquer avec toutes ses qualifications »¹⁴⁰⁹. Cependant ce raisonnement est relativement ambitieux à mettre en œuvre. En pratique, il semble difficile d'appliquer deux qualifications, lesquelles peuvent potentiellement différer. Comme l'affirmait Batiffol, le procédé conduit « à des cumuls ou à des lacunes » qui seront résolus « par des moyens de fortune »¹⁴¹⁰. En effet, en procédant à une double qualification, la tâche du juge sera alourdie puisqu'elle consistera à admettre un cumul de qualifications. Chacune des qualifications permettra alors de déterminer la ou les règles de conflit applicables. Par conséquent, le rôle du juge ne sera plus de « résoudre » le conflit de qualifications, mais plutôt de le « transposer »¹⁴¹¹. Cependant, au-delà de la difficulté d'application engendrée par le cumul, la qualification *lege causae* est parfaitement illusoire en pratique et par conséquent peu souhaitable.

b) *Les risques de dénaturation du rapport de droit*

1016. Une qualification en pratique illusoire. Si louable soit-elle l'idée de « respecter les systèmes nationaux dans leur nature propre », elle demeure vaine en pratique. Effectivement, si la double qualification est difficile à mettre en œuvre et alourdit le travail du juge, elle conduit, vraisemblablement à un résultat factice. Il est donc considéré qu'« un tel cumul est théoriquement concevable, mais pratiquement illusoire »¹⁴¹².

1017. Le risque de dénaturation des lois en présence. En pratique, il est impossible de mettre en œuvre cette double qualification, car des inconciliabilités ou des incompatibilités entre les deux qualifications vont nécessairement apparaître. Par conséquent, en abandonnant « à une loi étrangère » le « contenu d'une catégorie donnée », cela « revient à

¹⁴⁰⁷ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 42.

¹⁴⁰⁸ *Ibid.*

¹⁴⁰⁹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 16.

¹⁴¹⁰ *Ibid.*

¹⁴¹¹ *Ibid.*

¹⁴¹² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 264.

porter atteinte à l'intégrité d'une autre catégorie du for »¹⁴¹³. En effet, la qualification *lege causae* suppose de prendre en compte les conceptions du for, au même titre que les conceptions du droit étranger, afin que chacune d'elles soit satisfaite. Cependant, en pratique, le procédé aboutira nécessairement à léser les conceptions du for au profit de celles du droit étranger. En effet, puisque le problème de qualification n'est pas tranché dès l'origine, il contraint, *a posteriori*, le juge à résoudre le cumul par une sorte d'adaptabilité des conceptions du for aux conceptions étrangères. Ainsi, l'approche universaliste perd tout son sens puisque chaque conception ne pourra être véritablement appliquée. « Le contenu des catégories du for une fois déterminé, (...) ne peut être remis en cause pour satisfaire une conception étrangère différente »¹⁴¹⁴. Or, par le biais de cette méthode, « la qualification des faits peut conduire à dénaturer une loi, en la rendant compétente malgré la qualification divergente qu'elle retient »¹⁴¹⁵.

1018. Une qualification susceptible de résultats variables. En outre, comme l'affirmait Arminjon, « subordonner les règles de rattachement de la *lex fori* aux règles de qualification d'une loi étrangère serait donc les dénaturer complètement en leur assignant d'autres fins en leur faisant produire d'autres effets que ceux en desquels elles ont été édictées »¹⁴¹⁶. Finalement, plus que difficile à mettre en œuvre, le recours à la double qualification n'est pas souhaitable puisqu'il aurait pour effet de dénaturer les règles de conflit. Il ne s'agirait donc plus d'un système offrant légitimement une sécurité juridique aux particuliers, mais plutôt d'un système nécrosé par des applications variables et déformées des règles de conflit. C'est pourquoi la qualification *lege causae*, bien que défendable en son principe, est contestable au regard de sa mise en œuvre. Elle crée une certaine insécurité juridique qui ne peut être admise dans un système de traitement égalitaire des sujets de droit placés dans une situation juridique similaire. En sus, son recours peut d'autant moins être défendu au regard de l'éventualité d'application de la loi étrangère.

2) L'emploi contestable de la qualification *lege causae* au regard de son caractère incertain

1019. Le recours à la qualification *lege causae*, plus que critiquable, est véritablement contestable. En effet, il s'agit d'une méthode particulièrement dangereuse dans

¹⁴¹³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 268.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 178.

¹⁴¹⁶ P. Arminjon, *Précis de droit international privé*, *op. cit.*, § 160.

la mesure où elle se fonde sur l'application éventuelle de la loi étrangère (a). De plus, ce risque se double d'un caractère illégitime face à la vocation première de la loi du for à s'appliquer (b).

a) *Une méthode dangereuse fondée sur l'éventuelle application de la loi étrangère*

1020. Une qualification hypothétique. Le processus de qualification consiste, en principe, à qualifier préalablement les faits, puis définitivement les règles de droit¹⁴¹⁷, et plus précisément les règles de conflit. En adoptant ce raisonnement en deux étapes, la qualification *lege causae* a pu s'imposer d'elle-même. En effet, en analysant les faits bruts, un élément d'extranéité c'est-à-dire un élément étranger à l'ordre juridique du for ressort. Par conséquent, il peut être supposé que loi du for et loi étrangère ont toutes deux vocation à s'appliquer à la situation d'espèce. C'est pourquoi il peut sembler légitime de qualifier les faits conformément aux conceptions du for et de la loi étrangère. Cependant, « la qualification repose sur le sens de la règle de conflit »¹⁴¹⁸. Or, à ce stade, il ne peut être déterminé quelle sera la loi applicable à l'espèce même si, au regard des faits, les deux lois pourraient potentiellement s'appliquer. Cela signifie que l'argument consistant à considérer que, dans la mesure où chacune des lois peut prétendre à une soi-disant application, la qualification doit dépendre de celles-ci, n'est pas valable. Effectivement, si l'on reprend le raisonnement étape par étape, la qualification *lege causae* conduit à interpréter le sens d'une règle de conflit conformément à l'esprit d'une loi qui n'est pas encore désignée applicable. Ainsi, la méthode « se heurte à l'objection du cercle vicieux, (...) car elle présuppose que (la loi étrangère) est applicable, alors que son application n'est qu'éventuelle et dépend précisément de la qualification qui sera donnée »¹⁴¹⁹. Plus exactement, « une qualification ne (peut) être demandée à une loi dont on ignore encore à ce stade, si elle sera déclarée applicable, car la qualification est une condition de sa détermination qui doit, par conséquent, être résolue sans elle »¹⁴²⁰.

1021. Une qualification illégitime. Visiblement, la qualification *lege causae*, en sus de conduire à une possible dénaturation de la loi applicable, n'a aucun titre légitime à être employée. Il n'est pas logique d'interpréter une règle de conflit conformément aux conceptions d'un ordre juridique dont les dispositions législatives n'ont pas nécessairement vocation à s'appliquer. Une nouvelle fois, en termes de sécurité juridique, ce procédé de

¹⁴¹⁷ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 182.

¹⁴¹⁸ B. Ancel, « Qualification », *RDI* 1998, § 41.

¹⁴¹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 264.

¹⁴²⁰ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 44.

qualification est contestable parce qu'injustifié sur le plan juridique. Cette lacune conduit indéniablement à mettre à mal l'égalité de traitement qui devrait être garantie à chaque sujet de droit puisque l'étape de la qualification est fondée sur un raisonnement hâtif et dangereux. C'est pourquoi seules les conceptions du for constituent un élément de certitude au stade de la qualification.

b) *Une méthode illégitime face à la vocation première d'application de la loi du for*

1022. Véritablement, au stade de la qualification des faits, la seule certitude qui soit est la saisine de l'ordre juridique du for. Par conséquent, si l'interprétation de la règle de conflit se veut logique, alors ce sont bien les conceptions du for qui ont une vocation première à s'appliquer¹⁴²¹. C'est pourquoi l'utilisation de la qualification *lege causae* est d'autant plus contestable. En effet, les conceptions du droit étranger ont un titre moins légitime à s'appliquer que celles du for. Or, l'étape de la qualification ne peut reposer sur un raisonnement incertain alors qu'une autre méthode peut prétendre à une application plus justifiée. Par conséquent, les caractères dangereux et incertain imputables à la qualification *lege causae* invitent à rejeter cette méthode puisqu'elle ne peut assurer une égalité de traitement des sujets de droit dans la mesure où elle s'oppose à toute sécurité juridique. De plus, elle s'avère inadaptée dans les systèmes conflictuels de droit positif.

B. LA QUALIFICATION *LEGE CAUSAE* ANTAGONISTE AU SYSTEME CONFLICTUEL BILATERAL

1023. Bien que, théoriquement, le recours à la qualification *lege causae* soit exclu par souci de sécurité juridique, ceci ne peut être que confirmé par la contrariété qu'elle présente dans un système de nature conflictuelle. En effet, cette méthode s'avère incompatible avec l'ancien concept de conflits de souverainetés (1). Or cette incompatibilité demeure transposable même à une époque où le conflit de lois n'est plus considéré comme un conflit de souverainetés. De plus, sa mise en œuvre est parfaitement en inadéquation avec les règles de conflit positives (2).

1) La qualification *lege causae* incompatible avec l'ancien concept de conflit de souverainetés

1024. Originellement, le droit international privé compris sous l'angle du conflit de lois et conçu comme un conflit de souverainetés, tendait au rejet de la qualification *lege*

¹⁴²¹ Cf. *supra* § 1019 ; *infra* § 1040 et 1041.

causae. Si, de nos jours, la discipline est conçue comme un conflit de compétences législatives et non plus de souverainetés, les arguments à l'appui de cet ancien raisonnement demeurent valables et transposables. D'une part, la qualification *lege causae* pouvait conduire à l'irrespect de la souveraineté des Etats c'est-à-dire à outrepasser les pouvoirs d'interprétation de l'ordre juridique saisi (a). D'autre part, seule la qualification *lege fori* pouvait garantir la souveraineté des Etats, c'est-à-dire assurer une interprétation légitime conforme aux conceptions de l'ordre juridique saisi (b).

a) *L'irrespect de la souveraineté des Etats par le recours à la qualification lege causae*

1025. Une qualification contraire au respect des souverainetés. Si la question de la qualification a été tranchée en 1955 par la Cour de cassation¹⁴²², elle a été, bien avant, l'objet de débats doctrinaux qui ont évolué parallèlement au développement de la discipline du droit des conflits de lois. C'est pourquoi à l'origine, la question de la qualification a été envisagée au regard de l'idée d'un conflit de souverainetés. De cette manière, la qualification *lege causae* était nécessairement écartée puisqu'elle ne respectait pas la souveraineté de l'Etat étranger. Comme l'affirmaient Pillet et Niboyet, « chaque Etat possède son propre droit international privé, de sorte que les conflits ne se résolvent pas partout de la même manière »¹⁴²³. De plus, « chaque pays possède ses propres qualifications, de même qu'il possède ses propres règles de conflits de lois ». Par conséquent, en vertu du principe d'indépendance des Etats, la qualification des règles de conflit retenue ne peut être que celle de l'ordre juridique saisi. Ainsi, la qualification *lege causae* impliquant de qualifier conformément à une loi étrangère contrevient au respect de la souveraineté de chaque Etat.

1026. Une qualification rejetée par mesure de sécurité juridique. Si considérer que le conflit de lois s'analyse en un conflit de souverainetés est désuet, il n'en demeure pas moins que le raisonnement s'avère pertinent. Il semble, effectivement, contestable de considérer qu'une autorité saisie puisse interpréter une règle de conflit conformément à une conception étrangère dont elle n'a pas véritablement connaissance. Ceci contribue nécessairement à créer un climat particulier dans lequel les qualifications pourraient être incertaines. C'est pourquoi les partisans du conflit de souverainetés proposaient plutôt de recourir à la qualification *lege fori*.

¹⁴²² Cass., Ch. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, préc.

¹⁴²³ A. Pillet et J.-P. Niboyet, *op. cit.*, § 300.

b) *La souveraineté des Etats seule garantie par la qualification lege fori*

1027. L'éviction de la qualification *lege causae* par conformité d'interprétation.

Au regard de cette ancienne conception du conflit de lois, il est considéré que « face à une opposition entre souverain du for et souveraineté étrangère, entre qualification *lege causae* et qualification *lege fori*, le juge ne peut que respecter le choix de son souverain »¹⁴²⁴. Si l'affirmation n'est plus transposable en tant que telle, car les conflits de lois ne sont plus conçus comme des conflits de souverainetés, mais plutôt comme de simples conflits de compétences législatives, l'affirmation ne doit pas être totalement écartée. En effet, pour une parfaite interprétation de la loi, celle-ci ne peut être interprétée que par ses organes judiciaires. C'est pourquoi toute qualification *lege causae* doit bien être écartée.

1028. Le recours à la qualification *lege fori* par conformité d'interprétation. En outre, Martin, partisan de la qualification *lege fori*, affirmait que « la qualification des institutions dépend (...) toujours, en France, de la loi française parce qu'elle dépend toujours, dans un Etat donné, de la loi de cet Etat, quelles que soient, d'ailleurs, en France comme dans un Etat quelconque, les conséquences de cette qualification »¹⁴²⁵. Cette affirmation est véridique. Seules les autorités de l'Etat qui ont édicté une règle de conflit sont à même de l'interpréter conformément à la volonté du législateur. C'est pourquoi *a priori*, seule la qualification *lege fori* devrait être retenue puisqu'elle permet d'interpréter une règle de conflit conformément à l'autorité saisie, et ainsi de qualifier chaque règle de conflit en toute sécurité juridique.

1029. La qualification *lege causae* incompatible avec l'égalité de traitement des situations internationales. Finalement, la qualification *lege causae* s'avère vraisemblablement inadaptée dans un système de règles conflictuelles puisqu'elle ne garantit aux sujets de droit aucune sécurité juridique. Or, celle-ci demeure un préalable nécessaire à toute égalité de traitement. L'aléa de la qualification doit véritablement être rejeté. Ceci se confirme au regard de son inadaptation dans le système de positif.

2) L'inadéquation de la qualification *lege causae* avec les règles conflictuelles positives

1030. L'interprétation des règles de conflit selon la qualification *lege causae* se trouve en inadéquation avec le système de droit positif et ceci pour deux raisons. D'une part,

¹⁴²⁴ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 43.

¹⁴²⁵ E. Martin, *op. cit.*, § 86.

elle est foncièrement impraticable dans un système de règles bilatérales (a). D'autre part, elle n'est réalisable que dans un système de règles unilatérales (b).

a) *La qualification lege causae impraticable dans un système de règles bilatérales*

1031. Une qualification potentiellement contradictoire. S'il a pu être considéré que le recours à la qualification *lege causae* peut être souhaité afin que loi du for et loi étrangère soient chacune prise en compte dans l'interprétation de la règle de conflit, cette méthode est pourtant impraticable. En effet, Madame Fohrer-Dedeurwaeder affirme à ce titre que la qualification *lege causae* « est irréalisable dans un système bilatéraliste » notamment lorsque « la qualification française et celle de la *lex causae* (...) se contredisent »¹⁴²⁶. C'est pourquoi « dans un système bilatéraliste complet et exclusif, elle ne peut qu'être vouée à l'échec »¹⁴²⁷. Effectivement, dans la mesure où les qualifications de chaque ordre juridique peuvent diverger, il sera impossible dans un système bilatéraliste de créer une interprétation unique et uniforme sauf à rogner sur les conceptions des deux ordres juridiques en cause pour concilier les interprétations propres à chacun d'eux. Il ne s'agira pas d'une véritable qualification conforme à l'esprit de chaque législateur.

1032. Une qualification impossible en présence de règles bilatérales. Par conséquent, aucune solution ne permet de résoudre le recours à la qualification *lege causae* dans un système de conflit bilatéral. Or, cela constitue nécessairement un obstacle à la réalisation de l'égalité de traitement, puisque le système bilatéral en est le fondement. Véritablement, la qualification *lege causae* ne peut être praticable que dans un système de conflit unilatéral.

b) *La qualification lege causae réalisable dans un système de règles unilatérales*

1033. Une qualification praticable dans un système unilatéraliste. En effet, comme l'ont affirmé Batiffol et le Professeur Lagarde, « la qualification *lege causae* pourrait se concevoir dans un système unilatéraliste, la situation considérée étant soumise à l'ordre juridique qui la fait entrer dans son champ d'application, défini par ses propres qualifications »¹⁴²⁸. C'est pourquoi le Professeur Bertrand Ancel a pu exposer que « l'unilatéralité des règles de rattachement présenterait, du point de vue de la qualification, l'incalculable avantage de faire descendre le problème du plan international au plan

¹⁴²⁶ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 47.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, § 49.

¹⁴²⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 295.

interne »¹⁴²⁹. Ainsi, « il ne saurait être question de procéder, à partir de la catégorie d'une de ces règles, à une classification des dispositions substantielles relevant d'un ordre juridique étranger »¹⁴³⁰. Réellement, la qualification *lege causae* n'est donc praticable que dans un système de conflit unilatéraliste puisque la règle de conflit n'a pour objet que de déterminer le champ d'application dans l'espace de la *lex fori*. De cette manière, l'interprète de la règle de conflit se contente de qualifier selon les conceptions de l'ordre juridique du for puisque la règle de conflit unilatérale ne concerne que la *lex fori*. Ainsi, il est mis un terme aux difficultés qui peuvent apparaître dans un système conflictuel bilatéral.

1034. Une qualification d'inspiration unilatéraliste à rejeter. De surcroît, la qualification *lege causae* est « d'inspiration unilatéraliste, puisque chaque système est appelé à déterminer à travers ses propres qualifications, le champ d'application de ses dispositions matérielles »¹⁴³¹. Or, il a pu être considéré que le système conflictuel unilatéral demeure parfaitement inconciliable avec l'objectif d'égalité de traitement des sujets de droit¹⁴³². Par conséquent, l'analyse se transpose à l'égard de la qualification *lege causae* puisqu'elle est d'essence unilatéraliste. De plus, le droit positif est principalement régi par des règles de conflit bilatérales, lesquelles s'avèrent incompatibles avec la qualification *lege causae*. Par conséquent, au regard de la nature de la qualification *lege causae* et de la structure des règles de droit positif, il semble parfaitement légitime de rejeter le recours à cette méthode.

1035. Une qualification unilatérale synonyme de qualification *lege fori*. En sus, recourir à la qualification *lege causae* dans un système adapté, à savoir composé de règles unilatérales, revient en quelque sorte à qualifier *lege fori* puisque « l'application de cette dernière exclut celle de toute loi étrangère »¹⁴³³. Finalement, la qualification *lege causae* mène nécessairement à la qualification *lege fori*. Elle constitue effectivement sa traduction dans un système de règles de conflit unilatérales, et invite à son utilisation dans un système de règles de conflit bilatérales. C'est pourquoi *a priori*, la qualification *lege fori* doit être retenue et notamment au regard de la composition actuelle du droit positif.

¹⁴²⁹ B. Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Thèse, Paris 2, 1974, Dalloz, 1977, § 147.

¹⁴³⁰ *Ibid.*

¹⁴³¹ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 49.

¹⁴³² Cf. *supra* § 745.

¹⁴³³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 295.

§ 2 – LE CHOIX FONCTIONNEL DE LA QUALIFICATION *LEGE FORI* PAR PRESERVATION DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

1036. Le recours à la qualification *lege fori* constitue la méthode la plus adaptée en comparaison avec la qualification *lege causae*. Il s'agit d'une méthode pragmatique justifiant son adoption par le droit positif. Son utilisation est parfaitement cohérente puisqu'elle permet de garantir à la fois une véritable sécurité juridique ainsi qu'une homogénéité d'interprétation (A). De plus, elle constitue un procédé adapté, et même adaptable, puisqu'elle permet d'une part l'intégration de la *lex causae* et s'accommode d'autre part aux règles de conflit supranationales (B).

A. LA QUALIFICATION *LEGE FORI* ENCOURAGEE PAR LA SECURITE JURIDIQUE ET L'HOMOGENEITE D'INTERPRETATION

1037. Conformément à un objectif d'égalité de traitement entre sujets de droit, l'emploi de la qualification *lege fori* semble parfaitement cohérent. L'application de cette méthode sécurisée se justifie par l'antériorité de l'ordre national sur l'ordre international (1) et permet, heureusement, une interprétation univoque des règles de conflit (2).

1) La qualification *lege fori* justifiée par l'antériorité de l'ordre national sur l'ordre international

1038. Face aux défauts imputables à la qualification *lege causae*, il a pu être préféré de recourir à la qualification *lege fori* en arguant de l'antériorité de l'ordre national sur l'ordre international. Réellement, la légitimité du recours à cette méthode est attribuée à la « projection du droit interne sur le plan international » (a), et se trouve également commandée par la certitude du rattachement à la loi du for (b).

a) La projection du droit interne sur le plan international

1039. La projection du droit interne sur le plan international selon Bartin. Dans la mesure où la qualification *lege causae* ne peut être retenue dans un système de règles de conflit bilatérales, le droit positif préconise de recourir à la qualification *lege fori* notamment parce que le droit international privé, a pu être considéré comme « une projection du droit interne sur le plan international »¹⁴³⁴ à l'époque où Bartin a découvert les problèmes de qualification¹⁴³⁵. Originellement, « les tribunaux se trouvant dans l'obligation de créer de toutes pièces un système de droit international privé, sont partis du droit civil » pour créer des

¹⁴³⁴ P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *op. cit.*, § 11.

¹⁴³⁵ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 22.

catégories de rattachement correspondant « aux grandes catégories de notre droit civil interne »¹⁴³⁶. En effet, le droit des conflits de lois principalement de source nationale jusqu'au XXème siècle a conduit à envisager la qualification conformément aux catégories de rattachement retenues par l'ordre juridique du for. Ce procédé est parfaitement logique puisque toute règle de conflit de source nationale doit être interprétée conformément à l'esprit de son législateur¹⁴³⁷. Par conséquent, l'interprétation des situations internationales est demeurée conforme à ce système ancien. Pourtant, cela pourrait paraître contestable puisque le droit positif s'est construit à l'aune de sources internationales.

1040. La légitimation de la qualification *lege fori* par l'antériorité de l'ordre interne sur l'ordre international. En outre, il est considéré que « la qualification *lege fori* est la conséquence inéluctable du caractère national des systèmes de solution de conflits de lois »¹⁴³⁸. En effet, « puisqu'il appartient à la règle de conflit française de désigner le droit étranger auquel elle offre la compétence, le tribunal doit, en présence d'un cas concret, délimiter le domaine d'application de la loi déclarée compétente par la règle de conflit de son pays même lorsqu'elle n'attribue pas compétence à la loi française »¹⁴³⁹. Cela signifie que le tribunal applique la règle de conflit de laquelle il dépend, mais ceci vaut, quelle que soit sa source. Par conséquent, l'argument relatif à l'antériorité de l'ordre interne a pu effectivement être transposé en droit positif. De cette manière, il est toujours admis que l'ordre national est antérieur à l'ordre international et notamment au stade de la qualification. Ainsi, « une institution est (...) créée à partir d'éléments hétérogènes et, en cela, elle est internationale ; mais elle est nationale par sa source et sa construction, car elle trouve son homogénéité dans la cohésion et l'équilibre que lui donne le système de règles de conflit de l'ordre du for »¹⁴⁴⁰. La qualification *lege fori* a alors naturellement vocation à s'appliquer en amont, quelle que soit la source de la règle de conflit, et dans tout système de conflit bilatéraliste. De plus, cette affirmation se prolonge par l'application à laquelle peut seule prétendre la *lex fori* dans une situation relevant du droit des conflits de lois.

¹⁴³⁶ P. Lerebours-Pigeonnière et Y. Loussouarn, *op. cit.*, § 11.

¹⁴³⁷ Voir en ce sens : E. Martin, « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *op. cit.*, p. 225 : « (...), à défaut d'un législateur placé au-dessus des Etats pour leur imposer des règles de conflit ou pour fixer dans le détail le sens de celles qu'ils adoptent, il n'appartient qu'au législateur interne de chaque Etat, lorsqu'il se fait l'interprète du droit international privé rationnel, en s'appropriant telle ou telle règle de conflit, de marquer la mesure dans laquelle il se l'approprie. Les Etats étrangers dont les institutions bénéficieront de ces règles de conflit n'ont pas plus le droit d'en fixer en détail le sens qu'ils n'ont eu le droit de les imposer ».

¹⁴³⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 263.

¹⁴³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁴⁰ B. Ancel, *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, *op. cit.*, § 163.

b) *Le rattachement certain à la loi du for*

1041. La vocation naturelle et certaine de la *lex fori*. Bien que l'ordre national soit considéré comme antérieur à l'ordre international au regard de l'application des règles de conflit de l'ordre juridique saisi, cette antériorité se déduit aussi de la vocation naturelle de la *lex fori* à s'appliquer. Effectivement, « tant qu'aucune loi n'est désignée pour régir le fond du litige, la seule loi en vertu de laquelle le juge puisse décider est celle de son for »¹⁴⁴¹. Plus précisément, « à raison de la place occupée par la qualification dans le processus du raisonnement conflictuel, il est inconcevable qu'elle soit soumise à une loi autre que la *lex fori* »¹⁴⁴². Au stade de l'interprétation de la règle de conflit qui constitue l'étape préalable à la solution du conflit de lois, « la loi étrangère n'a aucun titre à s'appliquer au moment où l'on qualifie » et, « à raison du caractère préalable de la qualification, le seul rattachement dont la certitude apparaisse au moment où la qualification doit être donnée est le rattachement juridictionnel »¹⁴⁴³.

1042. Une qualification motivée par la sécurité juridique. La qualification *lege fori* se justifie d'autant plus par la légitimité à laquelle peut prétendre la *lex fori* en termes d'application au regard de la situation d'espèce. Par conséquent, la qualification *lege fori* semble être la méthode d'interprétation la plus à même de répondre à une logique d'égalité de traitement des sujets de droit puisque d'une part, elle s'applique à juste titre, conformément aux règles de conflit applicables par l'ordre juridique saisi, et d'autre part, elle légitime son recours par la certitude du rattachement, à savoir la *lex fori*. L'interprétation pourra désormais être prévisible et sécurisée par l'antériorité de l'ordre interne sur l'ordre international. Hormis l'assurance d'une certaine sécurité juridique, le recours à la qualification *lege fori* garantit également l'homogénéité des interprétations.

2) La qualification *lege fori* justifiée par une interprétation univoque

1043. La qualification *lege fori* offre plus que la sécurité juridique puisqu'elle invite à la mise en place d'une interprétation univoque des règles de conflit. En effet, l'homogénéité des qualifications est permise par le recours au rattachement juridictionnel (a). De plus, l'uniformité d'interprétation est assurée par la suppression du conflit de qualifications (b).

¹⁴⁴¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 293.

¹⁴⁴² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 263.

¹⁴⁴³ *Ibid.*

a) *L'homogénéité d'interprétation réalisée par le recours au rattachement juridictionnel*

1044. La qualification *lege fori* exigée au regard de l'ordre juridique saisi. S'il a pu être justifié de recourir à la qualification *lege fori* par l'antériorité de l'ordre national sur l'ordre international et surtout au regard de la certitude de rattachement imputable à l'ordre juridique saisi, il convient d'aller encore plus loin. « Si, au regard de nos tribunaux, le règlement de tout conflit dépend en premier lieu de la règle de conflit française, cette dernière ne peut être interprétée qu'en recourant aux définitions, aux notions que notre droit international privé prend en considération »¹⁴⁴⁴. Cela signifie que dans la mesure où l'interprétation des règles de conflit porte sur celles applicables par l'ordre juridique du for, elle ne peut être réalisée qu'à l'aune des conceptions de l'ordre juridique saisi¹⁴⁴⁵. C'est pourquoi « selon Bartin, pour fixer les catégories de droit, le juge devait se servir exclusivement des constructions intellectuelles dégagées par son droit interne »¹⁴⁴⁶. Véritablement, il s'agit d'une question de cohérence. Puisqu'il revient au juge saisi d'interpréter les règles de conflit applicables, il doit nécessairement le faire compte tenu des conceptions de son ordre juridique. Les règles de conflit applicables dans un ordre juridique donné ne peuvent être interprétées que par l'autorité judiciaire propre à cet ordre juridique et conformément à ses conceptions. Outre la cohérence du raisonnement, ceci permet de garantir une homogénéité d'interprétation.

1045. L'assurance d'une interprétation homogène. En effet, tout juge n'est pas apte à qualifier une règle de conflit conformément aux conceptions d'un ordre juridique étranger puisqu'il n'en a pas les connaissances requises. Par conséquent, par souci de cohérence et de sécurité juridique, le juge du for ne peut interpréter que conformément aux conceptions de son ordre juridique. Ainsi, l'homogénéité des interprétations devrait être assurée, aucune interprétation divergente ne devant *a priori* apparaître. De plus, le même constat peut s'effectuer à l'égard de l'effet que produit la qualification *lege fori*.

b) *L'uniformité d'interprétation assurée par la suppression des conflits de qualifications*

1046. La résolution du problème de qualification. La qualification *lege fori* présente un avantage incontestable par rapport à la qualification *lege causae* car elle a pour

¹⁴⁴⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 263.

¹⁴⁴⁵ Ex. : Cass., Civ. 1^{ère}, 20 oct. 2010, n°08-17.033, préc., dans lequel la Cour énonce que « justifie sa décision la cour d'appel qui qualifie, par application de la loi du for, les parts sociales d'une société immobilière de biens mobiliers, leur situation à l'étranger étant sans incidence sur leur dévolution conformément à la loi française du lieu d'ouverture de la succession ».

¹⁴⁴⁶ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 33.

effet de trancher le conflit de qualifications. Contrairement à la qualification *lege causae* qui ne résout pas le problème de qualification, la qualification *lege fori* y met un terme en considérant que l'interprétation ne sera faite qu'à l'égard des conceptions d'un seul ordre juridique. Par conséquent, toutes les critiques imputables à la qualification *lege causae* disparaissent et l'uniformité de la qualification sera indéniablement assurée.

1047. L'assurance d'une qualification uniforme. Finalement, si la sécurité juridique est assurée par le recours à la qualification *lege fori*, l'homogénéité de la qualification l'est également. Or, ce sont des préalables indispensables à la réalisation de l'égalité de traitement des sujets de droit. Ainsi, la qualification *lege fori* semble présenter les qualités requises à la réalisation de cet objectif, d'autant plus qu'elle constitue un mécanisme adapté, mais également adaptable eu égard aux systèmes conflictuels.

B. LE RECOURS A LA QUALIFICATION *LEGE FORI* MOTIVE PAR SON ADAPTABILITE

1048. La qualification *lege fori*, outre les qualités qu'elle présente, constitue également une méthode adaptée et adaptable. Effectivement, elle ne constitue pas une méthode strictement nationale dans la mesure où elle intègre dans son raisonnement la *lex causae*. Or, ceci paraît indispensable en vue de garantir une méthode parfaitement complète (1). De plus, elle a réussi à s'adapter au phénomène de régionalisation des règles de conflit et de la sorte maintenir l'homogénéité d'interprétation (2).

1) Une qualification adaptée par l'intégration complémentaire de la *lex causae*

1049. Bien que la qualification *lege fori* consiste à interpréter les règles de conflit conformément aux conceptions de l'ordre juridique du for, elle n'en exclut pas pour autant toute prise en compte de la loi étrangère. En effet, l'analyse des institutions étrangères constitue un préalable nécessaire à la qualification *lege fori* en vue de garantir une interprétation juste et conforme à la situation d'espèce (a). En outre, parallèlement, la qualification *lege fori* n'empêche pas le recours à la qualification en sous-ordre à titre complémentaire, laquelle suppose de se référer à la *lex causae* (b).

a) L'analyse préliminaire des institutions étrangères par concordance aux situations d'espèce

1050. Le cas particulier des institutions étrangères. La qualification *lege fori* constitue la méthode la plus sécurisée et la plus à même de garantir une interprétation uniforme des règles de conflit par l'ordre juridique saisi. Pour autant, cela ne signifie pas totalement que toute qualification *lege causae* soit exclue. Effectivement, il est des cas où

l'ordre juridique saisi peut se retrouver face à une institution étrangère des conceptions du for. Par conséquent, « lorsqu'il s'agit d'une institution ou d'une technique étrangère inconnue du droit français, (l'analyse) ne peut être menée que selon la loi étrangère qui est la loi organique de l'institution »¹⁴⁴⁷. Il s'agit de l'exemple de la célèbre affaire *Bartholo*, dans laquelle « la quarte du conjoint pauvre ne pouvait être analysée que par référence à la loi maltaise »¹⁴⁴⁸. Comme l'expliquait Lerebours-Pigeonnière, la démarche est la suivante : « quand nous décidons d'appliquer une loi étrangère, nous envisageons le cas tel qu'il est dans le droit étranger et c'est en fonction de ses caractères propres que nous déterminons le rattachement commandé par le droit international privé »¹⁴⁴⁹.

1051. La prise en considération du droit étranger en amont de la qualification.

Ainsi, même en recourant à la qualification *lege fori*, les concepts du droit étranger peuvent être pris en compte. De cette manière, « la qualification comporte (...) deux phases : une phase préparatoire d'analyse qui, le cas échéant, prendra en considération la loi étrangère et une phase de jugement selon la loi du for »¹⁴⁵⁰. A ce sujet, Raape évoquait précisément un processus de « subsomption sous la règle de conflit » par lequel « l'Etat étranger caractérise ses règles, l'Etat du for les classe »¹⁴⁵¹. Il faut « déterminer les caractéristiques et conséquences juridiques de l'institution »¹⁴⁵² afin de pouvoir la ranger dans les catégories du for. Par conséquent, « cette analyse peut imposer d'entrer assez précisément dans le détail des dispositions étrangères »¹⁴⁵³.

1052. Une qualification adaptée quelle que soit la situation internationale.

Finalement, si la qualification *lege fori* permet d'inclure les institutions étrangères à l'ordre juridique du for, elle constitue une méthode adaptée puisqu'elle permet d'interpréter toute règle de conflit quelles que soient les circonstances de l'espèce. Par conséquent, elle constitue un processus globalisant qui s'applique à toute situation. Il s'agit d'un caractère particulièrement important dans la mesure où aucune situation ne sera exclue par le recours à

¹⁴⁴⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel, et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 272.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁴⁹ P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, § 256.

¹⁴⁵⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 294.

¹⁴⁵¹ L. Raape, « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé », *RCADI*, 1934, vol. n°50, § 91.

¹⁴⁵² S. Clavel, *op. cit.*, § 87.

¹⁴⁵³ *Ibid.* ; laquelle reprend notamment l'exemple des unions homosexuelles contractées à l'étranger expliquant que « de nombreux pays ont consacré des unions civiles entre personnes de même sexe, sans toutefois leur attribuer un régime juridique équivalent à celui du mariage ». C'est pourquoi une analyse précise du droit étranger s'avère nécessaire.

cette méthode. L'égalité de traitement sera donc préservée. De plus, la qualification *lege fori* n'empêche pas de recourir aussi à une qualification en sous-ordre.

b) *L'appel secondaire à une qualification en sous-ordre par complémentarité*

1053. La qualification en sous-ordre. Il est des situations dans lesquelles les qualifications peuvent être soumises à la qualification *lege causae*, que « Bartin appelait « qualifications en sous-ordre » parce qu'elles ne commandent pas la détermination de la loi applicable »¹⁴⁵⁴. En effet, ce dernier « réservait une exception à la qualification *lege fori* dans le domaine réel, en considérant que la souveraineté du for devait s'effacer devant celle du lieu de situation du bien à qualifier pour des raisons de sécurité juridique »¹⁴⁵⁵. Véritablement, le raisonnement opéré par Bartin était de considérer que « quand le droit international privé français décide que le régime des biens relève de la loi du lieu de leur situation, (...), il abandonne à la *lex rei sitae*, (...), toutes les définitions et classifications des institutions rentrant dans le groupe délimité par lui »¹⁴⁵⁶. Il en serait de même à l'égard de « la qualification française des formes qui rend compétente la loi étrangère du lieu de rédaction »¹⁴⁵⁷. Ainsi, la qualification *lege causae* serait prise en compte, mais cette fois-ci plus en amont de la qualification.

1054. Des qualifications secondaires complémentaires. Véritablement, il ne s'agit pas d'une exception à la qualification *lege fori* parce qu'il s'agit de qualifications en sous-ordre c'est-à-dire de qualifications secondaires. Cette qualification ne vise que les hypothèses dans lesquelles la qualification ne détermine pas la solution du conflit de lois. Elle ne concerne que les cas pour lesquels « la compétence législative n'est pas influencée par la qualification donnée »¹⁴⁵⁸. C'est pourquoi elles ne peuvent être contestées, car ce ne sont pas des qualifications internationales, issue de la qualification *lege fori*, mais des qualifications internes qui se situent en marge du droit international privé. Elles sont donc relativement hypothétiques¹⁴⁵⁹. Néanmoins, il n'empêche qu'elles justifient de nouveau une prise en compte de la *lex causae* aux côtés de la qualification *lege fori*. Ces qualifications s'inscrivent en complément de la qualification *lege fori* et signifient que, lorsque la solution du conflit de

¹⁴⁵⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 274.

¹⁴⁵⁵ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 73.

¹⁴⁵⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 274.

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*

lois n'a pas besoin d'être déterminée par une méthode de qualification propre, alors la situation sera qualifiée conformément à la *lex causae* en cause

1055. Une qualification *a priori* adaptée à la diversité des situations internationales. En outre, la *lex causae* n'est pas totalement exclue du processus de qualification *lege fori* et peut faire l'objet d'une analyse au préalable ou être utilisée en parallèle lorsque la méthode de la qualification *lege fori* n'a pas vocation à s'appliquer. Par conséquent, quelle que soit l'hypothèse, la qualification *lege fori* intègre parfaitement les conceptions du droit étranger sans pour autant laisser en suspens le problème de qualification. Il s'agit donc d'une méthode adaptée puisque seront finalement et indirectement prises en compte les conceptions propres à chaque ordre juridique dès que cela s'avère nécessaire. Ainsi, les intérêts des particuliers ne devraient pas pouvoir être lésés et l'égalité de traitement assurée. Bien qu'elle soit adaptée, la qualification *lege fori* est aussi adaptable.

2) Une qualification adaptable aux règles de conflit supranationales

1056. La qualification *lege fori* est également une méthode adaptable puisqu'elle a su répondre à la production de nouvelles règles de conflit de sources supranationales et essentiellement européennes. D'une part, elle a su s'adapter *via* la création de qualifications communes insérées dans les textes internationaux (a) et, d'autre part, par le recours à une interprétation autonome produite par un organe judiciaire autonome (b).

a) *La création de qualifications communes compatibles avec la qualification lege fori*

1057. L'établissement de qualifications communes dans les textes internationaux. Initialement, à l'époque où Bartin a découvert le problème de qualification et qu'il s'est positionné en faveur de la qualification *lege fori*, les règles de conflit étaient essentiellement de source nationale. Pour autant, la qualification *lege fori* n'a pas constitué un véritable obstacle lors de la création de règles de conflit supranationales, et notamment européennes. Dans le cadre de l'Union européenne, ou de la Conférence de La Haye, les rédacteurs des règlements et conventions se sont efforcés de donner eux-mêmes « les qualifications essentielles »¹⁴⁶⁰. Par exemple, « la Convention de La Haye de 1984 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance a pris soin de définir dans son article 2 cette institution »¹⁴⁶¹. Par conséquent, les rédacteurs « cherche(nt) à éviter le problème des qualifications en construisant les règles de rattachement à partir de concepts qui ne sont pas

¹⁴⁶⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 269.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*

chargés de significations fixes et divergentes dans les différents ordres juridiques internes »¹⁴⁶². Ainsi, le procédé consiste à créer des qualifications communes au sein des conventions internationales ou règlements européens, lesquels « prennent soin de définir les termes employés par (eux), et cela de manière exhaustive, soit encore par élimination de certaines matières »¹⁴⁶³. Le but est alors de « couper court aux hésitations que suscitent les questions cavalières »¹⁴⁶⁴.

1058. Des qualifications préservant la qualification *lege fori*. En précisant en quelque sorte, au sein des textes, la qualification européenne ou internationale retenue, le juge du for pourra donc toujours qualifier *lege fori* puisque les règles de conflit supranationales, au regard de la hiérarchie des normes, font partie intégrante du droit positif. Il s'agit donc de conceptions qui doivent être parfaitement intégrées au sein de l'ordre juridique du for. Cependant, afin d'éviter une divergence d'interprétations à l'égard de règles de conflit applicables dans plusieurs Etats, les textes internationaux prévoient eux-mêmes la qualification retenue. « L'objectif recherché se comprend aisément : c'est une uniformisation de l'application des textes »¹⁴⁶⁵. Il s'agit de « limiter l'incidence des conceptions propres à chaque système juridique national sur leur interprétation, et, par suite, éviter des disparités dans leur mise en œuvre »¹⁴⁶⁶.

1059. La qualification *lege fori* adaptable aux règles de conflit supranationales. Finalement, la qualification *lege fori* fait preuve d'adaptabilité puisqu'elle ne soulève pas de difficultés à l'égard de l'application des règles de conflit supranationales. De plus, elle s'insère parfaitement dans le système des règles de conflit supranationales et tend à une certaine uniformisation des interprétations. Elle s'inscrit dans une perspective d'égalité de traitement du sujet de droit, puisque, quelle que soit la source de la règle de conflit applicable, celle-ci ne fera pas l'objet d'une interprétation aléatoire. De plus, cette stabilité assurée par la qualification *lege fori* est garantie, au niveau supranational, par l'existence d'un organe judiciaire autonome.

¹⁴⁶² G. Van Hecke, « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XXème siècle », *op. cit.*, p. 939 et s.

¹⁴⁶³ B. Ancel, « La qualification », *op. cit.*, § 65.

¹⁴⁶⁴ *Ibid.*

¹⁴⁶⁵ M. Audit, « L'interprétation autonome du droit international communautaire », *chron.*, *JDI* n°3, juill. 2004, § 12.

¹⁴⁶⁶ *Ibid.*

b) *L'apparition d'une interprétation supranationale autonome conciliable avec la qualification lege fori*

1060. L'interprétation autonome de la CJUE. Il arrive que « les précisions données par le législateur européen concernant le sens des catégories employées par les règles de conflit qu'il édicte ne (soient) pas toujours suffisantes »¹⁴⁶⁷. C'est pourquoi l'Union européenne s'est dotée d'un organe judiciaire, à savoir la Cour de justice de l'Union européenne. Son rôle consiste, « dans le cadre de ses pouvoirs d'interprétation du droit de l'Union », à « préciser le sens des notions »¹⁴⁶⁸ contenues dans les règlements européens et certains instruments internationaux¹⁴⁶⁹. Or, toute interprétation faite par la CJUE est « autonome » c'est-à-dire que « le seul fait pour celle-ci de donner à un texte une signification particulière confère à son interprétation une nature autonome, en ce sens que les juridictions des Etats membres seront alors contraintes de mettre en œuvre ledit texte en se pliant à l'interprétation résultant de la jurisprudence communautaire et sans pouvoir substituer à celle-ci leur propre interprétation ». ¹⁴⁷⁰ De cette manière, « est prévenu le risque d'une interprétation plurale des règles et concepts communautaires »¹⁴⁷¹.

1061. L'assurance d'une interprétation uniforme grâce à la qualification *lege fori*. En outre, la création d'un organe judiciaire dont l'une des fonctions est l'interprétation des règlements européens permet, en l'absence de qualifications communes insérées dans les textes, de garantir une nouvelle fois une interprétation uniforme¹⁴⁷², laquelle sera appliquée par les juridictions nationales. Par conséquent, les juges nationaux feront des interprétations européennes les leurs c'est-à-dire qu'ils les intégreront à leurs propres conceptions. Par conséquent, la qualification *lege fori* semble donc bien la méthode la plus adaptée puisqu'elle garantit, quelle que soit la règle de conflit applicable, une véritable uniformité d'interprétation, laquelle est assurée directement par les juges nationaux et indirectement par le juge européen.

¹⁴⁶⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 269.

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*

¹⁴⁶⁹ CJUE, 7 juin 2018, aff. C-83/17, *D. actualité*, 19 juin 2018, note F. Mélin : « la CJUE interprète l'article 4 du Protocole de La Haye du 23 nov. 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires et détermine les conditions d'applicabilité de la loi du for ».

¹⁴⁷⁰ M. Audit, *op. cit.*, § 17.

¹⁴⁷¹ B. Ancel, « La qualification », *op. cit.*, § 69.

¹⁴⁷² Ex : CJUE, 1^{er} mars 2018, aff. C-558/16, *JDI* n°4, oct. 2018, p. 20, dans lequel « la Cour résout une difficulté de qualification classique concernant certains droits du conjoint survivant » à propos du champ d'application matériel du règlement « successions » ; « la méthode de qualification (...) ne diffère pas de celle naguère utilisée par nos tribunaux en ce qui concerne l'objet à qualifier ».

1062. La qualification *lege fori* corollaire de l'égalité de traitement. Finalement la qualification *lege fori* constitue la méthode à préconiser dans un système de conflit bilatéraliste puisqu'elle assure une véritable sécurité juridique mais aussi parce qu'elle garantit une homogénéité de qualification et ceci quelle que soit la source de la règle de conflit. Pourtant, si la qualification *lege fori* semble assurer l'égalité de traitement des sujets de droit au regard des caractères qu'elle présente, ceci n'est qu'une apparence.

SOUS-SECTION 2 : L'ABANDON DE LA QUALIFICATION *LEGE FORI* AU PROFIT D'UNE QUALIFICATION AUTONOME CONDITIONNEE PAR L'EGALITE DE TRAITEMENT

1063. Si la préférence a été accordée en droit positif à la qualification *lege fori* par rapport à la qualification *lege causae*, c'est parce qu'elle présente incontestablement bien plus d'avantages, lesquelles s'inscrivent, *a priori*, dans l'idéologie de la méthode conflictuelle. Cependant, si, de prime abord, ces bienfaits semblent réaliser l'égalité de traitement, il ne s'agit que d'un résultat relatif. En effet, une étude plus approfondie de la qualification *lege fori* invite à considérer que celle-ci provoque davantage une inégalité de traitement entre les sujets de droit, qu'elle ne permet une interprétation identique (§ 1). Par conséquent, à défaut de ce choix malencontreux, il serait préférable, voire envisageable, de recourir à une qualification internationale, seule corollaire de l'égalité de traitement (§ 2)

§ 1 – L'INEGALITE DE TRAITEMENT ENGENDREE PAR LE RECOURS A LA QUALIFICATION *LEGE FORI*

1064. La qualification *lege fori* présente un désavantage particulier dans la mesure où elle favorise une inégalité de traitement vis-à-vis des sujets de droit. En effet, elle fait état de nombreuses insuffisances qui mettent à mal toute sécurité juridique et conduisent à une véritable hétérogénéité des interprétations (A). De plus, l'emploi de cette méthode est d'autant plus contestable dans la mesure où elle est nécessairement orientée par les intérêts de l'ordre juridique du for, ce qui conduit inévitablement à remettre en cause l'égalité de traitement (B).

A. DE L'ILLUSOIRE SECURITE JURIDIQUE A L'HETEROGENEITE DES INTERPRETATIONS

1065. De prime abord, la qualification *lege fori* semble la méthode la plus adaptée en droit des conflits de lois. Cependant, cette méthode est atteinte par certains vices. D'une part, certaines imperfections lui sont classiquement imputées lesquelles conduisent finalement à une hétérogénéité d'interprétation devant les juges nationaux (1). D'autre part, cette méthode

est, en vérité, incompatible avec les règles de conflit supranationales. En effet, en l'absence d'interprétation commune, la qualification *lege fori* jouera nécessairement, et mènera indéniablement à une diversité de qualifications d'un Etat à l'autre (2).

1) De l'homogénéité à l'hétérogénéité d'interprétation

1066. En principe, la qualification *lege fori* constitue la méthode la plus à même de garantir une homogénéité d'interprétation des règles de conflit. Par exception, il arrive que certaines institutions soient irréductibles à une seule catégorie de rattachement et remettent en cause ce résultat (a). Pour remédier à cette carence, il a été proposé de déformer les catégories de rattachement du for. Malheureusement, cette démarche est insuffisante pour assurer une parfaite homogénéité d'interprétation (b).

a) L'irréductibilité de certaines institutions à une seule catégorie de rattachement

1067. L'impossible classement d'une institution étrangère. « L'expérience révèle qu'une institution inconnue du droit français n'est pas nécessairement réductible à une catégorie unique »¹⁴⁷³. Si parfois, en analysant la *lex causae*, il est possible de classer une institution étrangère dans les catégories du for, d'autres fois, cette méthode s'avère impossible à employer. En effet, il arrive que l'institution étrangère invoquée soit insusceptible d'être rapportée, « que ce soit positivement ou négativement à une institution française »¹⁴⁷⁴.

1068. L'exemple du *trust*. Classiquement est utilisé l'exemple du *trust* anglo-saxon lequel consiste en un « démembrement de la propriété entre le *trustee* et le bénéficiaire » et « est utilisé à de multiples finalités »¹⁴⁷⁵. Il s'agit d'une institution étrangère qui semble irréductible à tout classement dans les catégories du for parce qu'elle peut se traduire sous l'égide de diverses fonctions¹⁴⁷⁶. Par conséquent, en pratique, « la jurisprudence tend à forcer ses catégories de rattachement afin de l'insérer dans l'une d'elles, selon sa fonction dans le

¹⁴⁷³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 263.

¹⁴⁷⁴ B. Ancel, « La qualification », *op. cit.*, § 44.

¹⁴⁷⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 263.

¹⁴⁷⁶ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 87 : « S'il est, en effet, un constat sur lequel on s'accorde à propos du *trust*, c'est celui de la multiplicité des fonctions auxquelles il peut être employé » ; « Et de fait, le *trust* peut être utilisé aussi bien pour assurer la protection des intérêts pécuniaires des incapables, pour surmonter l'absence de connaissances nécessaires à la gestion d'un patrimoine de la part de son titulaire, pour gérer les intérêts des époux et notamment le sort du domicile conjugal en cas de rupture du lien matrimonial, pour régler les relations patrimoniales lors de la rupture d'un concubinage, que pour remplir les fonctions qui sont en France traditionnellement confiées aux fondations, voire aux personnes morales. C'est dire que les catégories juridiques susceptibles d'accueillir cette institution sont extraordinairement diverses si on l'envisage à la lumière de ses fonctions. Plus encore, la situation se complique du fait que le même *trust* peut avoir été constitué pour remplir plusieurs fonctions ».

cas d'espèce »¹⁴⁷⁷. Ainsi, « utilisé à des fins multiples, le *trust* n'est pas réductible à une catégorie unique »¹⁴⁷⁸. De cette manière, « son assimilation à une institution connue du for varie au cas par cas, suivant la finalité qu'il poursuit »¹⁴⁷⁹.

1069. Une qualification au cas par cas. L'exemple du *trust* permet de considérer que la qualification *lege fori* n'est pas une méthode si parfaite qu'elle en a l'air puisqu'elle peut conduire, en vérité, à une interprétation totalement variable lorsque l'institution étrangère n'est réductible à aucune catégorie du for. Par conséquent, l'homogénéité de qualification peut être mise à mal, ce qui impactera nécessairement l'égalité de traitement des sujets de droit. De plus, si le recours à la qualification *lege fori* s'avère, en réalité, inadaptable à toute institution en cause, elle entraîne parfois la déformation des catégories de rattachement du for.

b) *La réponse insuffisante de la déformation des catégories de rattachement du for*

1070. La déformation des catégories de rattachement face à l'irréductibilité de certaines institutions. Face à cette difficulté que peuvent soulever les institutions étrangères, il a pu être préconisé par la doctrine « d'élargir ou d'assouplir nos catégories de rattachement »¹⁴⁸⁰ afin de pouvoir accueillir ces institutions étrangères. Grossièrement, cela signifie que « la nécessité de classer dans les catégories du for des institutions étrangères plus ou moins hétérogènes conduit à envisager une (...) déformation des catégories du droit interne »¹⁴⁸¹. Il s'agit donc, afin de garantir la qualification de toute institution au sein d'une catégorie de rattachement, d'internationaliser les concepts de l'ordre juridique interne c'est-à-dire ses catégories de rattachement. *A priori*, la démarche intellectuelle semble parfaitement louable puisqu'elle permettrait l'intégration de toute institution étrangère au sein des catégories de rattachement du juge saisi. Cependant, deux objections s'élèvent contre cette méthode de déformation.

1071. La persévérance d'une qualification casuistique. D'une part, au regard de la jurisprudence de droit positif, il apparaît que ce procédé n'empêche pas la qualification au cas par cas de certaines situations. Le *trust* demeure l'exemple le plus concret. Par conséquent, « l'assimilation du *trust* à une catégorie du for (est) variable selon les circonstances de chaque espèce » et conduit à « une déformation (de l'institution) en même temps que la catégorie du

¹⁴⁷⁷ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 103.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, § 101.

¹⁴⁸¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 297.

for »¹⁴⁸². En aucun cas, la déformation des catégories de rattachement du for ne résout explicitement le problème, puisque l'interprétation du *trust* demeure variable et donc hétérogène.

1072. Le déplacement du problème de qualification au stade de l'application de la règle. D'autre part, la déformation des catégories de rattachement ne constitue pas une véritable solution. Elle consiste à permettre l'intégration d'institutions étrangères donc inconnues du droit français. Si parfois, la démarche est légitime dans des cas pour lesquels l'institution étrangère mérite d'être justement interprétée au regard des catégories de rattachement du droit français, tel n'est pas toujours le cas. L'exemple traditionnellement invoqué est celui des unions polygamiques. Grâce à l'élargissement des catégories de rattachement internes, le mariage polygamique a pu être intégré à la catégorie propre au mariage. Cependant, comme l'a affirmé le Professeur Bertrand Ancel, « le choix de l'élargissement de la catégorie a son coût et (...) les incompatibilités qu'il dépasse au départ de la démarche conflictuelle, au stade de la qualification, ne se dissolvent pas d'elles-mêmes mais, au contraire, se retrouvent à l'arrivée, au stade de la mise en œuvre du droit matériel désigné »¹⁴⁸³. De cette façon, le mariage polygamique est classé parmi les catégories de rattachement de l'ordre juridique du for, mais sera écarté par la suite par le jeu de l'ordre public international. De cette manière, le problème est déplacé, mais n'est pas résolu¹⁴⁸⁴.

1073. Une méthode de qualification insuffisante. Finalement, la qualification *lege fori* n'est pas parfaitement adaptable face aux institutions inconnues du droit du for. Elle peut soulever des difficultés auxquelles elle ne parviendra jamais à remédier parce que ses conceptions sont par essence incompatibles avec certaines institutions. Or, cette difficulté peut conduire à une certaine hétérogénéité d'interprétation des règles de conflit, ce qui n'est pas souhaitable dans un système de droit des conflits de lois garant d'une égalité de traitement des sujets de droit. De plus, si la qualification *lege fori* semblait se concilier parfaitement avec les règles de conflit supranationales, il ne s'agissait que d'une apparence.

2) Une qualification incompatible avec les règles de conflit supranationales

1074. Si la qualification *lege fori* ne constitue pas un obstacle à l'interprétation des règles de conflit supranationales sous l'égide d'une qualification commune, elle est en

¹⁴⁸² E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 105.

¹⁴⁸³ B. Ancel, « La qualification », *op. cit.*, § 46.

¹⁴⁸⁴ *Ibid.*

revanche inconciliable avec celle-ci en l'absence d'interprétation commune. Or, en pratique, de nombreux textes internationaux ne déterminent pas les qualifications relatives à leurs corps et invitent alors à utiliser la qualification *lege fori*. Cette conséquence est malencontreuse puisque la règle de conflit, objet d'un accord international, ne peut être interprétée conformément aux conceptions du for (a). Pourtant cette carence peut être comblée par le recours à une autorité judiciaire telle que la CJUE. Néanmoins, il s'avère qu'en pratique ces règles de conflit supranationales ne font pas l'objet d'une interprétation uniforme. Est alors laissée la place à la qualification *lege fori* (b).

a) *Le recours subsidiaire à la qualification lege fori malgré des qualifications communes*

1075. Le retour de la qualification *lege fori* à défaut de qualifications communes.

La qualification *lege fori* ne constitue pas un obstacle à l'interprétation des règles de conflit supranationales notamment dans la mesure où certains textes internationaux prévoient eux-mêmes des qualifications communes au sein de leur instrument¹⁴⁸⁵. Cependant, « les conventions internationales récentes s'efforcent, malheureusement trop rarement, de donner elles-mêmes les qualifications essentielles » de leurs textes¹⁴⁸⁶. Par conséquent, si, véritablement il s'agit d'une méthode louable, elle n'est que peu mise en œuvre en pratique. Or, si les textes internationaux ne prévoient pas eux-mêmes leurs propres qualifications, il revient alors à l'ordre juridique saisi d'interpréter ces règles de conflit supranationales¹⁴⁸⁷. Logiquement, le juge saisi ne devrait pas qualifier uniquement selon ses propres conceptions, mais conformément aux conceptions de l'organisation internationale qui a mis en place le texte supranational. Ainsi, tout règlement européen doit être interprété conformément à l'esprit de l'Union européenne. Cependant, il est incontestable que, dans la mesure où l'interprétation est laissée à l'appréciation des juges nationaux, elle pourra être divergente d'un Etat à l'autre, malgré la nécessaire conformité avec les conceptions de l'Union européenne. De plus, la tâche sera nécessairement plus difficile dans la mesure où le droit de l'Union « est loin d'avoir investi tout le champ du droit privé par des règles substantielles »¹⁴⁸⁸. Par conséquent, « en l'absence d'un droit substantiel européen dans un

¹⁴⁸⁵ Cf. *supra* § 1055 et s.

¹⁴⁸⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 269.

¹⁴⁸⁷ Voir en ce sens, Cass., Civ. 1^{ère}, 11 avr. 2018, n°16-24.653, *D. actualité*, 4 mai 2018, note F. Mélin ; *Dalloz* 2018, p. 1934, note L. d'Avout ; dans lequel la Cour précise le champ d'application de la Convention de Lugano : « une action visant à déterminer le propriétaire d'un immeuble situé en France est une action réelle immobilière au sens de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007, même s'il y a éventuellement lieu d'apprécier la fictivité de la société qui se présente de qualité de propriétaire ».

¹⁴⁸⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 269.

domaine donné, il n'est pas possible de prendre appui sur un tel droit pour construire une qualification européenne utile aux conflits de lois »¹⁴⁸⁹. Une nouvelle fois, l'homogénéité des qualifications pourrait être mise à mal. La qualification *lege fori* s'imposera alors d'elle-même, mais cette fois-ci conformément au droit national, sans prendre en compte le droit régional. En effet, celui-ci étant indéterminé ne fait donc pas partie intégrante des conceptions de l'ordre juridique du for.

1076. Le retour de la qualification *lege fori* à raison de qualifications lacunaires. De plus, si certaines conventions internationales ou certains règlements européens prévoient des qualifications communes, « ces définitions, énumérations et précisions se font cependant souvent par recours à des termes juridiques, concepts ou catégories, qui ne sont pas définis à leur tour »¹⁴⁹⁰. De cette manière persiste « le problème du contenu de ces termes et de leurs rapports avec le droit interne »¹⁴⁹¹. Finalement, les difficultés liées à la qualification demeurent puisque les qualifications communes retenues n'offrent pas « à l'interpréter (comme) une véritable référence interne »¹⁴⁹². Toute unification d'interprétation ne peut alors être espérée.

1077. Le retour à l'hétérogénéité d'interprétation entre ordres juridiques. Une fois encore, les procédés mis en place par le droit positif sont incomplets et tendront nécessairement à des divergences d'un système à l'autre et en l'occurrence en termes d'interprétation de la règle de conflit. La qualification *lege fori* semblait donc être une méthode adaptable aux règles de conflit supranationales, mais véritablement favorise les divergences d'interprétation à l'égard de règles de conflit issues d'une sphère régionale. Ceci se confirme au regard de l'insuffisance du rôle de la CJUE.

b) *Le recours nécessaire à la qualification lege fori à défaut de qualifications autonomes uniformes*

1078. La défaillance de la CJUE dans son rôle d'interprète. Si les textes internationaux ne font pas état de qualifications communes, les règlements européens ont l'avantage de pouvoir être interprétés par une Cour spécifique, à savoir la CJUE, et « l'efficacité du procédé est attestée par une longue série de décisions »¹⁴⁹³. Par conséquent, il

¹⁴⁸⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 269.

¹⁴⁹⁰ B. Ancel, « La qualification », *op. cit.*, § 66.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*

¹⁴⁹² *Ibid.*

¹⁴⁹³ B. Ancel, « La qualification », *op. cit.*, § 69.

pourrait être considéré que la Cour de justice pallie les défauts imputables aux règlements européens. Cependant, cela n'est pas réellement le cas.

1079. Une méthode d'interprétation variable. Premièrement, en l'absence de droit substantiel européen recouvrant intégralement le champ d'application du droit privé, la méthode d'interprétation de la Cour est parfois contestable, car elle tient compte de différents facteurs. En effet, parfois, elle procède « à une analyse empirique fondée, soit sur l'observation des droits substantiels des Etats membres, soit sur l'utilisation éventuelle du concept litigieux dans un texte de droit européen matériel, soit encore sur la finalité des textes qu'elle interprète »¹⁴⁹⁴. Or, en procédant de la sorte, la Cour de justice néglige « les objectifs du droit international privé »¹⁴⁹⁵ et risque, à terme, de conduire « à un éclatement des catégories, une même notion se retrouvant dotée de sens différents selon l'instrument en cause »¹⁴⁹⁶. Ainsi, la manière dont sont interprétés les règlements européens peut être contestée puisqu'elle ne permet pas nécessairement une interprétation uniforme, c'est-à-dire conforme à un droit européen, mais plutôt à une interprétation fonction de l'instrument en cause.

1080. Des divergences d'interprétation subsistantes entre juges nationaux et européen. Deuxièmement, en recourant à la qualification *lege fori* devant les juges nationaux, et à une qualification autonome européenne, des dissensions risquent d'apparaître. « Il est fort probable que les conflits de catégories ne soient pas tranchés de façon semblable par la Cour de justice et par les juges nationaux appelés à fixer leur compétence internationale de droit commun »¹⁴⁹⁷. Il s'agit de l'exemple classique des chaînes translatives de propriété, lesquelles sont de nature contractuelle pour le juge français et de nature délictuelle pour le juge européen. Une nouvelle fois, si la qualification *lege fori* n'empêche pas une interprétation autonome des règles de conflit supranationales, elle n'est pas si adaptable qu'elle y paraît. En effet, le double niveau de normes juridiques et d'interprètes va nécessairement conduire à certaines divergences d'interprétations, lesquelles ne peuvent donc garantir une homogénéité de qualification, ce qui est regrettable.

1081. Une interprétation autonome lacunaire. Troisièmement, comme pour les textes internationaux qui prévoient des qualifications communes, les interprétations

¹⁴⁹⁴ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 133.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*

¹⁴⁹⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 269.

¹⁴⁹⁷ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 134.

autonomes de la Cour « pour définir un concept appellent eux-mêmes une interprétation » et « les juges nationaux sont alors contraints de recourir au sens qu'en donne leur propre cadre juridique »¹⁴⁹⁸. Par conséquent, la qualification du droit européen peut demeurer lacunaire¹⁴⁹⁹ et finalement être abandonnée aux juges nationaux. Il peut être supposé que les qualifications varient d'un Etat à l'autre. Tout comme cela sera le cas lorsque la Cour de justice n'aura pas été saisie d'un recours préjudiciel en interprétation à l'égard d'une de ses règles de conflit.

1082. Une interprétation autonome résiduelle. Dernièrement, si la Cour de justice interprète de manière autonome, elle ne qualifie que le texte qui lui est soumis. Plus précisément, « les qualifications qu'elle dégage au regard (d'une convention) ne préjugent pas de celles qui pourraient l'être au regard d'une autre convention ou d'un droit commun étatique »¹⁵⁰⁰. Ainsi, les qualifications retenues à l'égard d'une convention ne s'étendent pas à une autre, notamment entre conflit de lois et conflit de juridictions. Par conséquent, les interprétations autonomes de la CJUE n'ont pas pour objet de créer des qualifications européennes et encore moins des catégories de rattachement communes. Or, ceci est parfaitement regrettable puisque le raisonnement, plus qu'autonome, est véritablement individualiste. L'homogénéité n'est recherchée qu'à l'égard du texte en tant que tel, mais pas du droit substantiel européen pris dans sa généralité. Ceci s'explique par le fait que « la Cour de justice utilise (...) une méthode d'interprétation téléologique en se fondant essentiellement sur la finalité des textes qu'elle interprète et sur les objectifs du droit communautaire »¹⁵⁰¹.

1083. De l'échec d'une qualification commune à l'hétérogénéité des qualifications nationales. Finalement, malgré l'institution d'une Cour spécifique dont la fonction principale est l'interprétation, aucune qualification européenne n'a su s'insérer en droit positif. Par conséquent, persiste pour chaque Etat membre la qualification *lege fori*, qui, adaptée pour des règles de conflit nationales, ne l'est plus pour des règles de conflit supranationales dès lors que celles-ci en sont l'objet. La porte aux interprétations divergentes est ouverte en l'absence d'unification des qualifications à une échelle régionale. De cette façon, l'homogénéité des qualifications ne sera pas atteinte. Le recours à la qualification *lege fori* ne peut donc fonctionner, conformément à une idéologie d'égalité de traitement des sujet

¹⁴⁹⁸ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 140.

¹⁴⁹⁹ Voir en ce sens : CJUE, 15 nov. 2018, aff. C-308/17, *D. actualité*, 29 nov. 2018, note F. Mélin, dans lequel la CJUE se penche de nouveau sur la notion de matière civile et commerciale utilisée par le règlement BI *bis* dont « la difficulté tenant à (sa) définition (...) est récurrente ».

¹⁵⁰⁰ E. Fohrer-Dedeurwaeder, *op. cit.*, § 145.

¹⁵⁰¹ T. Azzi, « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *Dalloz* 2009, p. 1621, § 22.

de droit, que dans un système de règles de conflit nationales. De plus, son emploi est d'autant plus contestable qu'elle est en vérité exempte de toute neutralité.

B. D'UNE INTERPRETATION ORIENTEE A UNE QUALIFICATION DISPARATE

1084. La méthode de la qualification *lege fori*, plus que critiquable à l'égard des défauts qu'elle présente est parfaitement contestable, et ceci pour deux raisons. D'une part, il s'agit d'une méthode exempte de neutralité dans l'interprétation des règles de conflit (1). D'autre part, il s'agit d'un procédé contraire à toute égalité de traitement à raison de l'hétérogénéité qu'il provoque (2).

1) La qualification *lege fori* : une méthode exempte de neutralité

1085. La qualification *lege fori* semble présenter certains mérites, mais elle ne peut en aucun cas garantir une interprétation neutre des règles de conflit de droit positif. D'une part, il s'agit d'une qualification fonction de l'ordre juridique saisi (a) et d'autre part, d'une qualification objet d'un résultat matériel (b).

a) Une qualification fonction de l'ordre juridique saisi

1086. Une qualification adaptée aux seules règles de l'ordre juridique saisi. La qualification *lege fori* consiste à interpréter la règle de conflit applicable conformément à l'ordre juridique saisi. C'est pourquoi « la première tendance de nombreux auteurs fut de demander au droit français toute définition, toute classification d'une institution juridique »¹⁵⁰². En effet, originellement, le droit des conflits de lois était construit sur la base de règles de conflit de source nationale. Par conséquent, lorsque le juge français était saisi, il appliquait conformément au droit positif et à la hiérarchie des normes, les règles de conflit françaises. De cette façon, il semble tout à fait logique que le juge français interprète ses propres règles de conflit conformément aux conceptions de son ordre juridique. Cependant, « l'intervention exclusive de la qualification nationale (...) n'a de raison d'être que pour la délimitation du sens français de nos règles de rattachement »¹⁵⁰³.

1087. Une qualification non transposable aux règles des autres ordres juridiques. Le recours à la qualification *lege fori* n'est valable que pour des règles de conflit de source nationale puisque le juge saisi interprétera ses propres normes juridiques. Or, dans un système plus étendu spécifique au droit des conflits, les règles de conflit peuvent, et sont

¹⁵⁰² P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, § 256.

¹⁵⁰³ *Ibid.*

devenues supranationales. Par conséquent, la qualification *lege fori* ne peut être employée à l'égard de ces règles. La seule hypothèse dans laquelle la qualification *lege fori* pourrait être admise serait qu'une qualification commune soit créée à l'égard de ces règles de conflit supranationales, et que celle-ci s'impose aux ordres juridiques en cause. Ainsi, la qualification commune ferait partie intégrante de l'ordre juridique du for, et le juge saisi pourrait qualifier *lege fori*. Cependant, tel n'est pas le cas en pratique¹⁵⁰⁴.

1088. Une qualification vectrice de divergences d'interprétation. En l'absence de qualifications communes, la qualification *lege fori* conduit nécessairement à une divergence d'interprétation selon le juge saisi. La difficulté principale réside dans le fait que chaque juge va interpréter ces règles de conflit conformément aux conceptions de son ordre juridique et non conformément aux conceptions de l'ordre juridique supranational, ou plus précisément de l'organisation internationale, qui a mis en place la règle de conflit supranationale. Ainsi, si la qualification *lege fori* semblait adaptée, elle ne l'a été qu'à l'époque des règles de conflit nationales. Aujourd'hui, elle invite à interpréter en fonction de l'ordre juridique saisi, et non pas en fonction de l'objectif poursuivi par la règle de conflit. Par conséquent, elle ne garantit pas une interprétation neutre des règles de conflit, mais plutôt fonction de l'ordre juridique saisi. De plus, elle traduit généralement l'expression d'une politique législative.

b) *Une qualification objet d'une politique législative nationale*

1089. L'expression d'un résultat à atteindre. Qualifier *lege fori* peut conduire à interpréter les règles de conflit de deux manières différentes. Francescakis considérait qu'elle peut être « une opération relativement concrète, c'est-à-dire comme une opération contemplant directement des institutions, mais ne visant que la sauvegarde de la cohésion de celles-ci »¹⁵⁰⁵, mais elle peut également être « une opération absolument concrète menée pour conduire à un résultat en soi désirable »¹⁵⁰⁶.

1090. Une méthode susceptible de mettre en échec la neutralité de la règle. Réellement, la qualification *lege fori* peut permettre au juge saisi de mettre en œuvre sa propre politique législative c'est-à-dire que le résultat matériel recherché pourra avoir une

¹⁵⁰⁴ Cf. *supra* § 1075 et s.

¹⁵⁰⁵ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, § 23.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*

influence sur la qualification¹⁵⁰⁷. Effectivement, « la référence au droit interne du for » peut permettre de « vérifier si un conflit de qualifications révèle ou non un véritable conflit d'intérêts »¹⁵⁰⁸. Ainsi, « lorsque l'ordre du for n'a qu'un intérêt mineur à imposer sa conception, le respect des liaisons systématiques de la loi effectivement applicable au rapport litigieux peut être préféré à la poursuite du droit interne du for »¹⁵⁰⁹. Par conséquent, cela signifie que la méthode de la qualification *lege fori* constitue un outil aux mains du juge lui permettant d'atteindre le résultat qu'il souhaite. Or, un tel procédé est nécessairement exempt de toute neutralité. Ainsi, si la règle de conflit peut être effectivement neutre, sa neutralité peut être remise en cause dès l'étape de la qualification. Or, ceci est contestable dans la mesure où sans neutralité, aucune égalité de traitement ne peut être assurée.

2) La qualification *lege fori* : un procédé aux antipodes d'une égalité de traitement

1091. La qualification *lege fori*, constituant une méthode susceptible de mettre en échec la neutralité de la règle de conflit, ne peut garantir une égalité de traitement des sujets de droit. Par conséquent, elle conduit à une fragmentation juridique (a) et invite à la fraude à la loi (b).

a) Une qualification instigatrice de fragmentation juridique

1092. Inévitablement le manque de neutralité dans l'interprétation des règles de conflit conduit à une fragmentation de l'interprétation. D'une part, si l'interprétation est fonction de l'ordre juridique saisi, cela signifie que d'un Etat à l'autre, à propos de la même règle de conflit, la qualification pourra diverger. D'autre part, si l'interprétation est influencée par un résultat matériel, cela signifie qu'une règle de conflit pourra recevoir une qualification différente d'une période à une autre, par un même ordre juridique, selon la politique législative du moment. Par conséquent, il serait préférable de commencer à envisager une méthode plus neutre que la qualification *lege fori* afin de favoriser une uniformisation de l'interprétation des règles de conflit. Sans cela, aucune égalité de traitement des sujets de droit ne pourra être assurée. Cette position doit être soutenue d'autant plus que la qualification *lege fori* invite les sujets de droit à la fraude.

¹⁵⁰⁷ A. Papaux, P. II, T. 4, Ch. 2, S. 2, S-S. 2, § 1, C. « De l'influence du résultat matériel sur la qualification », in *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction*, Thèse, Lausanne, 2002, LGDJ, 2003, spéc. p. 463.

¹⁵⁰⁸ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, op. cit., § 208.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*

b) *Une qualification incitatrice à la fraude à la loi*

1093. Dans la mesure où la qualification *lege fori* conduit parfois à des situations dans lesquelles une règle de conflit peut être interprétée différemment d'un ordre juridique à un autre, elle invite les justiciables à la fraude à la loi. En effet, « un rattachement unique (est) prédéterminé pour chaque catégorie » et « du choix de celle-ci dépend inéluctablement le droit applicable ». Cependant, « lorsqu'il y a hésitation sur la catégorie, un juge dispose (...) d'une certaine latitude pour orienter le résultat vers la solution qui lui paraît la plus juste ». Ces affirmations amènent à considérer que dans toutes les hypothèses où la qualification *lege fori* peut, selon le cas d'espèce, conduire à des interprétations très variables pour une même règle de conflit, selon le juge saisi, alors une porte est laissée ouverte à la fraude à la loi. Effectivement, si une règle de conflit est interprétée différemment d'un ordre juridique à l'autre, alors le justiciable saisira le juge dont la qualification conduit à l'application de la règle de conflit qui lui est la plus favorable. Finalement, l'hétérogénéité d'interprétation engendrée par la qualification *lege fori* en tant que méthode est accentuée par la possibilité qu'elle laisse au justiciable de l'étendre encore davantage. C'est pourquoi il serait préférable de recourir à une qualification autonome, seule capable de garantir une égalité de traitement des sujets de droit.

§ 2 – LE RECOURS ENVISAGEABLE A UNE QUALIFICATION INTERNATIONALE COROLLAIRE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

1094. Afin de défendre l'égalité de traitement des situations internationales au stade de la qualification des règles de conflit, il convient nécessairement de rechercher à quel procédé il serait préférable de recourir, notamment en analysant les caractères qui lui seraient indispensables, ainsi que la méthode qui a pu ou peut être proposée (A). Cependant, au regard de cette analyse tant théorique que pratique, la réalisation d'une qualification garante de l'égalité de traitement ne peut passer que par une qualification de droit international privé (B).

A. LES CARACTERES PREALABLES A UNE QUALIFICATION GARANTE D'EGALITE

1095. Pour combattre les lacunes de la qualification *lege fori* à l'égard de l'égalité de traitement, il faut appréhender différemment la méthode d'interprétation des règles de conflit. En effet, celle-ci doit présenter des caractères préalables que sont l'autonomie et l'universalité (1). Une fois ces caractéristiques admises, la méthode doit également faire l'objet d'une construction, laquelle passera inévitablement par l'élaboration d'une communauté de droit issue d'une approche comparative des différentes institutions existantes (2).

1) D'une qualification autonome à une qualification universelle

1096. Pour mettre un terme à l'inégalité de traitement qui est engendrée par le système de droit positif au regard de la qualification des règles de conflit, il faut que la méthode retenue présente deux caractères indispensables. D'une part, l'interprétation doit nécessairement être autonome (a), et d'autre part, doit inéluctablement être universelle (b).

a) Une qualification nécessairement autonome

1097. Une qualification neutre préalable à toute égalité de traitement. Pour construire une méthode de qualification en capacité d'assurer l'égalité de traitement des sujets de droit, celle-ci doit être neutre. Afin d'atteindre ce résultat, il convient d'établir une procédure d'interprétation parfaitement indépendante des conceptions de l'ordre juridique saisi. En effet, l'ordre juridique du for, en qualifiant selon ses propres conceptions, ne pourra jamais interpréter les règles de conflit de façon neutre.

1098. Une qualification corollairement autonome. Une méthode de qualification neutre suppose alors que cette dernière soit autonome, c'est-à-dire détachée des conceptions de l'ordre juridique saisi. Véritablement, il s'agit de la thèse soutenue par Rabel, lequel considérait que « le juge ne devrait pas être prisonnier de la qualification par référence à une loi déterminée, mais devrait dégager, (...), des concepts autonomes différents des concepts internes »¹⁵¹⁰. Il s'agit donc de « s'affranchir de tout système national dans la définition des catégories »¹⁵¹¹. En effet, en opérant une qualification autonome, c'est-à-dire indépendante des conceptions nationales, il s'agirait de procéder à une qualification internationale¹⁵¹². Par ce biais, aucune dénaturation ne serait plus susceptible d'arriver puisque l'interprétation ne serait plus fonction d'un ordre juridique précis, mais serait autonome. Il conviendrait donc de « dégager des notions suffisamment générales, en réalité suffisamment neutre, par rapport à un droit interne donné, pour qu'elles puissent s'adapter à tous les droits positifs, en intégrant les rapports les plus variés élaborés en vertu d'institutions étrangères »¹⁵¹³. La qualification autonome constitue donc le préalable à la mise en œuvre d'une interprétation neutre laquelle

¹⁵¹⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 265.

¹⁵¹¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 269.

¹⁵¹² Voir en ce sens : L. Meriggi, « Les qualifications en droit international privé », *RCDIP* 1933, p. 201, exposant que : « La qualification du phénomène à régler doit donc être déterminée, non d'après la *lex fori*, non d'après la loi étrangère, mais d'après les conceptions de la règle de conflit, c'est-à-dire d'après le droit international ».

¹⁵¹³ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 203.

est indispensable à assurer une égalité de traitement. Par conséquent, si la qualification doit être autonome, elle sera indubitablement universelle.

b) Une qualification inéluctablement universelle

1099. Une qualification universelle. Afin de mettre en place une méthode de qualification autonome, il faut « façonner des catégories juridiques abstraites dans lesquelles toutes les institutions de tous les droits nationaux viendraient s'inscrire sans hésitation »¹⁵¹⁴. Les concepts seraient donc autonomes, mais devraient être « dotés d'une portée universelle »¹⁵¹⁵. C'est ce que préconisait effectivement Rabel, lequel considérait que « les concepts utilisés dans les règles de rattachement doivent (...) avoir une signification autonome qui tient compte des besoins propres de la vie internationale »¹⁵¹⁶. Par conséquent, il préconise une interprétation autonome des règles de conflit, laquelle serait purement internationale, c'est-à-dire universelle au sens qu'elle pourrait accueillir toute institution et ceci abstraction faite des conceptions internes de l'ordre juridique saisi.

1100. Une qualification simultanément neutre et égalitaire. La thèse préconisée par Rabel s'inscrit parfaitement dans un esprit universaliste lequel est le plus favorable à une égalité de traitement du sujet de droit. En effet, si d'une part l'interprétation est neutre, et d'autre part universelle, alors chaque sujet de droit sera traité de manière identique. C'est pourquoi ces deux caractères sont indispensables en vue de l'élaboration d'un régime de droit des conflits de lois favorable à une égalité de traitement. Cependant, encore faut-il que cela soit possible à mettre en œuvre.

2) Une qualification réalisable par le biais d'une communauté de droit issue d'une étude comparative

1101. Pour garantir l'égalité de traitement durant le processus de qualification juridique de la situation internationale, il convient avant tout de faire dépendre cette méthode de l'édification d'une communauté de droit internationale (a). De plus, pour y parvenir, il faut nécessairement recourir à une approche comparative des institutions positives (b).

a) Une qualification basée sur l'édification d'une communauté de droit internationale

1102. Une qualification issue d'une communauté de droit. Mettre en place une qualification autonome suppose de créer une qualification universelle c'est-à-dire

¹⁵¹⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 269.

¹⁵¹⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 265.

¹⁵¹⁶ G. Van Hecke, « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XXème siècle », *op. cit.*, p. 939 et s.

internationale à laquelle se rattacherait une communauté de droit. Or, il n'existe, en droit positif, aucune communauté de droit universelle¹⁵¹⁷. En effet, seules quelques communautés régionales existent, et principalement la communauté européenne. Par conséquent, il pourrait au moins être espéré une qualification européenne. Cependant, dans la mesure où l'universalité de la qualification ne peut, tout comme le système applicable au droit des conflits de lois en tant que tel, émaner d'une communauté de droit¹⁵¹⁸, il faudrait plutôt que le système et son régime tendent à la création de cette communauté. Par conséquent, il faut trouver une méthode qui construise une communauté de droit internationale, à laquelle chaque Etat pourrait s'identifier. Il conviendra, comme le préconisait Rabel, « d'élaborer et d'interpréter les règles de rattachement dans un esprit international »¹⁵¹⁹.

1103. La création nécessaire d'une communauté de droit internationale. Le préalable à une interprétation universelle serait alors la création d'une communauté de droit internationale dont le but serait de satisfaire la justice du droit des conflits de lois et notamment les intérêts des particuliers impliqués dans un litige international. Il s'agirait donc de « délimiter l'empire des lois en conflit dans l'espace » conformément aux intérêts privés, et indéniablement dans une perspective d'égalité de traitement¹⁵²⁰. C'est pourquoi afin de parvenir à un tel résultat, il a été préconisé de recourir à la méthode comparative.

b) *Une qualification construite au regard d'une approche comparative des institutions*

1104. L'instauration d'une communauté de droit par l'intermédiaire d'une approche comparative. Francescakis estimait vraie l'affirmation de Rabel, selon laquelle « la règle de conflit ne se rapporte pas à un phénomène de la *lex fori*, avec lequel ceux du droit étranger seraient à comparer, mais au contraire directement à ce qu'il y a de commun dans tous ces phénomènes »¹⁵²¹. Effectivement, Rabel préconisait un « système séduisant (...) selon lequel les catégories du droit international privé devraient être exclusivement formées sur l'observation du droit comparé, et constituer une synthèse des différentes législations, indépendant du droit du for et ayant une valeur universelle »¹⁵²². La création d'une qualification autonome et universelle reposerait donc sur l'instauration d'une communauté de

¹⁵¹⁷ Cf. *supra* § 738.

¹⁵¹⁸ Cf. *supra* § 739 et s.

¹⁵¹⁹ G. Van Hecke, « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XX^e siècle », *op. cit.*, p. 939 et s.

¹⁵²⁰ J.-C. Pommier, *op. cit.*, § 7.

¹⁵²¹ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, § 19, citant spécialement Rabel, « Le problème de la qualification », *RCDIP*, 1933, p. 23.

¹⁵²² H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 297.

droit internationale par l'intermédiaire d'une approche comparative des différents systèmes¹⁵²³. Ainsi en comparant les conceptions de chaque ordre juridique, il serait possible d'établir des catégories de rattachement autonomes et universelles¹⁵²⁴.

1105. L'assurance d'une parfaite égalité de traitement. La proposition de cette méthode présente de véritables mérites puisque d'une part, elle permet « de supprimer les conflits de qualifications dans la mesure (...) où les juges des différents pays dégageraient les mêmes concepts »¹⁵²⁵ ; et d'autre part, « d'éviter les risques de dénaturation d'institutions étrangères inconnues du droit du for et qu'il est impossible de couler dans le moule que constituent les catégories de rattachement de la *lex fori* »¹⁵²⁶. De cette façon, au regard des mérites que présente cette méthode, l'égalité de traitement serait inévitablement assurée puisque le système ne serait plus nécosé par des divergences d'interprétation. Cependant, bien que la thèse de Rabel s'inscrive parfaitement dans une idéologie d'égalité de traitement, elle a bien souvent été considérée comme utopique.

B. D'UNE QUALIFICATION AUTONOME A UNE QUALIFICATION DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

1106. Malgré le caractère attrayant dont fait état la doctrine de Rabel, celle-ci est impraticable. En effet, la recherche d'une qualification autonome et universelle paraît expérimentalement utopique. Elle se cantonne en droit positif à l'échelle régionale (1). Néanmoins, une autre analyse pourrait être proposée consistant à recourir à une qualification de droit international privé sous l'égide d'une règle de conflit universelle des liens les plus étroits (2).

1) Une qualification autonome et universelle expérimentalement utopique

1107. En théorie, la qualification autonome et universelle s'inscrit parfaitement dans une conception de traitement égalitaire du sujet de droit. Cependant, elle s'avère impraticable. D'une part, il n'est pas possible de recourir à une qualification universelle en l'état actuel des

¹⁵²³ Voir en ce sens : E. Rabel, « Le problème de qualification », *RCDIP* 1933, p. 1, lequel affirmait que : « Libérons les droits de conflit des liens de la *lex fori*, et ils s'ajusteront l'un à l'autre grâce à la comparaison des droits. Ils le feront plus sûrement et plus rapidement, en tous cas sur une plus large échelle que ne peuvent le faire les traités entre Etats, dont les difficultés dans les dernières années ont trop souvent rendu vains les efforts les plus louables ».

¹⁵²⁴ *Ibid.*, lequel ajoutait : « en ce qui concerne (...) le droit international privé désirable, de l'avenir, il ne devra pas être une législation déterminée où l'on devra puiser la définition des notions employées par la règle de conflit, mais il faudra au contraire former des notions spéciales qui ne sont identiques ni avec les notions du droit interne du juge saisi, ni avec les notions d'un droit interne quelconque ».

¹⁵²⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 265.

¹⁵²⁶ *Ibid.*

relations internationales (a). D'autre part, il n'a pu être établi des qualifications autonomes par le simple recours à la méthode comparative (b).

a) *L'impossible qualification universelle en l'état des relations internationales actuelles*

1108. L'échec d'une communauté de droit internationale en droit positif. Si la thèse de Rabel est très séduisante en ce qu'elle garantit neutralité d'interprétation et égalité de traitement des sujets de droit, elle n'est pourtant pas viable. En effet, en l'état actuel des relations internationales, il n'est pas possible de mettre en place une interprétation universelle. « L'absence de communauté juridique entre les lois en conflit oblige précisément à renoncer à construire la règle de conflit sur la base d'un fonds commun d'institutions »¹⁵²⁷. Une nouvelle fois, comme a pu être critiquée l'idée de « communauté de droit » développée par Savigny¹⁵²⁸, il n'existe pas en tant que telle une communauté internationale unifiée dans laquelle se développe un système de conflit de lois commun. Or, son absence empêche l'institution d'une qualification universelle. Les différences culturelles, politiques, historiques et identitaires de chaque Etat empêcheront nécessairement de classer de manière parfaitement similaire chaque institution dans une catégorie de rattachement. C'est pourquoi Batiffol a pu affirmer qu'« il s'agit de respecter le fait que, les relations privées internationales n'étant pas soumises à un droit substantiel propre, mais à un droit interne qu'il faut choisir pour le faire fonctionner simultanément avec d'autres, le problème est la coordination des droits internes »¹⁵²⁹. Il préconise donc une coordination des différents systèmes pour parvenir à la recherche d'une « société internationale », « en l'absence de société constituée »¹⁵³⁰.

1109. Des communautés de droit cantonnées à l'échelle régionale. En pratique, certaines communautés sont tout de même apparues, notamment la communauté européenne laquelle a réussi à coordonner les différents droits nationaux de ses Etats membres. Par conséquent, « dans le cadre de l'uniformisation du droit international privé au sein de l'Union européenne, (...) les textes formulent en général aujourd'hui des définitions uniformes ou délimitent expressément l'objet des dispositions communes (...) afin d'assurer l'homogénéité de leur application d'un Etat membre à l'autre »¹⁵³¹. Il faut espérer que ce mouvement perdure voire se développe davantage. Cependant, tant qu'un effort d'unification ne sera pas effectué

¹⁵²⁷ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, § 203.

¹⁵²⁸ Cf. *supra* § 735 et s.

¹⁵²⁹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 17.

¹⁵³⁰ Ph. Francescakis, « Droit naturel et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, *op. cit.*, § 12, évoquant H. Batiffol.

¹⁵³¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 269.

en vue d'élaborer un système de conflit universel, aucune interprétation commune ne peut véritablement être espérée.

1110. L'absence de qualification universelle en l'absence de communauté.

Finalement aucune qualification universelle ne peut apparaître en l'absence de communauté internationale au sein de laquelle un effort d'élaboration de catégories de rattachement communes serait effectué à l'égard d'un système de règles de conflit commun. Il apparaît que d'un Etat à l'autre, les institutions peuvent être véritablement différentes, surtout lorsqu'elles se rapportent à des règles de conflit de lois nationales. C'est pourquoi si le recours à la méthode comparative est subtil, il n'est pas pour autant suffisant.

b) L'insuffisance de la méthode comparative à l'établissement de qualifications autonomes

1111. Une méthode limitée en l'absence de système de conflits de lois commun.

Dans l'optique d'élaborer une qualification autonome, il est effectivement possible de recourir à la méthode comparative. Cependant, si cette méthode peut permettre dans l'ensemble d'élaborer des catégories de rattachements autonomes, elle n'est réellement pas satisfaisante. Comme l'affirmait Batiffol, « on peut esquisser des catégories en fonction du droit comparé qui tiennent compte de la variété des institutions, mais si une même institution est conçue différemment dans deux systèmes, de sorte que la solution de conflit soit différente, il paraît difficile de choisir sans une conception internationale du droit civil qui n'existe pas »¹⁵³². Effectivement, en l'absence d'un système commun de conflit de lois, il semble difficile de décider quelle conception devra primer sur l'autre. C'est pourquoi la méthode comparative ne permettra jamais la construction absolue de qualifications communes.

De surcroît, « à supposer que les tribunaux disposent de semblables éléments, l'étude comparative des différentes législations ne leur permettrait que rarement de ramener sans subjectivisme, voire sans arbitraire, les concepts à un dénominateur commun puisque, par définition, c'est lorsqu'il existe des qualifications divergentes que le conflit de qualifications se pose »¹⁵³³. Par conséquent, une nouvelle fois, en l'absence de communauté juridique de droit international privé, le juge, même en recourant à la méthode comparative, pourrait être conduit à manquer d'impartialité dans son interprétation.

¹⁵³² H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 17.

¹⁵³³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 265.

1112. Une méthode impraticable en l'absence d'ordre judiciaire commun. En droit positif, la méthode comparative n'a jamais pu garantir une interprétation autonome puisqu'il n'existe pas un organe judiciaire commun aux Etats composant la société internationale. Néanmoins, il existe tout de même la CJUE, laquelle peut assurer une qualification autonome. Cependant, celle-ci n'émane pas nécessairement d'une approche comparative du droit de ses Etats membres¹⁵³⁴. Par conséquent, l'étude comparative des institutions de droit interne est un outil dont peut faire usage le juge, mais en aucun cas la méthode ultime qu'il doit utiliser.

1113. Une méthode utopique en pratique. En outre, il apparaît que la méthode proposée par Rabel, bien que séduisante, soit difficile à mettre en pratique et notamment au regard de l'absence de communauté de droit internationale¹⁵³⁵. Néanmoins, il est possible d'espérer une qualification uniforme dans un système de droit commun éventuel.

2) La proposition d'une qualification de droit international privé spécifique à une méthode conflictuelle unique

1114. Dans la mesure où la théorie de Rabel est impraticable, il pourrait être proposé un système particulier dans lequel serait garantie l'égalité de traitement au stade de la qualification. En recourant à une construction juridique dans laquelle le conflit de lois serait uniquement résolu par le rattachement aux liens les plus étroits, le problème de qualification serait, *a priori*, supprimé (a). Néanmoins, la classification de la situation internationale s'avérera tout de même indispensable. Pour autant, elle pourrait faire l'objet d'une qualification de droit international privé (b).

a) La suppression du problème de qualification par recours au rattachement des liens les plus étroits

1115. Le recours à un système unifié autour de la loi des liens les plus étroits. Batiffol considérait que « si on veut bâtir un droit international privé indépendant de tout droit privé interne, on aura un ensemble de règles abstraites qui ne s'inspireront d'aucune

¹⁵³⁴ Cf. *supra* § 1078.

¹⁵³⁵ Pour aller plus loin, voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I, § 398, à propos de la méthode proposée par Rabel : « Sa proposition, qui postule la possibilité de dégager des notions suffisamment générales ou neutres par rapport à un droit déterminé pour qu'elles puissent s'adapter à tous les droits internes en intégrant les rapports les plus variés, est généralement jugée utopique en raison de l'irréductibilité de différences affectant les conceptions nationales. Ou, plus précisément, le recours à une conception commune universellement acceptable est de nature à engendrer en aval des « irritants juridiques » conduisant à des problèmes d'adaptation dans la mise en œuvre concrète de la loi ainsi désignée « de haut ».

conception humaine déterminée ; il s'agirait de règles combinatoires, indifférentes au contenu des systèmes à combiner »¹⁵³⁶. En partant de ce constat, il faut approfondir le raisonnement en considérant qu'il faut effectivement élaborer un système indépendant des conceptions de droits internes pour parvenir à une unification totale des Etats de la société internationale. En effet, pour créer une communauté de droit internationale, les règles qui la composent ne doivent pas mettre en cause des considérations politiques, historiques, culturelles, etc. C'est pourquoi il convient de reprendre l'idée selon laquelle le système de droit des conflits de lois doit être composé par une unique règle de conflit qui est la loi des liens les plus étroits¹⁵³⁷. Par conséquent, pour chaque espèce, sera recherchée la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation et ceci quelle que soit l'institution en jeu.

1116. La mise en place d'une communauté de droit internationale. En adoptant une pareille construction juridique, il peut exister une communauté de droit internationale dont la structure et le régime seraient unifiés. Effectivement, l'adoption d'une unique règle de rattachement, n'impliquant pas de « conceptions humaines » pour reprendre les termes de Batiffol, aura pour effet d'inviter chaque Etat à s'y soumettre sans concession de sa part, mais conduira surtout à supprimer le conflit de qualifications.

1117. La suppression du problème de qualification par recours à une règle de conflit unique. Si une seule règle de conflit s'applique intégralement à tout litige, cela signifie que le juge n'aura plus à interpréter la règle de conflit pour déterminer dans quelle catégorie de rattachement, il doit ranger l'institution en cause. Par conséquent, les catégories de rattachement seraient en quelque sorte supprimées pour ne laisser subsister qu'une seule et unique règle de rattachement universellement applicable à toute situation d'espèce. De cette manière, tout sujet de droit serait traité de manière identique puisque lui serait appliqué toujours la même règle de conflit, laquelle ne serait susceptible d'aucun conflit de qualification puisque le problème serait supprimé. De même toute dénaturation de la règle de conflit serait évincée. Néanmoins, le problème serait indirectement déplacé au regard de la détermination des points de contact.

¹⁵³⁶ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 17.

¹⁵³⁷ Cf. *supra* § 985, 986 et 987.

b) *La classification de la situation juridique grâce à une qualification de droit international privé*

1118. La réapparition du problème de qualification par le classement en catégories de rattachement. En supposant qu'une communauté de droit internationale puisse s'établir autour d'un système commun lequel serait uniquement régi par la loi des liens les plus étroits, il conviendra tout de même d'encadrer cette règle de conflit. En effet, il a pu être considéré que chaque litige sera soumis à la loi des liens les plus étroits, mais que pour chaque catégorie de rattachement, sera établie une liste de points de contact permettant au juge de déterminer quelle loi présente les liens les plus étroits avec la situation litigieuse. De cette manière, le problème de qualification se posera toujours puisqu'il conviendra de déterminer dans quelle catégorie de rattachement il faut classer l'espèce en jeu.

1119. La mise en place de grandes catégories de rattachement par le biais d'une étude comparative. Pour établir un système commun sur lequel chaque Etat pourrait se fonder, il semble pertinent de reprendre la doctrine de Rabel selon laquelle, par le biais d'une méthode comparative, il serait possible de dégager des catégories de rattachement autonomes¹⁵³⁸. En effet, aujourd'hui, les grandes catégories de rattachement font l'objet d'une réception commune par n'importe quel Etat. Il ne serait donc pas impossible d'élaborer des catégories de rattachement communes lesquelles seraient suffisamment extensives pour accueillir toute institution. De plus, chaque catégorie de rattachement serait composée de points de contact, lesquels pourraient alors être déterminés aussi par une approche comparative. Ceci permettrait davantage de prendre en compte les différentes conceptions de chaque Etat, puisque tout rattachement pourrait être pris en compte dans la détermination de la loi des liens les plus étroits. Ainsi, et à titre d'exemple, existeraient comme catégories de rattachement, le statut personnel, le statut réel ou encore les successions et les régimes matrimoniaux. En effet, par le biais d'une approche comparative, il semblerait que ces catégories de rattachement se dégagent nettement sur la scène internationale.

1120. La qualification doublement encadrée par le curseur des liens les plus étroits. Le véritable problème demeurera pour le juge de classer l'institution en cause dans une des catégories de rattachement. Des divergences d'interprétation pourraient

¹⁵³⁸ Voir en sens : Y. Loussouarn, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *op. cit.*, p. 307, affirmant que : « sur le plan général le recours à la méthode comparative apparaît comme un préalable à tout rapprochement des règles de conflit, car son utilisation permet seule de déceler les fausses uniformités qu'un examen superficiel est impuissant à révéler ».

inévitablement subsister, même si demeurera toujours applicable la loi qui présente les liens les plus étroits. Pour atténuer ces différences de qualification, il conviendrait pour le juge saisi d'interpréter conformément non plus aux conceptions du for, mais aux conceptions de la communauté internationale de laquelle il fait partie. Or, la justice du droit des conflits de lois consiste à déterminer le champ d'application dans l'espace des lois en conflit, dont le curseur est celui des liens les plus étroits. Ainsi, le raisonnement pourrait être double. D'une part, le juge saisi devrait déterminer avec quelle catégorie de rattachement, la situation présente les liens les plus étroits. Par exemple, si la situation internationale relève un problème juridique en référence avec la liquidation des biens d'une personne défunte, il est évident que ce problème présente un lien étroit avec la catégorie des successions. D'autre part, une fois la catégorie de rattachement attribuée, le juge devrait déterminer quelle loi présente les liens les plus étroits avec la situation d'espèce, conformément aux points de contact retenus par la catégorie de rattachement choisie. Par exemple, en matière de successions, les points de rattachements retenus pourraient inévitablement être le lieu de situations des biens, la nationalité du défunt ainsi que son lieu de dernière résidence habituelle. En tout état de cause, il peut être espéré que tout arbitraire du juge soit exclu puisqu'il interprétera les règles de conflit conformément aux conceptions du droit des conflits de lois. De surcroît, un traitement équivalent sera assuré aux sujets de droit, puisque chacun verra sa situation analysée de manière identique et soumise à la loi des liens les plus étroits.

1121. Le recours absolu à une qualification internationale par respect de l'égalité de traitement. Finalement, les méthodes classiques utilisées pour interpréter les règles de conflit ne sont pas actuellement capables de garantir parfaitement une égalité de traitement. C'est pourquoi il faut espérer que le droit des conflits de lois se dote d'une nouvelle méthode et ne se cantonne plus à ces procédés d'interprétation classiques. Pour adapter son régime à un objectif d'égalité, il faudra nécessairement envisager l'interprétation des règles de conflit sous une optique internationale dont la ligne de conduite sera neutre et consistera, conformément à la justice conflictuelle, à traiter chaque sujet de droit de manière équivalente, quelle que soit la situation juridique à laquelle il prend part. En outre, une fois l'étape de la qualification résolue c'est-à-dire lorsque la situation internationale a été identifiée, elle doit être appréhendée au regard des différentes sources de droit auxquelles elle peut être soumise. C'est pourquoi le stade suivant celui de la qualification consiste à déterminer, conformément à la catégorie de rattachement retenue, quelle règle de conflit sera applicable à l'espèce soumise.

SECTION 2 : LA DETERMINATION LACUNAIRE ET ALEATOIRE DE LA REGLE DE DROIT APPLICABLE

1122. L'établissement de la règle applicable. Postérieurement à l'étape de qualification, il convient de déterminer, selon la catégorie de rattachement retenue, quel texte est potentiellement applicable. Pour cela, il convient d'opérer une recherche coordonnée entre les règles de conflit émanant des différents systèmes puis de déterminer l'applicabilité du texte sélectionné au regard de conditions strictement encadrées et limitées. En empruntant une telle démarche, celle relative à la détermination de la règle applicable devrait être identique, quel que soit l'observateur de la situation internationale (sous-section 1).

1123. L'exception des lois de police. Cependant, il se peut que ce traitement classique auquel se soumet la situation internationale soit déjoué par le jeu des lois de police. En effet, ce contournement s'avère parfois nécessaire afin d'assurer la complémentarité des règles applicables en droit des conflits de lois. Néanmoins, pour maintenir l'égalité de traitement dans l'appréhension de la situation internationale, le recours aux lois de police doit indéniablement être uniforme et ne concerner que des dispositions de source nationale (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : L'ENCADREMENT STRICT ET COORDONNE DE L'APPLICABILITE EXIGE PAR L'EGALITE DE TRAITEMENT

1124. Le traitement classique de toute situation internationale suppose d'abord de qualifier la situation juridique c'est-à-dire de déterminer dans quelle catégorie de rattachement elle peut être rangée. Ensuite, après cette identification, il faut déterminer quel texte a vocation à s'appliquer à cette situation. Pour cela, il faut d'une part rechercher la règle de conflit potentiellement applicable parmi les ordres juridiques en cause. Néanmoins, afin que ce traitement demeure harmonisé, il faut préférer une coordination juridique des systèmes à la traditionnelle hiérarchie des normes (§ 1). Puis, d'une part, une fois le texte potentiellement applicable déterminé, il faut vérifier son applicabilité. Or, pour que cette analyse des conditions d'applicabilité préserve l'égalité de traitement des sujets de droit, il faut nécessairement que ces conditions soient strictement encadrées et limitées à leur champ d'application respectif (§ 2).

§ 1 – DE LA HIERARCHIE DES NORMES A LA COORDINATION JURIDIQUE DES SYSTEMES

1125. Postérieurement à la qualification de la situation internationale c'est-à-dire au classement de celle-ci dans une catégorie de rattachement, il convient de déterminer quelle règle de conflit est potentiellement applicable au cas d'espèce. Pour rechercher quelle règle de conflit va primer sur les autres, il convient de les appréhender au prisme de la hiérarchie des normes (A). Or, dans la mesure où celle-ci est d'essence nationale, elle favorise une certaine incohérence juridique qu'il convient d'évincer au profit d'un droit organisé et coordonné entre les différents systèmes (B).

A. LA REGLE APPLICABLE DIVERSEMENT APPREHENDEE AU PRISME DE LA HIERARCHIE DES NORMES

1126. Afin d'établir dans chaque cas d'espèce quelle règle de droit est applicable, le juriste doit préalablement déterminer quel texte sera potentiellement applicable en vertu des normes admises par l'ordre juridique saisi. Pour cela, il convient de rechercher quelle norme juridique est applicable conformément à la traditionnelle hiérarchie des normes. Néanmoins, l'approche employée peut diverger en fonction du système constitutionnel concerné (1). Cette dissension s'explique par le fait que la hiérarchisation des règles supranationales est appréhendée par une conception nationale laquelle conduit, en réalité, à un traitement inadapté à la multiplicité des ordres juridiques existants (2).

1) La recherche du texte applicable fonction du système constitutionnel retenu

1127. Chaque situation internationale est régie par une règle de droit. Afin de déterminer le texte applicable à chaque situation d'espèce, il convient de se référer à la hiérarchie des normes, laquelle peut être appréhendée de deux manières différentes (a). Cette double perception de la hiérarchie des normes, facteur d'insécurité juridique, est justifiée par la divergence de conceptions des systèmes constitutionnels (b).

a) Une recherche subordonnée à une double appréhension de la hiérarchie des normes

1128. La hiérarchie des normes en droit français. Traditionnellement, pour déterminer de quelle manière une situation internationale est régie, il convient de vérifier quel texte est applicable en vertu de la hiérarchie des normes. En droit positif français, il est considéré que la Constitution française de 1958 se situe au sommet de la hiérarchie des

normes, puis que lui succèdent les engagements internationaux¹⁵³⁹, et enfin les normes internes¹⁵⁴⁰. Par conséquent, la Constitution prime sur les normes internationales, mais en vertu des articles 55 et 88-1 de la Constitution, les normes internationales ainsi que le droit européen priment sur les normes nationales notamment législatives.

1129. La hiérarchie des normes en droit européen. Néanmoins, il est considéré au regard de l'Union européenne que ce n'est pas la constitution des Etats qui domine la hiérarchie des normes, mais bien le droit primaire européen. En effet, depuis l'arrêt *Costa contre Enel* de 1964¹⁵⁴¹, la Cour de justice reconnaît la primauté du droit européen sur toutes les dispositions, y compris celles de nature constitutionnelle.

1130. La double théorisation de la hiérarchie des normes. Par conséquent, au regard des ordres juridiques nationaux et de l'ordre juridique européen, deux théories relatives à la hiérarchie des normes s'appliquent lesquelles déplacent en quelque sorte la position accordée aux dispositions constitutionnelles de chaque Etat. Il apparaît qu'une telle ambivalence est contraire à la sécurité juridique dans la mesure où la hiérarchie des normes serait fonction de la conception choisie par le juge saisi. Ceci s'explique par la persistance d'un débat doctrinal au sein des systèmes constitutionnels.

b) Une perception double résultant de systèmes constitutionnels divergents

1131. Monisme et dualisme. Il existe deux façons d'appréhender la hiérarchie des normes en droit positif parce que les systèmes constitutionnels font l'objet de deux théories doctrinales. D'une part, certains systèmes constitutionnels sont qualifiés de monistes comme le système français parce qu'ils considèrent leur ordre juridique comme un et entier c'est-à-dire que toute norme internationale ne peut être reconnue et appliquée que parce que la Constitution française a autorisé l'Etat à signer et ratifier le traité qui la contient. D'autre part, d'autres systèmes constitutionnels sont considérés comme dualistes c'est-à-dire qu'ils

¹⁵³⁹ CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran*, n°200286 et 200287, *Dalloz* 1998, p. 1094, note D. Alland et p. 1081, note C. Maugué ; *AJDA* 1998, p. 962, note F. Raynaud ; *RFDA* 1999, p. 77, note O. Gohim, p. 67, note B. Mathieu et p. 57, note L. Dubouis ; *RTD civ.* 1999, p. 232, note N. Molfessis ; *Dalloz* 2000, p. 152, note E. Aubin ; *AJDA* 2014, p. 114, note P. Fombeur ; et Cass., Ass. pl., 2 juin 2000, *Fraisse*, n°99-60.274, *Dalloz* 2000, p. 865, note B. Mathieu ; *RTD civ.* 2000, p. 672, note R. Libchaber ; *Dalloz* 2001, p. 1636, note B. Beigner.

¹⁵⁴⁰ CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*, n°108243, *RFDA* 1990, p. 267, note D. Ruzié ; *RCDIP* 1990, p. 125, note P. Frydman et p. 139, note P. Lagarde ; *RTD com.* 1990, p. 193, note C. Debbasch ; *Dalloz* 1990, p. 57, note R. Kovar et p. 135, note P. Sabourin ; *AJDA* 2014, p. 100, note M. Long ; et Cass., Ch. mixte, 24 mars 1975, *Jacques Vabre*, n°73-13.556, *Lebon*, T. 917 ; *Dalloz* 1975, p. 496, concl. Touffait ; *AJDA* 1975, p. 567, note N. Boulouis ; *JDI* 1975, p. 802, note D. Ruzié ; *RCDIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; *Dalloz* 1979, p. 620, note Castgnède.

¹⁵⁴¹ CJCE, 15 juill. 1964, *Costa contre Enel*, Aff. 6-64, *Rec.* 1964, p. 1141 et s. ; *Rev. UE* 2015, p. 554, étude Y. Petit, p. 562, étude S. Van Raepenbusch, p. 570, étude A. Vauchez, et p. 649, étude J.-D. Mouton.

distinguent deux ordres à savoir l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Selon ces derniers, le droit international vit et peut être invoqué grâce aux seuls actes de transposition que les Etats adoptent. Par conséquent, le monisme fait primer la Constitution au contraire du dualisme qui projette au premier rang les normes internationales. « La différence ultime entre les systèmes constitutionnels dits monistes et les systèmes constitutionnels dits dualistes réside dans l'existence ou non d'une procédure spéciale d'« incorporation » des normes d'origine internationale »¹⁵⁴².

1132. Le cloisonnement des ordres juridiques. Cette différence de philosophie est critiquable en ce qu'elle pourrait conduire à un résultat divergent selon la position doctrinale adoptée. Effectivement, « les méthodes et solutions juridiques de type « hiérarchie des normes » mises en œuvre au niveau national ne sont pas les mêmes que celles éventuellement mises en œuvre au niveau international ou européen »¹⁵⁴³. Fort heureusement, la discipline du droit international privé ne subit pas de graves conséquences de cette discordance doctrinale dans la mesure où dans chaque situation, quel que soit le système constitutionnel en cause, sera recherché en premier lieu si une norme internationale est applicable, puis, à défaut, en second lieu seront appliquées les normes nationales. Néanmoins, ce manque de cohésion va nécessairement favoriser une certaine fragmentation juridique, voire un véritable cloisonnement des ordres juridiques¹⁵⁴⁴. Toutefois, l'absence d'unité entre les différents ordres juridiques s'explique principalement par une vue purement nationaliste des systèmes juridiques. En effet, le problème est originellement lié au fait que la hiérarchie des normes soit d'essence nationale.

2) Une hiérarchisation nationale malgré l'existence de règles supranationales

1133. L'ambivalence de traitement des situations internationales en fonction des théories doctrinales est due à l'apparition dans la société internationale d'une pluralité d'ordres juridiques (a). Cependant, face à cette utilisation de la hiérarchie des normes à l'international, classiquement d'essence nationale, aucune hiérarchisation commune n'a su pénétrer le droit positif laissant demeurer une certaine incohérence juridique (b).

¹⁵⁴² E. Lagrange, Ch. III, I. C. « Les dispositifs constitutionnels d'articulation des rapports entre normes d'origines différentes », in « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, 2012, vol. n°356., spéc. p. 380.

¹⁵⁴³ J.-S. Bergé, « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *JDI* n°1, janv. 2013, doct. 1, § 2.

¹⁵⁴⁴ Cf. *infra* § 1141.

a) *Une hiérarchie à plusieurs niveaux au regard de la multiplicité d'ordres juridiques*

1134. Une dualité doctrinale issue de la pluralité d'ordres juridiques.

L'apparition de cette dualité doctrinale est récente et n'est que la conséquence d'une pluralité d'ordres juridiques. En effet, avant l'apparition de textes internationaux, et surtout de l'internationalisation du droit, la question de la hiérarchie des normes soulevait moins de difficultés. C'est principalement « dans le contexte historique de l'après-guerre (que) s'est développée, presque sans restriction en Occident, cette certitude que seul le renforcement d'une société internationale fortement organisée et normativement prééminente à l'égard des Etats (...) pourrait préserver le monde »¹⁵⁴⁵. C'est en raison de ce phénomène d'internationalisation que sont apparus de nouveaux ordres juridiques. Il n'est plus question de la simple coordination d'ordres juridiques nationaux. Désormais, la société internationale est composée de plusieurs niveaux que sont les ordres juridiques nationaux, régionaux et internationaux. Par conséquent, « pour une même situation, un même cas, plusieurs droits, définis dans un contexte national, international et européen, peuvent ainsi être successivement mobilisés à différents niveaux, de sorte que ce n'est pas une construction hiérarchique, mais plusieurs, que le juriste doit apprendre à manier »¹⁵⁴⁶.

1135. Une hiérarchie nationale inadaptable à l'international. Or, une hiérarchie des normes d'essence nationale ne semble pas pouvoir s'adapter aux problèmes plus que nationaux. En effet, « tout le problème réside dans l'organisation de niveaux spatiaux qui diffèrent par leurs méthodes et leurs auteurs, mais qui produisent des normes et des règles qui sont appelées à cohabiter dans la mesure où elles ont un objet commun : le sujet de droit privé, dans sa vie, ses activités et son patrimoine »¹⁵⁴⁷. Pourtant, malgré un manque de cohérence certain, la hiérarchie des normes a été étendue à l'international. Néanmoins, ce n'est que la conséquence de l'absence de hiérarchie des normes commune.

b) *Une hiérarchie étendue à l'international en l'absence de hiérarchie commune*

1136. L'absence de hiérarchie internationale. Véritablement, la hiérarchie des normes d'essence nationale n'a pas permis l'élaboration d'une hiérarchie des normes

¹⁵⁴⁵ E. Picard, « Droit international : rapports avec le droit interne », *Rép. cont. adm. Dalloz*, 2008, § 28.

¹⁵⁴⁶ J.-S. Bergé, « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *op. cit.*, § 2.

¹⁵⁴⁷ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 62.

commune pouvant s'inscrire dans un contexte international¹⁵⁴⁸. Ceci s'explique dans la mesure où « un rapport de primauté existe entre la sphère interne et la sphère de droit (européen) » et dans la mesure où « un rapport de hiérarchie est, à l'opposé, difficilement perceptible entre la sphère internationale et une sphère régionale (européenne) qui a initialement pris appui sur l'ordre international pour mieux ensuite s'en départir »¹⁵⁴⁹. Ainsi, la primauté du droit interne et l'absence de hiérarchie entre les niveaux supranationaux a conduit à partir de la hiérarchie des normes classiquement reconnue en droit interne pour l'étendre aux normes internationales selon des conceptions différentes¹⁵⁵⁰. Or, il serait préférable d'établir une hiérarchie, ou du moins une coordination commune des règles.

1137. La place éventuellement laissée à l'aléa de solutions. Aujourd'hui, « la variété des situations juridiques mondiales fait qu'aucune lettre – moniste, dualiste ou même pluraliste – des rapports de systèmes ne s'impose définitivement sur les autres »¹⁵⁵¹. Par conséquent, « selon le contexte dans lequel ces situations évoluent, selon le résultat recherché par le juriste, l'approche peut basculer d'un état à l'autre »¹⁵⁵². Cela signifie qu'en l'absence de hiérarchie commune, il peut être laissé place à l'incohérence juridique c'est-à-dire aux aléas des solutions et à la fragmentation des décisions¹⁵⁵³.

¹⁵⁴⁸ Par ex. Cass., Civ. 1^{ère}, 30 avr. 2014, n°13-11.932, *RTD eur.* 2015, p. 348-18, note P. Dalmazir ; *Dalloz* 2015, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon ; dans lequel la Cour a dû se prononcer sur la primauté d'application de textes internationaux : « la Convention de La Haye, du 4 mai 1971, sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière n'ayant pas été conclue exclusivement entre des Etats membres de l'UE, mais également entre des Etats tiers, cette Convention n'entre pas dans les prévisions de l'art. 28§2 du règlement Rome II, de sorte que les règles de conflit de lois posées par ce règlement ne prévalent pas sur celles issue de cette Convention, à laquelle la France est partie ».

¹⁵⁴⁹ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 62.

¹⁵⁵⁰ Voir en ce sens : L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *RCDIP* 2001, p. 1 : « pour des raisons liées à l'histoire du droit international privé, la solution de ces conflits s'est longtemps opérée loin des exigences de la pyramide des normes. La hiérarchie des méthodes de réglementation a été conçue, en effet, par les internationalistes en contemplation de règles de droit émanant le plus souvent d'une source unique législative ou jurisprudentielle ».

¹⁵⁵¹ J.-S. Bergé, « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *op. cit.*, § 4.

¹⁵⁵² *Ibid.*

¹⁵⁵³ Voir en ce sens : L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *op. cit.*, p. 1 : « Si la multiplication des sources du droit international privé accroît la fréquence du recours à la hiérarchie des normes, la réception de celle-ci dans le domaine des conflits de lois ne se produit pas toujours sans heurts ni frictions. D'une part, en effet, l'objet même de la matière, certains des intérêts qu'elle prend en charge, en particulier ceux de l'ordre interne et de l'ordre international, sont également appréhendés par la pyramide des normes qui risque d'en proposer une organisation différente. D'autre part, l'origine doctrinale et jurisprudentielle des solutions du conflit de lois a conduit à imposer une certaine lecture du pluralisme des méthodes de réglementation qui pourrait se trouver déformée par l'agencement rigide des règles de droit international privé qui résulte de la hiérarchie des normes ».

B. LA PREFERENCE ACCORDEE A UNE COORDINATION DES SYSTEMES

1138. Si l'étape préalable au traitement d'une situation internationale consiste à respecter la hiérarchie des normes, il est considéré que celle-ci s'applique conformément à une idéologie nationaliste. Or, le recours à une hiérarchisation plutôt nationale du droit international conduit inévitablement à une potentielle fragmentation juridique (1). C'est pourquoi il serait préférable de l'évincer pour préférer un droit organisé et coordonné au sein de la société internationale. Il s'agit du prérequis nécessaire à toute égalité de traitement (2).

1) Une hiérarchisation nationale facteur de fragmentation juridique

1139. Envisager le droit international privé sous l'angle d'une hiérarchisation nationale conduit à promouvoir la fragmentation juridique, puisque cette façon de procéder invite à privilégier le souverainisme à l'instar de l'internationalisme (a) et favorise l'incohérence entre les différents niveaux d'ordres juridiques (b).

a) La primauté accordée au souverainisme face à l'internationalisme

1140. Une hiérarchisation contraire à un esprit internationaliste. Le problème de la hiérarchisation du droit, pris dans sa globalité, est qu'il s'agit d'une « opération pensée au niveau national et de manière fragmentée, c'est-à-dire ordre juridique par ordre juridique »¹⁵⁵⁴. Or, il est parfaitement regrettable de constater que la hiérarchisation du droit international privé soit pensée à une échelle nationale. Il s'agit là d'un contresens. En effet, aujourd'hui, la société internationale est composée des ordres juridiques internes, mais « l'Etat peut être concurrencé par des ordres juridiques distincts de lui, qui ne sont pas des ordres juridiques étatiques »¹⁵⁵⁵. La difficulté qui demeure est de rendre efficaces ces nouveaux ordres juridiques, notamment l'ordre juridique européen, dans un contexte international dans lequel la hiérarchisation du droit est déterminée par une conception nationale. Cette philosophie conduit nécessairement à endiguer une certaine idéologie souverainiste, parfaitement contraire à l'esprit même du droit international privé, et plus exactement du droit des conflits de lois.

1141. Une hiérarchisation propice au maintien du nationalisme. La transposition d'une hiérarchisation nationale à l'international ne s'inscrit pas dans une logique institutionnelle qui suppose le rassemblement des Etats dans une organisation internationale,

¹⁵⁵⁴ J.-S. Bergé, « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *op. cit.*, § 1.

¹⁵⁵⁵ J.-M. Jacquet, *op. cit.*, spéc. p. 1.

mais favorise, au contraire, une logique relationnelle qui « tend à pérenniser la primauté de la souveraineté de l'Etat »¹⁵⁵⁶. Par conséquent, cette hiérarchisation conduit à promouvoir une juxtaposition des souverainetés au lieu d'une véritable coordination des ordres juridiques. Il est fortement regrettable que la hiérarchisation demeure nationale, car elle favorise une vision nationale du droit international privé. Cependant, une telle approche de la discipline se situe aux antipodes d'un traitement égalitaire des sujets de droit placés dans une situation internationale équivalente. Plus le droit international privé et notamment le droit des conflits de lois est traité sous l'égide de l'universalité, plus il tend à l'égalité de traitement. Or, en adoptant une philosophie marquée par le souverainisme, la hiérarchisation du droit international privé conduit à une certaine incohérence entre les différents niveaux d'ordres juridiques.

b) *L'incohérence favorisée entre les différents niveaux d'ordres juridiques*

1142. La seconde difficulté engendrée par une hiérarchisation essentiellement nationale du droit international privé consiste en une certaine incohérence entre les différents niveaux d'ordres juridiques. Selon la doctrine choisie, le niveau des ordres juridiques est susceptible de mouvance. Par conséquent, « l'interpénétration des niveaux spatiaux normatifs de droit international privé progresse sans qu'un véritable rapport de cohérence ne s'en dégage »¹⁵⁵⁷. Or, « la hiérarchisation du droit ne doit pas être appréhendée seulement de manière cloisonnée, système par système, niveau par niveau »¹⁵⁵⁸. Effectivement, le cloisonnement des systèmes aboutit indéniablement à une incohérence entre les différents ordres juridiques. Cela est parfaitement regrettable dans la mesure où une telle appréhension du droit ne garantit pas la sécurité juridique et peut inviter à un traitement différencié selon l'ordre juridique en cause. C'est pourquoi il faut « réfléchir sur les rapports entre les différents

¹⁵⁵⁶ R.-J. Dupuy, « Communauté internationale », *Rép. intern. Dalloz*, 1998, § 11.

¹⁵⁵⁷ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 62.

¹⁵⁵⁸ J.-S. Bergé, « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *op. cit.*, § 2.

niveaux spatiaux normatifs »¹⁵⁵⁹ afin de procéder à une hiérarchisation globale seule capable de garantir un traitement uniforme à tout sujet de droit dans un contexte international¹⁵⁶⁰.

2) La recherche d'une organisation juridique commune vectrice d'égalité

1143. Pour permettre un traitement uniformisé des situations internationales, il convient de se détacher d'une philosophie nationaliste de la hiérarchie des normes, laquelle ne s'applique qu'à un seul ordre juridique. C'est pourquoi il pourrait être envisagé de mettre en place une hiérarchisation commune des normes composant la société internationale. Néanmoins, cette hiérarchisation paraît quelque peu idéaliste (a). Par conséquent, il serait préférable de se détacher de l'idéologie propre à la hiérarchisation pour retenir une logique de systèmes sous l'angle des concepts de primauté et de suprématie (b).

a) L'idéale mise en place d'une hiérarchie des normes commune

1144. Une hiérarchie des normes internationales par mesure d'égalité. Actuellement, la difficulté réside dans la double application qu'il peut être fait de la hiérarchie des normes dans le contexte international. Or, comme l'a affirmé le Professeur Bergé, « dans la perspective plus large d'une application potentiellement mondiale du droit, la hiérarchisation du droit doit également être considérée à d'autres niveaux »¹⁵⁶¹. Effectivement, la hiérarchisation du droit, au regard du droit international privé, suppose de prendre en compte les différents ordres juridiques existants c'est-à-dire les systèmes internationaux, régionaux et internes. Ainsi, afin de garantir une hiérarchisation du droit à l'échelle mondiale, dans un souci d'égalité de traitement des sujets de droit, il serait préférable d'établir une hiérarchie des normes commune, c'est-à-dire internationale dans laquelle les normes de chaque ordre juridique s'inséreraient. De cette manière, le traitement des situations internationales serait soumis à une hiérarchie des normes identique et aucune difficulté ne pourrait alors apparaître quant à la place de la norme au sein de ladite hiérarchie.

¹⁵⁵⁹ S. Lecuyer, *op. cit.*, § 62.

¹⁵⁶⁰ Pour aller plus loin, voir en ce sens : B. Dutoit et F. Majoros, *op. cit.*, p. 565, lesquels exposent notamment que : « même lorsque les juges connaissent toutes les conventions de nature à s'appliquer à une espèce donnée, ils devront affronter le piège redoutable de textes souvent mal ajustés les uns par rapports aux autres. De telles hypothèses sont loin de relever de la chimère puisque, de 1975 à 1979, trente-six arrêts consacrés à la solution de conflits de conventions ont été recensés dans six pays européens seulement (Belgique, France, Italie, Pays-Bas, République fédérale d'Allemagne, Suisse). Dans ces conditions, la nécessité d'élaborer une théorie générale des conflits de conventions en droit privé apparaît de plus en plus impérieuse ».

¹⁵⁶¹ J.-S. Bergé, « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *op. cit.*, § 1.

L'équivalence d'application préserverait alors nécessairement l'égalité de traitement des sujets de droit.

1145. Une hiérarchisation irréalisable. Cependant, si l'universalisme guide la pensée égalitariste du droit international privé, il ne peut être transposé à tout procédé juridique, notamment à celui de la hiérarchie des normes. L'idée d'une hiérarchie des normes commune est louable, mais ne paraît pas véritablement réalisable. De prime abord, il pourrait simplement être considéré que les normes internationales priment sur les normes régionales lesquelles priment sur les normes internes. Cependant, la classification ne peut être aussi simple. D'une part, aucun motif juridique ne permet de faire prévaloir les normes internationales sur des normes régionales. En effet, une norme régionale, parce que relevant de la sphère des normes supranationales, peut avoir autant de légitimité qu'une norme internationale pour être appliquée en premier lieu. D'autre part, une telle hiérarchisation est limitée dans la mesure où elle prend en compte les normes émanant de véritables ordres juridiques issus d'organisations internationales mais ne prend pas en compte les nouveaux ordres juridiques externes tels que la *lex mercatoria* ou encore la *lex sportiva*¹⁵⁶². Ces deux raisons principales conduisent à revenir au point de départ issu de la traditionnelle hiérarchie des normes consistant à considérer que les normes supranationales priment sur les normes nationales dans leur globalité ou non selon le système constitutionnel retenu. Par conséquent, une hiérarchisation commune est irréalisable dans la mesure où existe une multiplicité d'ordres juridiques qui se juxtaposent les uns avec les autres. La hiérarchie des normes est un procédé qui s'applique à un seul ordre juridique et qui ne peut être transposé à la coordination de plusieurs ordres juridiques. C'est pourquoi il pourrait être préférable d'appréhender les situations internationales sans recours à une hiérarchisation.

b) *La préférence pour une logique de systèmes fondée sur le principe de primauté*

1146. De la hiérarchie des normes à une approche de systèmes. Pour mettre un terme au problème issu de la hiérarchisation, le Professeur Bonnet a proposé de ne plus « penser les rapports entre les ordres juridiques à travers le prisme de la hiérarchie des normes » mais de « changer de paradigme et de privilégier une approche par rapports de systèmes »¹⁵⁶³.

¹⁵⁶² J.-M. Jacquet, *op. cit.*, spéc. p. 2.

¹⁵⁶³ G. Le Floch, « Repenser les rapports entre les ordres juridiques », *JDI* n°1, janv. 2014, biblio. 2, spéc. p. 2.

1147. Une logique de systèmes fondés sur la distinction entre primauté et suprématie. Pour se détacher de la logique issue de la hiérarchie des normes, il propose d'opérer une distinction entre primauté et suprématie. D'une part, la primauté renvoie à « la supériorité de ce qui est premier » et la suprématie « à l'autorité, à ce qui est le plus au-dessus ». Il explique alors que « la primauté ne peut être plurielle et induit nécessairement un rapport hiérarchique et de subordination »¹⁵⁶⁴. C'est pourquoi il affirme que « la primauté doit être reconnue au droit de l'Union européenne et la suprématie aux constitutions nationales ». Comme l'a affirmé le Professeur Le Floch, « cette construction présente l'intérêt de garantir la primauté du droit de l'Union européenne en faisant sauter le verrou constitutionnel en préservant la suprématie de la constitution »¹⁵⁶⁵. Effectivement, cette proposition est pertinente parce qu'elle met fin au débat doctrinal entre le monisme et le dualisme. Par conséquent, le traitement des sujets de droit pourrait être parfaitement uniforme et chaque ordre juridique respecté.

1148. Une coordination des systèmes réalisable. Ainsi, dans la mesure où toute hiérarchisation semble irréalisable à une échelle mondiale, cette logique de rapports entre systèmes pourrait être une solution parfaitement envisageable. Il ne s'agit plus de hiérarchiser en tant que tels les ordres juridiques, mais plutôt de les coordonner entre eux. La démarche consiste plutôt à faire primer la norme qui est supérieure sans pour autant remettre en cause l'autorité de chaque ordre juridique.

1149. Une coordination protectrice de l'égalité de traitement. De cette manière, les traditionnels débats relatifs à la hiérarchie des normes seraient clos et par conséquent, aucune divergence d'application ne pourrait avoir lieu. De plus, il serait simplement considéré que les normes supranationales priment sur les normes nationales, lesquelles demeurent suprêmes au sein de leur Etat. L'enjeu est donc double. D'une part, l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale équivalente serait respectée par l'absence de discordance entre chaque système. D'autre part, la suprématie de chaque ordre juridique interne serait préservée et maintenue face à l'apparition d'ordres juridiques supranationaux étrangers. En outre, si l'appréhension des situations internationales doit consister indéniablement à déterminer de prime abord si un texte supranational est

¹⁵⁶⁴ G. Le Floch, *op. cit.*, spéc. p. 2

¹⁵⁶⁵ *Ibid.*

potentiellement applicable, à raison de la primauté des normes supranationales, il convient ensuite de vérifier ses conditions d'applicabilité.

§ 2 – LE RESSERREMENT DES CONDITIONS D'APPLICABILITE AUTOUR DU PRISME DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

1150. Conformément à la hiérarchie des normes actuellement pratiquée, il convient de déterminer quel texte international est potentiellement applicable à la situation. Une fois cette recherche effectuée, il faut vérifier son applicabilité au regard de trois conditions que sont les conditions matérielle, temporelle et spatiale. Si ces conditions sont remplies, le texte sera applicable. *A contrario*, à défaut de texte international applicable, s'appliquera obligatoirement le droit international privé interne de l'ordre juridique saisi. Ces conditions d'applicabilité des textes internationaux, à l'exclusion de la condition temporelle qui ne donne qu'une date d'entrée en vigueur des dispositions, impactent dans leur mise en œuvre le traitement de chaque situation d'espèce. En effet, l'applicabilité de la condition matérielle traduit une véritable internationalisation de celle-ci (A). De la même façon, l'applicabilité de la condition spatiale dans toute situation internationale illustre une volonté d'universalisation des textes laquelle conduirait à un traitement inégalitaire des sujets de droit (B).

A. VERS UNE INTERNATIONALISATION DE LA CONDITION D'APPLICABILITE MATERIELLE

1151. Chaque situation internationale peut être potentiellement régie par un texte international. Néanmoins, afin de le découvrir, il convient de déterminer si la situation internationale relève du champ d'application matériel du texte international potentiellement applicable. C'est pourquoi les textes internationaux afin d'assurer l'uniformité d'application de leurs textes ont encadré strictement leur propre champ d'application matériel (1). En sus, les textes internationaux grâce à la diversité des domaines matériels qu'ils englobent tendent à créer une uniformisation du contentieux international (2).

1) Le strict encadrement de la condition matérielle par souci d'application uniforme

1152. Pour déterminer si un texte est applicable au regard de sa condition matérielle, le juge doit déterminer si la situation juridique qui lui est soumise entre dans le champ d'application matériel du texte international. C'est pourquoi pour faciliter la tâche du juge, et favoriser un traitement harmonieux de chaque cas d'espèce, les textes internationaux ont strictement délimité leur champ d'application matériel (a). En outre, la Cour de justice, grâce à ses interprétations autonomes, a permis un encadrement encore plus strict de ce champ d'application (b).

a) *Un champ d'application strictement délimité par les textes internationaux*

1153. Un champ d'application encadré par les textes internationaux. Afin de déterminer si un texte international a vocation à régir une situation juridique, il convient d'établir si cette dernière relève de son champ d'application matériel c'est-à-dire si elle fait partie de la matière visée par le texte international. Fort heureusement, dans un souci de sécurité juridique, « la plupart des conventions internationales ont (...) pris soin de définir les matières qu'elles englobent »¹⁵⁶⁶. Effectivement, conventions internationales et règlements européens prennent soin de définir le champ d'application matériel de leur texte en précisant à quelle matière il s'applique, et quelles sont les matières exclues. Par exemple, le règlement Rome I¹⁵⁶⁷ prévoit en son article 1^{er} qu'il s'applique « aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale » et que sont exclus « l'état et la capacité juridique des personnes physiques, etc ».

1154. L'assurance d'une application uniforme. Grâce à cette stricte délimitation du champ d'application matériel du texte, la tâche du juge est plus simple puisqu'il n'a qu'à déterminer pour chaque situation juridique si celle-ci relève de ce champ d'application matériel strictement encadré. Il s'agit d'un véritable atout puisque la précision des textes quant à leur champ d'application matériel conduit nécessairement à traiter uniformément tout sujet de droit. De plus, ceci ne peut être que confirmé par les définitions autonomes qui sont faites à l'égard de ce champ d'application matériel.

b) *Un champ d'application spécialement défini de manière autonome*

1155. Un champ d'application défini par la CJUE. Pour accompagner cette délimitation textuelle stricte, il arrive également, notamment à l'égard de règlements européens, que la Cour de justice ait pris l'initiative de donner une définition autonome aux matières visées par certains textes. Par exemple, à l'égard de la Convention de Bruxelles¹⁵⁶⁸, la Cour de justice, dans l'arrêt *Martin Peters*¹⁵⁶⁹, a considéré que la matière contractuelle

¹⁵⁶⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 54.

¹⁵⁶⁷ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

¹⁵⁶⁸ Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

¹⁵⁶⁹ CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, aff. C-34/82, *Rec.* p. 987, concl. Mancini ; *RCDIP* 1983, p. 663, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1983, p. 834, obs. A. Huet.

devait faire l'objet d'une définition autonome, puis dans l'arrêt *Jacob Handte*¹⁵⁷⁰, a considéré qu'« il n'y a pas d'hypothèses contractuelles s'il n'existe aucun engagement librement assumé d'une partie envers une autre ». Par conséquent, la Cour a rigoureusement défini ce qu'il fallait entendre par « matière contractuelle » au sens de la Convention de Bruxelles afin d'assurer l'uniformité d'application du texte, de la même façon qu'elle a pu y procéder en matière de conflit de lois¹⁵⁷¹.

1156. L'assurance d'une interprétation uniforme. Cela signifie que la détermination du champ d'application matériel des textes internationaux peut faire l'objet d'une certaine uniformisation. Par conséquent, tout juge adoptera la même attitude lorsqu'il lui reviendra la tâche de déterminer si la situation litigieuse relève du champ d'application du texte international, il n'aura qu'à se référer à la lettre du texte et à la définition autonome qui en a été faite par la Cour de justice. De plus, ces définitions autonomes s'appliquent également aux textes qui lui succèdent. Par exemple, la définition autonome de la matière contractuelle s'applique au règlement Bruxelles I¹⁵⁷², puis Bruxelles I *bis*¹⁵⁷³, successeurs de la Convention de Bruxelles. Il peut donc être espéré que la tâche du juge au regard de la vérification de la condition matérielle des textes internationaux tende à une uniformisation du contentieux international à même de garantir l'égalité de traitement.

2) Vers une uniformisation du contentieux international assurée par la condition matérielle

1157. Dans la mesure où le champ d'application matériel des textes internationaux est assurément encadré, il a également été fortement étendu. Les textes internationaux ont proliféré avec l'intention politique d'englober n'importe quelle situation juridique et ceci, quel que soit son domaine d'application matériel (a). Si l'effort d'uniformisation est réussi au

¹⁵⁷⁰ CJCE, 17 juin 1992, *Jacob Handte*, Aff. C-26/91, *JCP* 1992, II, p. 21927, note C. Larroumet ; *JCP E.* 1992, II, p. 363, note P. Jourdain ; *RCDIP* 1992, p. 726, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD eur.* 1992, p. 709, note P. de Vareilles-Sommières.

¹⁵⁷¹ Voir en ce sens, CJUE, 20 déc. 2017, *Soha Sahyouni c/ Raja Mamisch*, aff. C-372/16, *D. actualité*, 25 janv. 2018, note A. Devers : « l'article 1^{er} du règlement (UE) n°1259/2010 du 20 déc. 2010, mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, doit être interprété en ce sens qu'un divorce résultant d'une déclaration unilatérale d'un des époux devant un tribunal religieux, tel que celui en cause au principal, ne relève pas du champ d'application matériel de ce règlement ».

¹⁵⁷² Règlement (CE) n°44/2001 du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Bruxelles I*.

¹⁵⁷³ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Bruxelles I bis*.

regard de la condition matérielle des textes internationaux, il demeure toujours limité par le fléau de l'interprétation (b).

a) *La vocation politique des textes internationaux à englober toute situation juridique*

1158. La prolifération des textes internationaux en toute matière. Au regard des sources supranationales, qu'il s'agisse aussi bien des conventions internationales émanant de la Conférence de La Haye ou des règlements européens issus de l'Union européenne, il apparaît une véritable volonté d'englober l'intégralité des contentieux internationaux, quel que soit leur domaine matériel. En effet, de la Conférence de La Haye, ont émané diverses conventions relatives à différentes matières ou catégories de rattachement. Il peut être évoqué par exemple, la convention relative à la responsabilité des produits défectueux¹⁵⁷⁴, la convention relative aux régimes matrimoniaux¹⁵⁷⁵ ou encore la convention relative aux obligations alimentaires¹⁵⁷⁶. De même, de la Communauté européenne, puis de l'Union européenne, sont apparus différents textes internationaux. Tout d'abord, de nombreuses conventions internationales ont été élaborées dans les matières les plus traditionnelles comme la matière civile et commerciale. Puis, avec le passage dans le premier pilier de la coopération judiciaire en matière civile depuis le Traité d'Amsterdam, une certaine prolifération des règlements européens en droit international privé s'est fait ressentir et ne cesse de croître. Il est possible d'évoquer de nombreux règlements lesquels recouvrent quasiment l'intégralité des catégories de rattachement. Il est possible de citer les plus récents, notamment le règlement Bruxelles I *bis*¹⁵⁷⁷ ou encore le règlement successions¹⁵⁷⁸.

1159. Une vocation universelle à englober tout contentieux. Ce net développement de textes internationaux invite à penser que chaque observateur d'une situation internationale pourra potentiellement appliquer à l'espèce soumise un texte international puisque quasiment toute matière fait l'objet d'une législation internationale en droit international privé. Par conséquent, il serait possible de considérer que l'applicabilité matérielle des textes internationaux présente une certaine vocation universelle tendant à traiter chaque sujet de

¹⁵⁷⁴ Convention de La Haye du 2 oct. 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits.

¹⁵⁷⁵ Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

¹⁵⁷⁶ Convention de La Haye du 23 nov. 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

¹⁵⁷⁷ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Bruxelles I bis*.

¹⁵⁷⁸ Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

droit de manière identique. En d'autres termes, au regard de la densité des textes internationaux actuelle, il semble que presque toute situation juridique pourrait relever d'un texte international quant à son champ d'application matériel. D'ailleurs, cette démarche se combine parfaitement avec la mise en place de champs d'application strictement définis, laquelle tend également à l'uniformisation¹⁵⁷⁹. Il s'agit bien, conformément à la volonté politique des législateurs internationaux, du début de l'universalisation du conflit de lois seul à même de garantir l'égalité de traitement des sujets de droit. Néanmoins, un bémol subsiste lorsqu'il est question d'interprétation.

b) Une uniformisation matérielle limitée par le fléau de l'interprétation

1160. Une interprétation supranationale insuffisante. La volonté politique des organisations internationales à englober toute situation juridique, quel que soit son domaine d'application matérielle est véritable. Le constat est aussi bien issu de la prolifération des textes dans une multitude de matières que de l'effort de délimitation qui peut être fait à l'égard de chaque discipline pour chaque texte. Néanmoins, cette volonté d'application est limitée par les problèmes que peut soulever le processus de qualification. D'une part, il n'existe pas une véritable uniformisation des champs d'application matériels des textes en matière de conflit de lois et de conflit de juridictions¹⁵⁸⁰. D'autre part, en l'absence d'organe supranational, ou de son intervention, il est laissé libre cours à l'interprétation des juges nationaux quant à la délimitation du champ d'application matériel¹⁵⁸¹. Par conséquent, ces deux facteurs constituent les limites imputables à l'universalité recherchée par la condition matérielle.

1161. Une uniformisation du droit envisageable sur le plan matériel. Il ne s'agit donc pas de remettre en question ce procédé des conditions d'applicabilité, mais simplement de constater qu'au travers de la recherche d'applicabilité de la condition matérielle des textes internationaux, est bien promue une volonté d'uniformisation des conflits de lois, voire des conflits de juridictions, même si celle-ci est encore limitée par certains obstacles. En vérité, ce constat invite à considérer que l'uniformisation est parfaitement envisageable sur le plan matériel conformément à l'égalité de traitement. Elle l'est en revanche nettement moins sur le plan spatial.

¹⁵⁷⁹ Cf. *supra* § 1151 et 1152.

¹⁵⁸⁰ Cf. *supra* § 1074 et s.

¹⁵⁸¹ Cf. *supra* § 1077 et s.

B. LA VOCATION EXTENSIVE DE LA CONDITION SPATIALE CONTRAIRE A L'EGALITE DE TRAITEMENT

1162. Si l'applicabilité de la condition matérielle laisse penser qu'une uniformisation du droit international privé est envisageable, il faut encore que cette condition se cumule avec la condition spatiale. En effet, il paraît indispensable, pour appliquer un texte, de vérifier que la situation internationale présente un rattachement dans l'espace avec le territoire d'un Etat membre ou partie au texte, et ceci dans un souci de sécurité juridique (1). Or, en pratique ce champ d'application spatial a fait l'objet d'une véritable extension dans chaque instrument international dans un objectif d'universalisation du droit. Cependant, cette vocation extensive du champ d'application spatial tend à évincer toute neutralité du système et à rompre avec toute égalité de traitement (2).

1) L'indispensable rattachement avec le territoire d'un Etat membre ou partie

1163. Afin de déterminer si un texte international est applicable à une situation internationale, il convient de vérifier que celle-ci relève de son champ d'application dans l'espace. La règle est « tantôt d'applicabilité universelle, tantôt elle est assortie de critères »¹⁵⁸². Effectivement, dans un souci de sécurité juridique, en matière de conflit de juridictions, sera exigé la recherche d'un point de rattachement avec un Etat membre ou partie (a), tandis qu'en matière de conflit de lois, l'applicabilité des textes sera classiquement universelle (b).

a) La légitime exigence d'un rattachement en matière de conflit de juridictions

1164. En matière de conflit de juridictions, les textes internationaux, ou plus exactement les règlements européens, exigent un rattachement avec le territoire d'un Etat membre pour rendre le texte applicable à la situation juridique. Par exemple, le règlement Bruxelles I *bis*¹⁵⁸³ n'est applicable qu'à la condition, en vertu de l'article 4, que le domicile du défendeur se situe sur le territoire d'un Etat membre. Par conséquent, si une telle condition fait défaut le règlement ne sera pas applicable. Ainsi, pour chaque texte relatif aux conflits de juridictions, doit être établi un point de rattachement avec le territoire d'un Etat membre ou

¹⁵⁸² J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes : actes de la journée d'études organisée le 16 avr. 2010 par le CEDCACE, le CEDIN et le CEJEC*, Pedone, 2011, Coll. des Cahiers internationaux, § 16.

¹⁵⁸³ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Bruxelles I bis*.

partie, afin de justifier l'applicabilité du texte. En effet, il paraît indispensable que les textes internationaux, et notamment les règlements européens, ne puissent être appliqués qu'à la seule condition qu'il existe un véritable lien avec le territoire d'un Etat membre. *A contrario*, appliquer ces textes internationaux à une situation juridique ne présentant aucun lien avec la situation juridique consisterait indirectement à violer la souveraineté des Etats tiers dans la mesure où le litige relèverait légitimement de leur ressort. Ainsi, dans un souci de sécurité juridique, il semble incontestable d'établir un point de rattachement dans l'espace avec un Etat membre ou partie pour permettre l'application d'un texte international. Or, si cela est le cas en matière de conflit de juridictions, le conflit de lois a préféré une application universelle.

b) Un champ d'application spatial d'apparence universel en matière de conflit de lois

1165. Des textes d'application universelle. Contrairement aux textes internationaux relatifs au conflit de juridictions, ceux relatifs aux conflits de lois sont classiquement d'application universelle. De plus, les textes propres au conflit de lois sont autant internationaux que régionaux puisque plusieurs émanent de la Conférence de La Haye et d'autres de l'Union européenne. Or, quelle que soit la source, ces textes sont d'application universelle.

1166. Des textes conditionnés au conflit de juridictions. Sur le principe, il pourrait paraître contestable de considérer que ces textes sont d'application universelle dans la mesure où ils n'auraient pas un titre légitime à s'appliquer dans l'espace. Cependant, considérer qu'un texte est d'application universelle signifie seulement que toute loi, c'est-à-dire même la loi d'un Etat tiers, peut être applicable à la situation internationale en cause. Néanmoins, le texte n'est pas applicable à défaut de rattachement avec le territoire d'un Etat membre ou d'un Etat partie véritablement. En réalité, cela signifie qu'à partir du moment où le juge d'un Etat membre ou partie au texte international a été saisi ou peut être compétent, alors ce texte est applicable, et ceci de manière universelle, c'est-à-dire quelle que soit la loi applicable. Finalement, un point de rattachement est indéniablement exigé par la saisine d'un organe judiciaire d'un Etat membre ou partie, dont la compétence sera elle aussi justifiée par un point de rattachement qui sera exigé par un autre texte international, ou à défaut par le droit international privé interne. C'est pourquoi conflit de lois et conflit de juridictions sont indéniablement liés.

En aucun cas, les textes internationaux ne peuvent être appliqués sans qu'il existe au préalable un point de rattachement avec le territoire d'un Etat membre ou partie et ceci afin de garantir la sécurité juridique et de préserver la souveraineté de chaque Etat. De plus,

l'exigence d'un point de rattachement dans l'espace favorise une application linéaire des textes et équivalente, quel que soit l'observateur de la situation internationale. Par conséquent, la mise en œuvre des règles de conflit semble justifiée et conduire au respect des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement puisque l'applicabilité des textes est fonction d'un point de rattachement précis. Aucun arbitraire ne semble pouvoir entrer en jeu, de la même façon que les juges paraissent n'appliquer les textes internationaux qu'en présence de ce rattachement. Néanmoins, il semble, en combinant la tendance à l'universalisation issue de la condition matérielle, que la condition spatiale invite à étendre de plus en plus le champ d'application des textes internationaux pour régir des situations tierces.

2) L'accroissement contestable de la condition spatiale à toute situation internationale

1167. Si le recours à un texte international implique indubitablement de vérifier si la situation internationale relève de son champ d'application spatial, il apparaît que les textes actuels ont tendance à englober n'importe quelle situation internationale et ceci, quelle que soit sa localisation (a). Cependant, cette vocation extensive a conduit à englober des situations internationales tierces aux États membres ou parties aux textes internationaux. Or, un tel résultat conduit inévitablement à une inégalité de traitement des sujets de droit en fonction du juge saisi (b).

a) La vocation extensive de la condition spatiale à englober toute situation internationale

1168. Une vocation universelle des textes extrême. En droit positif, il est possible de constater que depuis les années 2000 une véritable prolifération de règlements européens s'est produite avec une fâcheuse tendance à permettre l'application de ces textes quelle que soit la situation internationale. En effet, les règlements européens sont guidés par ce concept d'application universelle.

1169. Une application des textes en l'absence de rattachement avec le litige. D'une part, si un point de rattachement est exigé avec le territoire d'un Etat membre ou partie, il n'est en aucun cas exigé un lien entre le litige en tant que tel et le territoire d'un Etat membre ou partie. Véritablement, l'applicabilité des textes est conditionnée par la désignation de la juridiction saisie. Le règlement Bruxelles I *bis*¹⁵⁸⁴ n'est applicable que si le domicile du

¹⁵⁸⁴ Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Bruxelles I bis*.

défendeur est situé sur le territoire d'un Etat membre c'est-à-dire que l'applicabilité du texte est conditionnée par la saisine de la juridiction du domicile du défendeur. De la même façon, les textes internationaux en matière de conflit de lois sont conditionnés par la juridiction saisie. Cela signifie donc qu'une certaine universalisation des règles est en marche puisque l'applicabilité dans l'espace des textes ne se cantonne pas à un lien entre le litige et le territoire d'un Etat membre ou partie.

1170. Une application des textes conditionnée par la politique européenne. D'autre part, à la lecture des récents règlements européens, il semble que l'Union européenne cherche à faire des règlements européens l'unique norme applicable. En effet, certains règlements ont vocation à englober n'importe quel cas d'espèce. Par exemple, le règlement relatif aux obligations alimentaires¹⁵⁸⁵ permet nécessairement de saisir le juge d'un Etat membre puisque le règlement est applicable si le créancier ou le débiteur est domicilié sur le territoire d'un Etat membre. Par conséquent, le règlement sera applicable, et pourra alors être appliqué le Protocole de La Haye¹⁵⁸⁶ pour la loi applicable. Il en est de même du règlement successions¹⁵⁸⁷ qui permet, *via* un nombre de règles assez dense, la saisine du juge d'un Etat membre, et qui elle-même justifie l'application des règles conflictuelles relatives à la loi applicable, qui sont contenus par le même texte.

1171. Une universalisation fonction de l'élitisme européen. Au regard de ces éléments, il serait donc possible de considérer que l'applicabilité spatiale des textes internationaux, conformément au mouvement engendré aussi au regard de la condition matérielle, tend à englober toute situation internationale, quel que soit son lieu de situation dans l'espace. Ainsi, les textes internationaux auraient vocation à créer une universalisation des règles conflictuelles du droit international privé pour devenir la norme applicable à n'importe quelle situation juridique conformément à une idéologie élitiste. Or, si l'idée semble louable, elle n'est néanmoins pas justifiée et invite, en vérité à une rupture d'égalité.

b) Une extension de la condition spatiale aux situations internationales tierces

1172. Une vocation extra-européenne. Véritablement, sur le plan pratique, la position adoptée par les récents textes internationaux invite à penser que « puisque seul

¹⁵⁸⁵ Règlement (CE) n°4/2009 du Conseil du 18 déc. 2009 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

¹⁵⁸⁶ Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 nov. 2007.

¹⁵⁸⁷ Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

importe le lien d'une situation juridique avec le territoire de (l'Union européenne), toutes les situations à cheval sur ce territoire et sur l'étranger tombent sous l'empire du droit (européen) »¹⁵⁸⁸. Effectivement, « le droit (européen) affecte indubitablement des situations qui ne sont pas simplement intra-(européennes) » mais peut « concerner aussi des situations « semi-(européennes) », c'est-à-dire qui possèdent un lien de rattachement, à la fois avec (l'Europe) ou avec un ou des pays tiers »¹⁵⁸⁹. Par conséquent, il semble bien que les règlements européens n'aient pas une vocation uniquement intra-européenne mais bien extra-européenne. Cependant, cette manière d'appréhender le droit international privé est contestable à deux niveaux.

1173. Une vocation politique exempte de neutralité. D'une part, il semble que cette vocation soit essentiellement politique. Il s'agit d'une volonté de l'Union européenne d'embrasser toute situation internationale afin d'étendre son propre droit au-delà du territoire qu'elle couvre. En effet, « dans tous les cas, le droit (européen) se préoccupe seulement de déterminer sa propre applicabilité dans l'espace, sans avoir à se soucier de celles d'autres ordres juridiques concurrents »¹⁵⁹⁰. Or, il apparaît que cette vision auto-centriste de l'Union européenne manque de neutralité mais surtout a vocation à restreindre essentiellement le droit des conflits de lois aux conceptions que l'Union européenne s'en fait. Cependant, il est admis que le droit des conflits de lois pour être universel doit avant tout être neutre¹⁵⁹¹.

1174. Une vocation source de fragmentation juridique. D'autre part, cette manière d'appréhender la discipline implique « un dédoublement potentiel des règles européennes de droit international privé, selon que la situation de fait internationale présente des éléments de localisation à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union européenne »¹⁵⁹². Or, ce dédoublement est « source de fragmentation du droit applicable » et n'est « jamais neutre », puisque « quand le dédoublement est admis, il n'est pas facile (...) de faire le partage entre les situations de fait considérées comme appartenant à l'espace interne européen et les situations de fait externes »¹⁵⁹³. Par conséquent, cette manière d'appréhender les situations internationales au

¹⁵⁸⁸ D. Lefranc, *op. cit.*, p. 413.

¹⁵⁸⁹ *Ibid.*, citant M. Fallon, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de H. Muir-Watt, A. Fuchs et E. Pataut, Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, p. 31, spéc. n° 23, p. 54.

¹⁵⁹⁰ D. Lefranc, *op. cit.*, p. 413.

¹⁵⁹¹ Cf. *supra* § 988.

¹⁵⁹² J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin, *op. cit.*, § 17.

¹⁵⁹³ *Ibid.*, § 17 et 18.

regard de la condition spatiale des règlements européens conduit, par manque de neutralité, à une véritable fragmentation juridique, source d'inégalité de traitement.

1175. Une vocation source d'inégalité de traitement. Selon le juge saisi c'est-à-dire intra-européen ou extra-européen, la solution d'un litige impliquant un Etat tiers pourrait complètement différer dans la mesure où l'appréhension de la situation internationale par les juridictions de l'Etat tiers pourra être complètement différente. Ainsi, il ne faut pas davantage s'introduire dans un mouvement d'universalisation des règles de droit international privé européennes puisqu'elles peuvent conduire à une véritable inégalité de traitement selon le juge saisi. De plus, il semble peu probable que l'application imposée de règles de droit international privé dans des situations touchant aux Etats tiers puisse un jour être acceptée par ces derniers, notamment lorsque des véritables divergences identitaires se font ressentir.

1176. Le retour exigé d'un encadrement strict des conditions d'applicabilité. Finalement, si la vérification des conditions d'applicabilité des textes internationaux est indispensable pour juger de leur application, le contenu de ces conditions peut parfois conduire à une variabilité de traitement des situations juridiques internationales. Dans un souci d'égalité de traitement, il serait préférable que chaque domaine soit strictement cantonné et surtout le champ d'application spatial, lequel ne devrait pouvoir permettre l'application des textes internationaux que lorsqu'il existe un véritable lien entre la situation juridique internationale et le territoire d'un Etat membre ou partie. Pour autant, il arrive qu'il ne soit pas nécessaire de rechercher quelle règle conflictuelle est potentiellement applicable dans la mesure où celle-ci est évincée par l'application d'une loi de police.

SOUS-SECTION 2 : LE CONTOURNEMENT ADMIS DE LA REGLE APPLICABLE PAR RECOURS UNIFORME AUX LOIS DE POLICE

1177. Par exception à la méthode traditionnelle conflictuelle, il arrive que soit appliquée une loi de police, laquelle évincera directement l'application de la règle conflictuelle. Ce mécanisme, admis en droit positif, est indispensable à la discipline du droit des conflits de lois malgré son identification confuse défavorable à l'égalité de traitement (§ 1). Néanmoins, si son recours est légitime, il doit, dans une optique de traitement équivalent de chaque situation, permettre l'application de toute loi de police nationale, quelle que soit son origine (§ 2).

§ 1 – LE MECANISME INDISPENSABLE DES LOIS DE POLICE AU MEPRIS DE SON IDENTIFICATION CONFUSE

1178. Le mécanisme des lois de police constitue un mécanisme d'exception dans la mesure où il a pour effet d'évincer les règles de droit normalement applicables. Cette impérativité reconnue aux lois de police, qui leur permet une application immédiate, est toutefois discutable dans un système conflictuel bilatéral (A). Néanmoins, si son recours est justifiable, son utilisation actuelle est plus contestable dans la mesure où l'identification des lois de police est relativement lacunaire. Or, ceci a pour conséquence d'entraîner un traitement aléatoire des situations internationales (B).

A. L'APPLICATION IMMEDIATE DE LOIS DE POLICE A *PRIORI* DISCUTABLE

1179. Classiquement, les règles applicable en droit des conflits de lois peuvent être évincées en amont par le mécanisme des lois de police, lequel est doté d'un pouvoir d'application immédiat à la situation internationale. Cependant, le recours à ce procédé semble parfaitement incompatible dans un système conflictuel bilatéral puisqu'il s'agit de normes impératives de source nationale (1). Cependant, il s'avère que son utilisation est indispensable afin de garantir la mise en place d'un système de droit des conflits de lois cohérent avec les ordres juridiques internes (2).

1) L'incompatible recours aux normes nationales impératives dans un système conflictuel

1180. Le mécanisme des lois de police présente une certaine particularité dans la mesure où il s'agit de dispositions considérées comme impératives et d'application immédiate. En réalité, ce sont des dispositions impératives parce qu'elles sont l'objet d'une politique législative nationale. Cependant, confondre impérativité et politique législative provoque l'éviction de toute neutralité dans le traitement des situations internationales (a). De plus, conditionner l'impérativité de dispositions législatives à des considérations politiques mouvantes conduit indéniablement à créer de l'imprévisibilité juridique dans le traitement de ces mêmes situations (b).

a) L'impérativité critiquable de normes objet d'une politique législative

1181. L'éviction des règles de conflit. Par exception à l'application des règles de droit, notamment des règles conflictuelles, il arrive qu'une loi de police s'applique immédiatement et impérativement. En effet, « l'option que le jeu de (la) méthode (conflictuelle) implique entre la loi du for et la loi étrangère entraîne comme conséquence

que, dans certains cas, elle conduit à l'application de la loi étrangère alors pourtant que celle de la loi du for s'impose pour des raisons impérieuses »¹⁵⁹⁴.

1182. Le caractère impératif des lois de police. Le mécanisme des lois de police implique l'éviction des règles conflictuelles pour appliquer directement la loi de police d'un ordre juridique impliqué dans la situation d'espèce et ceci en vertu de considérations impératives. Ainsi, « l'autorité saisie considère les intérêts défendus par sa loi trop étroitement impliqués, eu égard aux rattachements de la situation, pour que cette loi souffre le cas échéant d'être écartée par le jeu normal de la règle de conflit »¹⁵⁹⁵. Il faut donc bien entendre que « les lois de police sont dictées par des impératifs tels qu'il est inconcevable que la loi du for ne soit pas appliquée à partir du moment où un rattachement pertinent existe »¹⁵⁹⁶.

1183. Une impérativité motivée par une politique législative. En d'autres termes, dès lors que l'un des ordres juridiques en cause considère que le jeu des règles de conflit pourrait entraver sa politique législative qu'il considère comme impérative, alors il pourra imposer l'application de sa propre loi de police¹⁵⁹⁷. Par conséquent, les lois de police sont fonction des intérêts que l'Etat considère comme impératifs. Cela signifie que « la politique législative constitue une donnée clé dans la définition des lois de police »¹⁵⁹⁸.

1184. Une exception exempte de neutralité. Il s'agit donc d'un mécanisme d'exception dont la mise en œuvre est parfaitement exempte de neutralité. La fonction même des lois de police est d'assurer l'effectivité d'une politique législative interne¹⁵⁹⁹. Par conséquent, il est impossible de considérer que cette exception à la traditionnelle méthode conflictuelle constitue un mécanisme neutre s'inscrivant dans une discipline traitant sur un

¹⁵⁹⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 168.

¹⁵⁹⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 177.

¹⁵⁹⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 168.

¹⁵⁹⁷ Voir en ce sens : G. Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *RCDIP* 1977, p. 258 : « Bref, les lois d'ordre public ont pour effet de rendre caduque la désignation du droit étranger par les règles locales de droit international privé », « voici comment cela se produit : puisque la sphère d'application desdites lois, établie dans son étendue pour des raisons de *publica utilitas*, interfère dans la sphère affectée à un droit étranger par le droit international privé local et que, d'autre part, l'application de ces mêmes lois s'impose dans leur propre sphère d'une manière contraignante, il s'ensuit que la désignation du droit étranger finit, dans la mesure de cette interférence, par être annulée ».

¹⁵⁹⁸ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 207, § 25.

¹⁵⁹⁹ Voir en sens : P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 207 : « Aujourd'hui encore mal cerné le rôle de la politique législative, insensible dans la détermination de l'applicabilité des lois ordinaires de droit privé selon la démarche savignienne, est au contraire un élément décisif de la caractérisation de la loi de police comme de la détermination de ses critères d'efficacité dans l'espace ».

ped d'égalité loi du for et loi étrangère¹⁶⁰⁰. La préférence est accordée à une loi interne à raison des considérations impérieuses. Cependant, outre l'absence de neutralité du procédé, celui-ci conduit à une véritable imprévisibilité dans le traitement des situations juridiques internationales.

b) *L'impérativité contestable de normes fonction de considérations politiques mouvantes*

1185. Des normes fonction d'une politique législative évolutive. Malheureusement, l'application des lois de police étant subordonnée à une politique législative conduit à une véritable imprévisibilité juridique. En effet, à chaque situation internationale à laquelle est soumis le juge, celui-ci devra « commencer par se demander si sa propre loi est une loi de police et si en conséquence elle requiert impérativement d'être appliquée »¹⁶⁰¹ et ceci en fonction de la politique législative jugée impérative à un moment donné¹⁶⁰². Par conséquent ce mécanisme soulève plusieurs difficultés en termes de prévisibilité juridique.

1186. Une exception synonyme d'imprévisibilité juridique. Tout d'abord, comme l'ont affirmé Batiffol et le Professeur Lagarde, « cette méthode (...) perturbe de toute évidence le règlement de la situation (internationale) par les chevauchements de règles qu'elle entraîne »¹⁶⁰³. En effet, pour chaque situation, il faudra se demander, quelle règle conflictuelle s'applique parmi les sources applicables, mais aussi s'interroger sur la possible application immédiate d'une loi de police. Ensuite, dans la mesure où les lois de police sont fonction d'une politique législative, elles ne sont pas rattachées à un « critère de portée générale »¹⁶⁰⁴. Par conséquent, « il est impossible de considérer qu'il existe (...) un bloc homogène des lois de police », et « tout effort de systématisation est nécessairement voué à l'échec »¹⁶⁰⁵. Cette absence d'uniformisation des lois de police conduit inévitablement à promouvoir une certaine

¹⁶⁰⁰ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé, *op. cit.*, § 183 : « Sortant du paradigme du droit privé et n'étant pas internationalement fongibles, elles ne font pas partie de la communauté de droits et ne se prêtent pas par conséquent à la méthode de recherche du siège du rapport de droit ».

¹⁶⁰¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 168.

¹⁶⁰² Voir en ce sens : P. Lagarde, « La loi française sur la vente des navires francisés est une loi de police », *RCDIP* 2005, p. 55, dans lequel l'auteur expose, au regard d'un arrêt de la Cour de cassation (Cass., Com., 14 janv. 2004, *Dalloz* 2005, p. 1992, obs. P. Courbe et H. Chanteloup), que : « L'article 10 de la loi française du 3 janv. 1967, qui prescrit à peine de nullité, pour la forme des actes relatifs à la propriété des navires francisés, la rédaction d'un écrit comportant les mentions propres à l'identification des parties et du navire, constitue une loi de police du for au sens de l'article 7-2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ».

¹⁶⁰³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 254.

¹⁶⁰⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 178.

¹⁶⁰⁵ *Ibid.*

imprévisibilité voire insécurité juridique¹⁶⁰⁶. Enfin, dans la mesure où le juge suit une certaine politique législative à l'instant où il statue, il est « guidé (...) par des directives très souples (qui) lui ouvrent un large pouvoir d'appréciation qui comporte nécessairement un risque d'arbitraire »¹⁶⁰⁷. Ainsi, la mise en œuvre du mécanisme pourrait être aléatoire et fonction du juge saisi. En d'autres termes, considérer qu'un mécanisme est l'objet d'une politique législative conduit forcément à perturber toute prévisibilité juridique. De cette manière, l'égalité de traitement peut être mise à mal, dans la mesure où le déclenchement du mécanisme est fonction de considérations impérieuses mouvantes et propres à chaque Etat. Pourtant, le recours au mécanisme des lois de police est tout de même justifiable en droit des conflits de lois.

2) L'appel impérieux aux normes nationales impératives dans tout système de droit des conflits de lois

1187. Le recours au mécanisme des lois de police peut paraître surprenant dans un système de méthode conflictuelle bilatérale puisqu'il est subordonné à des politiques législatives. Néanmoins, l'utilisation de ces normes est particulière dans la mesure où elles relèvent d'une méthode indépendante et d'inspiration unilatéraliste laquelle permet alors une application équivalente chaque fois qu'un ordre juridique impliqué dans le cas d'espèce applique ses lois de police (a). En outre, si le mécanisme est exempt de neutralité, son recours se justifie par souci de cohérence au sein de chaque ordre juridique interne et de complémentarité avec les règles de conflit (b).

a) Une application équivalente subordonnée à l'implication de chaque ordre juridique

1188. L'expression de la méthode unilatéraliste. Le mécanisme des lois de police semble rompre avec toute idée de neutralité et d'égalité de traitement dans la mesure où il est l'objet de phénomènes politiques mouvants. Néanmoins, si le procédé en tant que tel présente le défaut d'être relativement très malléable en fonction d'une époque donnée, il ne remet pas pour autant en cause la méthode conflictuelle bilatérale classique. Par conséquent, les règles de conflit sont préservées et leur structure neutre n'est pas remise en cause. En vérité, il convient de considérer « les lois de police comme l'expression d'une méthode particulière

¹⁶⁰⁶ Voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 170, qui par la définition qu'elle donne des lois de police fait état de l'imprévisibilité juridique à laquelle elles conduisent : « une loi de police est une disposition substantielle, que rien ne distingue le plus souvent des autres dispositions substantielles « ordinaires » ».

¹⁶⁰⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 178.

totale­ment distincte de la méthode conflictuelle classique »¹⁶⁰⁸. Effectivement, les lois de police sont « d'inspiration unilatéraliste »¹⁶⁰⁹ dans la mesure où « au lieu de partir de la relation juridique pour déterminer la loi applicable, le juge déclare applicable la disposition considérée en fonction de ce qu'il estime être son but et sa volonté d'application ». De cette façon, « la méthode bilatérale est mise à l'écart »¹⁶¹⁰. Il s'agirait donc « d'une catégorie particulière de normes (...) dont l'application dans l'espace s'effectuerait en fonction de critères propres prenant leur source dans la considération de la norme elle-même et non dans les situations concrètes qu'elle est appelée à régir »¹⁶¹¹.

1189. Une application équivalente des lois de police de chaque ordre juridique.

En outre, les lois de police constituent une catégorie de normes spécifiques de source interne et dont le caractère est impératif. Ces normes s'apparentent alors à un élément perturbateur au règlement du conflit de lois. Or, dans la mesure où celui-ci se traduit sous une inspiration unilatéraliste, son contenu est fixé par chaque ordre juridique national. Par conséquent, l'imprévisibilité du mécanisme est quelque peu déjouée puisque dès lors que tel ordre juridique est impliqué dans une situation internationale, ses lois de police sont appliquées. Ainsi, si les lois de police ne peuvent constituer une catégorie homogène quant à leur contenu puisqu'elles sont l'objet de politiques législatives, elles peuvent en revanche être appliquées de manière équivalente. En d'autres termes, chaque ordre juridique possède ses propres lois de police, par conséquent, chaque fois qu'il sera impliqué dans un litige international, celles-ci seront appliquées à l'instar des règles conflictuelles si elles ont vocation à protéger la politique législative de l'Etat en cause. De cette façon, si la malléabilité du contenu peut amener à s'interroger sur l'aléa dans la détermination des lois de police, son application peut demeurer prévisible puisque chaque fois qu'un ordre juridique est concerné seront appliquées ses lois de police. Cependant, si l'égalité de traitement, au regard de l'application du mécanisme en tant que tel est préservée, la neutralité reste mise à mal. Celle-ci n'est pas remise en cause au regard de la méthode conflictuelle bilatérale classique, mais au regard du recours au mécanisme des lois de police. Or, il est considéré que les procédés de source unilatéraliste sont difficilement neutres¹⁶¹². Pour autant, il paraît justifié de recourir dans

¹⁶⁰⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 178.

¹⁶⁰⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 177.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, § 178.

¹⁶¹¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 168.

¹⁶¹² Cf. *supra* § 687 et s.

certain cas au mécanisme malgré l'objectif de neutralité poursuivi par la discipline du droit des conflits de lois.

b) *Les intérêts privés complémentaires garantis par les ordres juridiques nationaux*

1190. La protection des intérêts privés assurés par les lois de police. Si l'égalité de traitement des sujets de droit peut être assurée par une application uniforme des lois de police chaque fois que leur ordre juridique est engagé, il n'en est pas de même à l'égard de l'objectif de neutralité. Toutefois, il est considéré que les lois de police sont nécessaires parce qu'elles ont pour objectif « de protéger les intérêts de la collectivité à travers une catégorie de personnes (les salariés, les locataires, les consommateurs, les emprunteurs, les mineurs en danger...) ; ou encore d'imposer l'application uniforme de la loi sur le territoire afin d'assurer la sécurité des transactions tout en épargnant des vérifications aux tiers »¹⁶¹³. Il s'agit donc de protéger des intérêts défendus par un ordre juridique lesquels ne seraient pas aussi bien préservés par le droit des conflits de lois¹⁶¹⁴. Par exemple, « en matière d'état des personnes, les dispositions tendant à la protection de l'enfance en danger seront le plus souvent appliquées dans un pays donné indépendamment de la loi applicable à l'autorité parentale ou la tutelle selon la règle de conflit »¹⁶¹⁵. En réalité, « au-delà du souci de protection du mineur (cela traduit) la poursuite d'une certaine politique visant à maintenir le bon ordre dans le pays »¹⁶¹⁶. Par conséquent, les lois de police seraient nécessaires pour la sauvegarde de certains intérêts que l'Etat considère comme primordiaux¹⁶¹⁷.

1191. Le rôle complémentaire des lois de police en droit des conflits de lois. Cette approche du droit des conflits de lois par le recours aux lois de police semble parfaitement critiquable dans la mesure où il évince toute idée d'uniformisation des règles et écarte tout concept de neutralité. Cependant, le mécanisme des lois de police assure un rôle de

¹⁶¹³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 177.

¹⁶¹⁴ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 77 : « il convient d'insister sur le fait que les lois de police constituent une pièce essentielle du règlement des relations privées internationales. En relevant l'existence de « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoire », Savigny avait eu la juste intuition qu'il est des lois dont l'impérativité est telle qu'elles ne sauraient obéir à la méthode des conflits de lois car celle-ci présuppose une certaine indifférence au contenu des lois en présence, laquelle fait précisément défaut dans une telle hypothèse ».

¹⁶¹⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 177.

¹⁶¹⁶ L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, Thèse, Paris 2, 1998, LGDJ, 2001, § 390.

¹⁶¹⁷ Voir en ce sens : G. Sperduti, *op. cit.*, p. 258 : « il est naturel que les règles de droit international privé se conforment aux exigences d'ordre public du système dont elles font partie et que par conséquent, d'une part, elles n'entrent en fonction que dans les conditions et dans la mesure que permettent les lois locales d'ordre public et que, d'autre part, elles exercent avec succès leur fonction à l'égard du droit étranger pour autant que les lois étrangères désignées par elles ne contrastent pas avec les principes fondamentaux dont s'inspire le système du for dans les réglementations juridiques que lui-même opère ».

complément. En vérité, il est nécessaire au bon fonctionnement de la discipline. Les lois de police sont indispensables pour garantir un traitement cohérent des situations internationales dans un ordre international en cours d'achèvement¹⁶¹⁸. En effet, « la précarité de l'ordre international, encore en devenir, permet de comprendre que les ordres juridiques nationaux puissent répugner à consentir des sacrifices importants au profit des intérêts de la vie internationale toutes les fois qu'ils ne sont pas certains que ces sacrifices porteront leurs fruits au sein même de l'ordre international »¹⁶¹⁹. Il s'agit donc d'une intervention nationale complémentaire capable d'assurer la protection des intérêts des sujets de droit que l'ordre international ne serait pas, à l'heure actuelle, en capacité de défendre. « Dans beaucoup de cas, l'application « immédiate » d'une disposition impérative est rendue nécessaire parce que le rattachement prévu par la règle de conflit bilatérale pour la catégorie dont la situation relève ne permet pas d'en assurer une application conforme à son but »¹⁶²⁰. En d'autres termes, les lois de police viennent contrebalancés au nom de la justice matérielle, les points sur lesquels la justice conflictuelle n'est pas en mesure de protéger suffisamment les intérêts privés.

Par conséquent, afin de ne pas mettre en péril les intérêts de la collectivité nationale, le recours aux lois de police est nécessaire. Comme l'a affirmé le Professeur Gannagé à propos de la protection du mineur, « c'est bien la défense de l'ordre social qui pourrait se trouver compromise si la prévention de la délinquance juvénile, mais aussi la protection des jeunes adolescents se trouvait soumise sur un même territoire à des règles de droit différentes »¹⁶²¹. Ainsi, il semble que par souci de cohésion et de complémentarité, le mécanisme des lois de police soit inévitable dans tout système de droit des conflits de lois. Ce sont ces raisons qui justifient d'inclure dans le régime d'applicabilité du droit des conflits de lois le mécanisme

¹⁶¹⁸ Voir en ce sens : Y. Lequette, *op. cit.*, § 78 : « Il n'en reste pas moins que, même réduites à la condition de dispositions d'exception, les lois de police jouissent à l'égard de la méthode de la règle de conflit d'une priorité d'application qui, si elle favorise la cohésion des ordres internes, paraît être de nature à éloigner de la satisfaction des objectifs qui sont traditionnellement pris en charge sous couvert de l'ordre international. Mais il ne faudrait pas exagérer la portée d'une telle remarque. La primauté des lois de police trouve, en effet, un fondement solide dans le principe déjà relevé de l'antériorité de l'ordre interne par rapport à l'ordre international et celui de la cohésion des ordres internes qui lui est corrélatif. Les Etats étant traditionnellement les communautés de vie sociale les mieux organisées et donc les plus aptes à favoriser le développement de rapports humains paisibles et harmonieux, il faut veiller à ce que les rapports internationaux s'insèrent dans le contexte des droits internes sans les affecter. On a vu que les règles de conflit de lois sont modelées à cet effet sur les piliers de l'ordre civil afin que les rapports internationaux, ainsi calibrées, s'intègrent à l'ordre interne sans l'ébranler. Mais lorsque les intérêts essentiels de la société qu'il a en charge sont directement en jeu, l'ordre interne peut être admis à faire prévaloir en priorité ses propres dispositions ».

¹⁶¹⁹ G. Sperduti, *op. cit.*, p. 258.

¹⁶²⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 180.

¹⁶²¹ L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, *op. cit.*, § 390.

des lois de police lesquelles demeurent indispensables à la préservation des intérêts particuliers. Néanmoins, si le mécanisme est justifié et peut, potentiellement, être appliqué de manière équivalente dès lors que la loi de police d'un ordre juridique est en cause, il faut encore être en mesure de pouvoir l'identifier.

B. L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT REMISE EN CAUSE PAR UNE IDENTIFICATION LACUNAIRE DES LOIS DE POLICE

1192. Si le recours au mécanisme des lois de police est justifié en droit des conflits de lois, il faut tout de même pouvoir identifier ces règles. Cependant, en droit positif, l'identification des lois de police demeure parfaitement confuse et aléatoire dans la mesure où il n'existe pas de véritable encadrement de la notion (1). Or, cet encadrement est l'assurance d'un traitement équivalent des situations juridiques internationales (2).

1) Une identification aléatoire et confuse en l'absence d'encadrement de la notion

1193. Pour recourir au mécanisme des lois de police, il faut pouvoir identifier ces dernières. Or, en droit positif, il apparaît qu'aucune définition stricte ni aucun critère d'identification des lois de police n'a réussi à s'imposer (a). Ceci est parfaitement regrettable dans la mesure où leur détermination est *quasi* unanimement soumise au libre arbitre du juge saisi (b).

a) L'absence de définition stricte et de critères d'identification des lois de police

1194. L'absence de définition et de critères d'identification. Classiquement les lois de police sont fonction de politiques législatives d'un ordre juridique interne. Par conséquent, « le critère qui déclenche son application est lié au but qu'elle poursuit, et qu'il convient d'identifier pour chacune »¹⁶²². Néanmoins, pour reconnaître une loi de police, celle-ci doit nécessairement faire l'objet d'une définition et/ou de critères d'identification. Or, il apparaît que ni définition positive ni critères d'identifications strictes n'existent à l'heure actuelle¹⁶²³.

1195. De nombreux critères ont été proposés, certains formalistes, d'autres techniques, et d'autres encore finalistes¹⁶²⁴. Cependant, aucun de ces critères n'est considéré comme celui qui permet d'identifier une loi de police. Néanmoins, la théorie moderne des lois

¹⁶²² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 180.

¹⁶²³ Par ex. : comme l'a affirmé A. Potocki, « dans le domaine des transports, la doctrine n'est pas unanime et les décisions retenant la qualification de loi de police sont très minoritaires », in « Définition de la loi de police en matière de transport », *RCDIP* 2010, p. 720.

¹⁶²⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 169 et s.

d'application immédiate se réfère classiquement à un critère finaliste et notamment à « la formule de Francescakis » selon laquelle « les lois de police sont des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ; leur caractère distinctif réside dans cette idée d'organisation »¹⁶²⁵. Néanmoins, si cette définition donne une indication sur l'objectif poursuivi par une loi de police, elle n'en permet pas véritablement l'identification et demeure profondément abstraite. Cependant, certains textes internationaux ont tenté de donner aux lois de police une définition comme le règlement Rome I en son article 9¹⁶²⁶ succédant à la Convention de Rome. Il s'agit de « la première tentative jamais effectuée » pour donner une définition aux lois de police « par une législation de droit international privé »¹⁶²⁷. Néanmoins, « la définition proposée (correspond) à des standards extrêmement généraux » qui laisse, une nouvelle fois, une latitude importante au juge saisi »¹⁶²⁸ quant à la détermination de ces dispositions impératives. Par conséquent, si l'Union européenne a cherché à encadrer le mécanisme des lois de police par le recours à une définition, elle n'y est pas parvenue.

1196. L'impossible identification stricte des lois de police. Actuellement, « les lois de police ne se découvrent pas par la simple mise en œuvre d'un critère synthétique et elles ne s'appliquent pas par le seul effet d'une définition abstraite »¹⁶²⁹. Par conséquent, « les contours des lois de police sont impossibles à définir de façon nette parce qu'il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois »¹⁶³⁰. De plus, « dans les Etats modernes, on peut dire que toute loi (sauf peut-être les lois supplétives) tend pratiquement à garantir des intérêts économiques ou sociaux ou si l'on préfère, des intérêts publics »¹⁶³¹. La difficulté est considérable puisque les lois de police ne sont donc pas concrètement identifiables au regard d'un critère ou d'une définition stricte. Or, la conséquence de cette absence d'encadrement peut inévitablement conduire à un aléa dans la détermination des lois

¹⁶²⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 175.

¹⁶²⁶ Art. 9 du règlement Rome I : « Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde des intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ».

¹⁶²⁷ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 2.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, § 3.

¹⁶²⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 180.

¹⁶³⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 178.

¹⁶³¹ *Ibid.*

de police selon la conception adoptée. D'ailleurs, en pratique, les lois de police sont essentiellement déterminées par le juge saisi¹⁶³².

b) *Une détermination quasi unanimement soumise au libre arbitre du juge*

1197. Dans la mesure où il n'existe pas de définition stricte ou de critères d'identification des lois de police, il arrive, fort heureusement, « que le législateur précise lui-même le domaine d'application nécessaire de ses lois de police »¹⁶³³. Par exemple, c'est le cas de l'article 311-15 du Code civil qui prévoit que la possession d'état produit les conséquences prévues par la loi¹⁶³⁴. Cependant, il s'agit d'hypothèses relativement restreintes¹⁶³⁵ et « plus fréquemment, c'est au juge qu'il revient à la fois de qualifier une règle de loi de police et d'en déterminer le domaine d'application nécessaire »¹⁶³⁶. Ainsi, cette absence d'encadrement juridique consiste à laisser au juge tout libre arbitre quant à l'identification des lois de police¹⁶³⁷. De cette manière, « suivant ses convictions, le juge peut trouver des lois de police partout, ou au contraire n'en trouver aucune »¹⁶³⁸. Cette liberté laissée au juge est parfaitement regrettable, car ce dernier aura le pouvoir d'évincer toute règle

¹⁶³² Voir en ce sens : CA de Metz, 28 mars 2019, n°19/00138, dans lequel les juges du fond ont considéré que les dispositions de l'article L.341-2 du Code de la consommation relatif aux cautionnements ne constituait pas une loi de police au sens de l'article 9§1 du règlement Rome I, rappelant notamment que « le caractère d'ordre public en droit interne français de ces dispositions est en outre insuffisant à leur conférer le caractère de loi de police au sens (du règlement Rome I) ».

¹⁶³³ P. Mayer, « Lois de police », *op. cit.*, § 12.

¹⁶³⁴ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 266 : « La différence par rapport à une règle de conflit unilatérale, c'est que cette règle ne gouverne pas une institution déterminée, mais un aspect d'une institution et uniquement dans certaines situations : les effets des règles françaises sur la possession d'état quant l'enfant ou les (ou l'un des) parents de l'enfant sont domiciliés en France. Pour les autres aspects de la filiation et dans les autres situations, la filiation est régie par la loi désignée par les règles de conflit. L'article 311-15 déroge bien à la méthode conflictuelle, pour étendre une solution du droit matériel français à un certain type prédéterminé de situations internationales ».

¹⁶³⁵ Voir en ce sens : Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP* 1966, p. 1, exposant que : « les règles écrites de ce genre sont rares » ; « habituellement, le législateur ne se donne pas le temps de réfléchir sur les incidences internationales des lois, voire évite peut-être sciemment de le faire par crainte de s'engager dans des prévisions qu'il ne maîtrise pas ».

¹⁶³⁶ P. Mayer, « Lois de police », *op. cit.*, § 13.

¹⁶³⁷ Voir en ce sens, Cass., Com., 13 juill. 2010, n°10-12.154, *D. actualité*, 23 juill. 2010, note X. Delpech ; *RTD com.* 2010, p. 779, note B. Bouloc ; *RCDIP* 2010, p. 720, note A. Potocki ; *Dalloz* 2010, p. 2323, note L. d'Avout et p. 2339, note V. Da Silva ; *Dalloz* 2011, p. 1445, note H. Kenfack et p. 1374, note F. Jault-Seseke ; dans lequel la Cour a considéré que « l'article L.132-8 du code de commerce conférant au transporteur routier une action en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire institués garants du paiement du prix du transport n'est pas une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police ».

¹⁶³⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 178.

de conflit dès qu'il le désire sous prétexte de l'application d'une loi de police¹⁶³⁹. Indéniablement, la mise en œuvre du système de droit des conflits de lois sera faussée et toute égalité de traitement mise à mal. L'application des lois de police sera conditionnée par le juge saisi et fonction de l'ordre juridique en cause¹⁶⁴⁰. Pour garantir l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale équivalente, il est donc indispensable d'encadrer cette notion.

2) L'indispensable encadrement de la notion par mesure d'égalité

1198. Pour pallier les défauts existants quant à l'identification des lois de police, il serait préférable d'établir des références strictes permettant la détermination de ces lois de police, laquelle devrait faire l'objet d'une motivation par le juge pour des raisons de sécurité juridique (a). Cependant, dès lors que l'identification des lois de police est laissée à l'appréciation du juge, l'égalité de traitement peut être mise à mal. Il conviendrait plutôt que le législateur se charge lui-même d'attribuer la qualification de loi de police aux dispositions qu'il considère impératives (b).

a) L'établissement de références strictes devant être motivée par le juge

1199. L'encadrement strict de la définition des lois de police de Francescakis. Afin d'éviter tout aléa dans l'identification et l'application des lois de police, il est absolument nécessaire d'encadrer cette notion. En effet, « la définition des lois de police demeure, aujourd'hui encore, plus un idéal à atteindre qu'une étape définitivement franchie, sur laquelle il n'y aurait plus à revenir »¹⁶⁴¹. En droit positif, la doctrine moderne définit les lois de police conformément à la définition qui en a été faite par Francescakis¹⁶⁴². Cependant, sa théorie renvoie à « un caractère très général et même flou de la notion »¹⁶⁴³. C'est pourquoi dans la mesure où « la notion de sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou

¹⁶³⁹ Voir en ce sens : P. Mayer, « Les lois de police », *TCFDIP*, H.-S., 1988, spéc. p. 108 : « la notion de « loi de police » étant nécessairement très vague, on pourrait craindre en effet que le juge ne trouve des lois de police partout, compte tenu de sa préférence pour ses propres lois. Certes, la même crainte a été émise à l'égard de l'exception d'ordre public ; mais le danger serait plus grand avec les lois de police, parce qu'il serait moins gênant de décider au départ de ne pas appliquer la loi étrangère, que de l'écarter en raison de son contenu ».

¹⁶⁴⁰ Voir en ce sens : O. Cachard, *op. cit.*, § 333 : « Si la jurisprudence et la doctrine allemande adoptent une vision étroite des lois de police, la jurisprudence française entend assez largement les intérêts protégés. Sans nous risquer à l'inventaire incomplet d'une jurisprudence pointilliste qui refuse parfois cette qualification de loi de police, signalons l'intérêt collectif des salariés français protégé par l'institution du comité central d'entreprise ou par la rédaction du contrat de travail en langue française, l'intérêt collectif des consommateurs et des épargnants protégés par diverses règles de forme et de compétence juridictionnelle », etc.

¹⁶⁴¹ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 9.

¹⁶⁴² Cf. *supra* § 1194.

¹⁶⁴³ P. Lalive, Ch. IV, S. I, C. « Spécificité de cette notion ? », *op. cit.*, spéc. p. 125.

économique du pays (est) suffisamment souple », « des lois de pur droit privé (ont pu) sans trop d'artifice être rattachées à la catégorie des lois de police »¹⁶⁴⁴. Par conséquent, il convient de restreindre cette définition donnée par Francescakis ou du moins de l'encadrer plus précisément afin que toute loi ne puisse être considérée comme une loi de police. Il faudrait alors établir une définition stricte de la notion et l'assortir de critères permettant sa détermination. De cette manière, le juge devrait déterminer si d'une part la loi supposée de police rentre dans le champ d'application de cette définition, et d'autre part si elle remplit les différents critères qui lui sont imputables. De plus, par souci de sécurité juridique, il serait souhaitable que chaque fois que le juge identifie une loi de police, il motive sa décision en faisant apparaître dans quelle mesure la définition et les critères d'identification sont respectés. Ainsi, la liberté qui était laissée au juge au regard de la détermination des lois de police ne serait plus.

1200. Une définition commune certainement utopique. Si un tel encadrement parvient à exister, toute égalité de traitement serait assurée puisque tout aléa serait balayé. Cependant, une nouvelle fois, la difficulté demeure dans l'établissement d'une définition commune et de critères d'identification communs. Si les Etats qui composent la société internationale ne parviennent pas à cet établissement commun, alors d'une certaine manière l'appréhension des lois de police demeurera nationale et maintiendra un aléa. Si un juge national vérifie l'existence d'une loi de police par rapport à la définition qu'il s'en fait et à ses propres critères d'identification, alors une loi étrangère serait considérée ou non comme loi de police par rapport à cet ordre juridique, quand bien même le résultat serait différent pour un autre ordre juridique. Il semble probablement très utopiste d'espérer un jour une définition commune, tout comme des critères d'identification communs. C'est pourquoi afin de mettre un terme à tout aléa dans la détermination des lois de police, il serait préférable de demander au législateur d'y remédier.

b) La dénomination de loi de police attribuée directement par le législateur

1201. La solution la plus évidente et la plus à même de respecter toute égalité de traitement serait plus simplement que chaque législateur détermine quelles sont ses lois de police. Plus précisément, la meilleure initiative serait qu'à chaque fois qu'il considère l'une de ses lois comme impérative, il précise au sein de cette disposition qu'il s'agit d'une loi de police. De cette façon, chaque juge n'aurait aucune hésitation sur le fait de savoir si une loi de

¹⁶⁴⁴ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 13.

police s'applique à la situation juridique, et notamment lorsqu'il s'agit d'une loi de police étrangère. Ainsi, tout aléa serait totalement évincé et toute situation juridique internationale serait traitée de manière identique sans résultat variable. Pour cela, il faut nécessairement que le mécanisme demeure national et qu'il traite sur un pied d'égalité loi étrangère et loi du for.

§ 2 – L'APPLICATION DE TOUTE LOI DE POLICE NATIONALE CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT

1202. Si le recours au mécanisme des lois de police est justifié, il doit s'appliquer, quelle que soit l'origine de cette loi de police. Pourtant, l'application des lois de police est fortement controversée. Cependant, l'applicabilité de la loi de police du for est tout aussi légitime que celle de la loi de police étrangère (A). En revanche, si les lois de police ont vocation à être appliquées, quelle que soit leur origine, il faut qu'elles demeurent nationales. En effet, le caractère national des lois de police constitue un élément clé du traitement égalitaire des sujets de droit (B).

A. L'APPLICATION SUR UN PIED D'EGALITE DES LOIS DE POLICE DU FOR ET ETRANGERE

1203. L'application des lois de police est controversée quant au point de savoir s'il faut ou non appliquer les lois de police étrangères. Véritablement, l'application des lois de police ne doit être conditionnée que par l'applicabilité de celles-ci à la situation internationale (1). C'est pourquoi les lois de police étrangères, tout comme les lois de police du for, sont légitimement applicables dès qu'elles se rattachent à la situation internationale (2).

1) Un mécanisme conditionné par l'applicabilité des lois de police à la situation internationale

1204. Traditionnellement, les lois de police appliquées par les juridictions sont les lois de police du for parce que leur applicabilité à la situation internationale semble parfaitement évidente (a). Cependant, l'applicabilité des lois de police n'est pas justifiée parce qu'elles sont celles de l'ordre juridique saisi, mais bien par un point de rattachement avec la situation internationale (b).

a) L'applicabilité présumée des lois de police du for à la situation internationale

1205. L'application de la loi de police du for justifiée par le rattachement juridictionnel. « Il n'est guère contesté que le juge d'un for donné doit appliquer les lois de police de ce for lorsque celles-ci entendent couvrir effectivement la situation litigieuse dont il

est saisi »¹⁶⁴⁵. Classiquement, il est considéré qu'« il y a lieu d'appliquer la loi de police locale (...) parce qu'il existe un lien entre le rapport de droit envisagé et le pays du for »¹⁶⁴⁶. Par conséquent, le juge saisi appliquera toujours ses propres lois de police dans la mesure où la situation internationale qui lui est soumise présente un lien de rattachement avec son territoire.

1206. La détermination plus aisée des lois de police du for. En outre, la détermination des lois de police, en droit positif, est essentiellement fonction de la politique législative de chaque Etat. Or, « en droit des conflits de lois, les considérations tirées de l'efficacité de la politique législative mise en œuvre par une loi de police jouent un plus grand rôle dans l'applicabilité de cette dernière lorsqu'il s'agit d'une loi de police du for, que lorsque c'est une loi de police étrangère »¹⁶⁴⁷. S'il semble parfaitement logique que la loi du for ait vocation à s'appliquer, elle n'a pas pour autant une place plus légitime.

1207. Une détermination fonction de l'accessibilité à la politique législative d'un Etat. En vérité, il ne faut pas défendre l'idée selon laquelle la loi de police du for aurait plus de légitimité que les autres lois de police à s'appliquer parce qu'elle est la loi de l'ordre juridique saisi. Il faut simplement considérer qu'« en présence d'une loi de police du for, les données tirées de l'efficacité de la politique législative mise en œuvre par la loi de police bénéficient d'un monopole au stade de la détermination de son applicabilité par le juge »¹⁶⁴⁸. Par conséquent, il ne s'agit que d'une question d'accessibilité à la politique législative poursuivie par un ordre juridique. Il est indéniablement plus simple pour le juge du for d'appliquer ses propres lois de police dans la mesure où il est à même de juger quelle politique législative considérée comme impérative est poursuivie par son propre ordre juridique. Tandis que la tâche sera plus difficile lorsqu'il s'agira d'une loi de police étrangère. Par conséquent, les lois de police du for n'ont pas un titre supérieur à s'appliquer, elles sont simplement plus faciles à déterminer, au regard de leur applicabilité, puisqu'elles relèvent de la politique législative de l'ordre juridique saisi. En vérité, les lois de police ne doivent être appliquées qu'à la condition de présenter un lien de rattachement avec la situation internationale.

¹⁶⁴⁵ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 55.

¹⁶⁴⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 180.

¹⁶⁴⁷ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 54.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, § 57.

b) *L'applicabilité des lois de police fonction d'un rattachement avec la situation internationale*

1208. Si les lois de police du for ont vocation à s'appliquer puisqu'elles sont nécessairement applicables à la situation juridique, c'est à raison du rattachement qu'elles présentent avec cette situation. « En effet, lorsqu'un tribunal français est amené à rechercher si la loi de police française est applicable à une situation donnée sur laquelle il a à statuer, il doit nécessairement fonder sa décision sur un critère d'applicabilité »¹⁶⁴⁹. Or, ce critère d'applicabilité ne peut être qu'un point de rattachement qui peut « revêtir des formes variées »¹⁶⁵⁰. Ainsi, il peut s'agir de « prendre en considération l'accomplissement de l'acte ou du fait dans le pays ou encore l'existence dans cet Etat du domicile ou de la résidence de l'intéressé »¹⁶⁵¹. Quel que soit le rattachement impliqué, il convient de considérer qu'une loi de police n'est applicable qu'à la condition de présenter un point de rattachement avec la situation internationale en cause¹⁶⁵². Il s'agit du préalable nécessaire à toute égalité de traitement, et plus précisément de la justification de l'application des lois de police étrangères.

2) L'application légitime des lois de police étrangères demeurant conditionnée

1209. Les lois de police étrangères ont vocation à être appliquées par les juridictions nationales au même titre que les lois de police du for (a). Cependant, si leur reconnaissance est totalement justifiée, leur mise en œuvre est plus complexe. En effet, leur application est circonscrite par leur applicabilité à la situation internationale laquelle n'est pas présumée contrairement aux lois de police du for (b).

a) *L'application des lois de police étrangères au même titre que les lois de police du for*

1210. Une vocation d'application identique. « Dès lors que dans un pays donné on prête un caractère nécessaire à l'application de certaines lois, la question se pose du sort à réserver à ce type de dispositions lorsqu'elles émanent d'un ordre juridique étranger »¹⁶⁵³. En effet, si les lois de police sont classiquement celles du for, elles peuvent également être des

¹⁶⁴⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 180.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*

¹⁶⁵¹ *Ibid.*

¹⁶⁵² Ex : Cass., Com., 20 avr. 2017, n°15-16.922, *JDI* n°1, janv. 2018, 4, note Brière ; *RCDIP* 2017, p. 542, note D. Bureau ; *RDI* 2018, p. 221, note H. Périnet-Marquet ; *Dalloz* 2017, p. 2054, note L. d'Avout ; *Dalloz* 2018, p. 966, note S. Clavel ; dans lequel la Cour a considéré qu'« en l'absence de tout critère de rattachement à la France qui soit en lien avec l'objet poursuivi, tels que le lieu d'établissement du sous-traitant, mais également du lieu d'exécution de la prestation ou la destination finale des produits sous-traités lesquels sont tous rattachés à l'Italie, la condition du lien de rattachement à la France exigée pour faire, conformément à l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, une application immédiate à l'opération litigieuse des dispositions des articles 12 et 13-1 de la loi du 31 déc. 1975 n'est pas remplie ».

¹⁶⁵³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 181.

lois de police étrangères. Néanmoins, dans la mesure où l'applicabilité de ces dernières est moins évidente que celles des lois de police du for, leur application peut parfois être contestée. En effet, « pendant longtemps, en raison du rapprochement que présentent les lois de police avec le droit public, la question a pu être considérée comme tombant sous le coup du principe d'inapplicabilité du droit public étranger »¹⁶⁵⁴. Cependant, « ce principe est largement répudié en doctrine et battu en brèche en droit positif »¹⁶⁵⁵ dans la mesure où « les notions de loi de police et de loi de droit public ne sont pas identiques et qu'au demeurant l'application des lois de droit public à des situations de droit privé est souvent inéluctable »¹⁶⁵⁶. Par conséquent, tout argument publiciste contre leur application est désormais écarté. Ainsi, dans la mesure où toute opposition de nature souverainiste à l'application des lois de police étrangères est écartée, celles-ci ont, tout autant que les lois de police du for vocation à s'appliquer. Effectivement, « les raisons de fond qui conduisent le législateur ou le juge du for à imposer l'application de ses lois de polices à certaines situations existent aussi, *mutatis mutandis*, pour les législateurs étrangers »¹⁶⁵⁷. Par conséquent, il ne serait pas acceptable de considérer « qu'un juge n'aurait aucun compte à tenir de celles (les lois de police) qui sont en vigueur à l'étranger »¹⁶⁵⁸. C'est pourquoi « la Cour de cassation française, dans plusieurs arrêts, n'a pas hésité à appliquer des dispositions étrangères réunissant les caractères requis pour être traitées de lois de police »¹⁶⁵⁹.

1211. Un traitement égalitaire des lois de police conforme à l'esprit bilatéraliste.

Puisqu'aucun argument ne permet de s'opposer à l'application des lois de police étrangères et que celles-ci sont reconnues en droit positif, il convient de féliciter cette attitude des juridictions internes. De cette manière, celles-ci adoptent une position juste dans le sens où elles traitent sur un même pied d'égalité les lois de police du for et les lois de police étrangères considérant que chaque disposition impérative d'un Etat possède un titre légitime à être appliqué à une situation internationale avec laquelle existe un lien. Cependant, la difficulté ne réside pas dans l'admission des lois de police étrangères, mais plutôt dans leur identification.

¹⁶⁵⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 181.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*

¹⁶⁵⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 254.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*

¹⁶⁵⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 181.

b) *Une application circonstanciée des lois de police étrangères à leur applicabilité à la situation internationale*

1212. L'identification malaisée des lois de police étrangères. Si l'admission des lois de police n'est plus contestée, en revanche, « il semble acquis que le régime de l'applicabilité des lois de police étrangères ne s'aligne purement et simplement sur celui des lois de police du for »¹⁶⁶⁰. Le critère d'applicabilité des lois de police tenant à la politique législative de l'Etat est plus difficile d'utilisation lorsqu'il s'agit d'une loi de police étrangère. Contrairement à la loi de police du for, « le juge du for n'est pas *a priori* soumis au législateur étranger et n'a pas de raison d'accepter mécaniquement (...) tant la revendication de compétence législative à laquelle correspond l'éviction d'une telle loi visant le cas dont le juge est saisi, que les solutions auxquelles aboutissent au cas d'espèce l'application de ladite loi »¹⁶⁶¹.

1213. Un nécessaire encadrement des conditions d'applicabilité des lois de police étrangères. Effectivement, il est difficile de réclamer du juge du for qu'il applique mécaniquement à la situation internationale qui lui est soumise toute disposition étrangère jugée comme loi de police dans la mesure où celle-ci n'est pas l'objet de sa propre politique législative. C'est pourquoi que les lois de police soient expressément prévues par le législateur étranger ou non, il est nécessaire d'encadrer l'application des lois de police étrangères par le biais de deux autres critères d'applicabilité. Comme l'a affirmé le Professeur de Vareilles-Sommières, les lois de police étrangères ne peuvent être appliquées par l'ordre juridique du for qu'« à la double condition que le lien retenu par le législateur étranger comme devant exister entre une situation et l'Etat au nom duquel il légifère pour déclencher l'applicabilité de la loi édictée à la situation en cause se révèle pertinent aux yeux du for, et que le contenu de la politique législative suivie par la loi demeure compatible avec les valeurs et exigences du for telles qu'elles se formulent dans son ordre public international »¹⁶⁶². En effet, il est indispensable pour permettre l'application des lois de police étrangères qu'il existe un lien de rattachement véritable avec l'ordre juridique étranger pour que ses propres dispositions impératives soient logiquement appliquées. Tout comme celles-ci devront nécessairement être compatibles avec les valeurs fondamentales de l'ordre juridique saisi. Finalement, si par principe, les lois de police étrangères sont admises, elles doivent être

¹⁶⁶⁰ P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 58.

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

¹⁶⁶² *Ibid.*, § 62.

appliquées lorsqu'elles ont une réelle prétention à s'appliquer justifiée par un lien de rattachement véritable. Néanmoins, deux difficultés peuvent apparaître.

D'une part, dans la mesure où les lois de police sont rarement nommées par le législateur, il sera probablement difficile de déterminer l'existence d'une loi de police étrangère pour l'ordre juridique du for. C'est pourquoi il est absolument nécessaire que le législateur se contraigne à la tâche de les nommer expressément. Tant que cela ne sera pas le cas, les divergences d'application demeureront et l'égalité de traitement sera mise à mal. D'autre part, il est possible que deux lois de police aient vocation à s'appliquer simultanément. Le juge devra alors inévitablement trancher entre l'une et l'autre. Il a été proposé de résoudre le problème « en appréciant la valeur des politiques législatives respectivement suivies, les titres d'application de chaque loi et leur intérêt relatif à recevoir application »¹⁶⁶³. Il semble que ces critères laissent une liberté relativement grande au juge dans le choix de la loi de police applicable. C'est pourquoi il serait préférable de trancher le débat au regard des liens les plus étroits. En effet, devrait être appliquée la loi de police qui a le titre le plus légitime à s'appliquer compte tenu des points de rattachement qui existent avec la situation internationale. Il s'agirait de conserver une certaine neutralité de raisonnement. Le juge du for applique les lois de police quelle que soit leur origine, mais ceci à raison du ou des points de rattachement qu'elles présentent avec une situation juridique donnée. Ainsi, la neutralité de la mise en œuvre est préservée et toute égalité de traitement l'est également. En outre, pour que le mécanisme des lois de police demeure neutre et favorise l'égalité de traitement, il faut que celles-ci demeurent de source nationale.

B. L'APPLICATION DES LOIS DE POLICES UNIQUEMENT DE SOURCE NATIONALE

1214. Si les lois de police sont à l'origine de source nationale, l'apparition de l'Union européenne est venue en perturber les fondements. En effet, il a été envisagé la possibilité d'établir des lois de police régionales permettant ainsi de prétendre à leur uniformisation, et donc un meilleur respect du principe d'égalité (1). Cependant, les lois de police dites européennes ne sont jamais véritablement apparues, permettant ainsi de maintenir, fort heureusement, le caractère national des lois de police (2).

¹⁶⁶³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 183.

1) L'uniformisation des lois de police grâce à leur source régionale

1215. Les lois de police, classiquement nationales, ont pu être étendues à l'ordre juridique supérieur à savoir l'ordre juridique régional européen (a). Cette démarche a conduit à envisager la possibilité d'uniformiser l'utilisation du procédé des lois de police tant au regard de leur identification que de leur application (b).

a) L'extension du mécanisme des lois de police à l'ordre juridique régional européen

1216. La reconnaissance textuelle de lois de police européennes. Le mécanisme des lois de police, originellement de source nationale, a dû s'intégrer au droit des conflits de lois nouveau et notamment régional. C'est pourquoi il a été pris en compte par certains textes européens, comme le règlement Rome I¹⁶⁶⁴, en son article 9. Cependant, cette intégration a seulement consisté à reconnaître la possibilité pour les Etats de recourir à leurs lois de police en matière d'obligations contractuelles. De cette façon, l'ordre juridique régional reconnaît explicitement le procédé d'éviction des règles de conflit.

1217. La reconnaissance jurisprudentielle de lois de police européennes. En outre, l'Union européenne est allée encore plus loin en reconnaissant l'existence de lois de police européennes. En effet, dans l'arrêt *Ingmar*, la Cour de justice a laissé entendre que « certaines règles de droit européen dérivé » devraient être envisagées comme de « véritables lois de police européennes »¹⁶⁶⁵. En l'espèce, la Cour a considéré que certaines dispositions émanant d'une directive européenne, dont l'objet était la protection de l'agent commercial après la cessation de son contrat, présentaient un caractère impératif. Par conséquent, l'impérativité de ces dispositions impliquait que celles-ci soient appliquées dans la mesure où l'agent commercial exerçait son activité dans un Etat membre alors même que le commettant était établi dans un pays tiers et que, en vertu de la clause au contrat, celui-ci était régi par la loi de ce pays tiers. Ainsi, dans l'arrêt *Ingmar*¹⁶⁶⁶, la Cour de justice fait application du mécanisme des lois de police à l'égard de normes européennes considérant que ces dernières sont impératives parce qu'elles poursuivent un but de protection de l'agent commercial. Par conséquent, il doit être fait application de ces directives à toute situation internationale avec laquelle existe un lien de rattachement sur le territoire d'un Etat membre. De cette façon, les

¹⁶⁶⁴ Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

¹⁶⁶⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 183.

¹⁶⁶⁶ CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, Aff. C-381/98, *Rec.*, I, p. 9305 ; *RCDIP* 2001, p. 107, note L. Idot ; *JCP* 2001, I, p. 328, note Bernardeau.

lois de police pourraient aussi bien être nationales que supranationales. L'utilisation du mécanisme des lois de police européennes pourrait être positive puisqu'elle permettrait une uniformisation dans l'utilisation du procédé.

b) Une identification et une application uniforme par reconnaissance de lois de police européennes

1218. En considérant qu'il peut exister des lois de police européennes en droit des conflits de lois, il est possible d'envisager que les lois de police deviennent un bloc homogène. En effet, dans la mesure où les Etats membres de l'Union européenne sont soumis à la politique législative de celle-ci, il serait plus simple que l'Union elle-même détermine ses propres lois de police. De cette façon, chaque Etat appliquerait les mêmes lois de police lesquelles correspondraient à une politique législative régionale uniforme. Toute divergence d'application et toute difficulté d'interprétation serait évincée. Ainsi, toute situation internationale serait traitée de manière identique au sein de l'ordre juridique régional. Il s'agirait donc des prémices d'une utilisation uniformisée du mécanisme des lois de police. Cependant, la Cour de justice n'a pas réellement, et fort heureusement, reconnu l'existence de lois de police européennes.

2) Le maintien incontesté de lois de police uniquement de source nationale

1219. Si la Cour de justice a laissé entendre qu'il existait en droit des conflits de lois des lois de police européennes, elle est revenue sur sa position pour considérer qu'en réalité la protection de la politique législative européenne était assurée par les lois de transposition nationale de ses Etats membres (a). Cette position adoptée par la Cour de justice est bienvenue dans la mesure où les lois de police doivent absolument demeurer nationales afin de garantir une certaine harmonie parmi ces règles, laquelle demeure nécessaire à tout traitement égalitaire des sujets de droit (b).

a) La politique législative européenne protégée par les lois de transposition nationales

1220. Si l'arrêt *Ingmar* a pu soulever un doute quant à l'existence de lois de police européennes, l'arrêt *Unamar*¹⁶⁶⁷ est venu mettre un terme à cette idée. Dans cette espèce, la Cour de justice a considéré que ce ne sont pas les directives européennes en tant que telles qui constituent des lois de police mais ce sont les lois de transposition nationales des Etats qui constituent des lois de police. Par conséquent, il n'est plus question de lois de police

¹⁶⁶⁷ CJUE, 17. oct. 2013, *Unamar*, aff. C-184/12, préc.

européennes mais bien de lois de police nationales. Simplement, ce sont les Etats qui assurent au travers des lois de transposition la politique législative européenne. Néanmoins, chaque Etat, par sa loi de transposition, respecte et donne vigueur aux directives européennes, mais peut également, par le contenu matériel de cette loi de transposition, prévoir une protection supérieure à celle qui est octroyée par la directive. Ainsi, en accordant une protection supérieure, l'Etat considère que cette loi de transposition constitue une loi de police dans son ordre juridique, qu'il conviendra d'appliquer à l'espèce¹⁶⁶⁸. Or, dans l'arrêt *Unamar*, la loi de transposition du for a été appliquée en tant que loi de police dans la mesure où la loi de transposition de l'autre Etat membre offrait une protection moins élevée. Par conséquent, la Cour de justice a considéré qu'il n'existe pas de lois de police européennes, mais seulement des lois de police nationales. De plus, au regard de la marge de manœuvre accordée aux Etats membres dans la mise en œuvre des lois de transposition, il apparaît que les lois de police sont totalement appropriées par l'Etat au regard de sa propre politique législative. Le point de départ est bien le respect de la politique législative de l'Union européenne, mais celle-ci peut être poursuivie à un niveau bien supérieur par l'Etat membre lui-même, ce qui rend d'autant plus la loi de police nationale. En outre, la démarche adoptée par la Cour de justice est louable dans la mesure où il est préférable que les lois de police demeurent nationales.

b) L'indispensable maintien de lois de police uniquement nationales

1221. Le cantonnement nécessaire des lois de police à une source nationale.

L'objectif du mécanisme des lois de police est de pallier les défauts que peut engendrer la méthode conflictuelle lorsque des intérêts impérieux sont en cause. Ainsi, chaque fois que la méthode conflictuelle n'est pas à même de garantir une justice protectrice de certains intérêts considérés comme primordiaux, il convient d'appliquer les lois de police propres à chaque Etat pour pallier ce résultat. Les juges nationaux sont donc les acteurs principaux dans la mise en œuvre des lois de police. C'est pourquoi au regard de la fonction de ce mécanisme, il convient de le maintenir à une échelle nationale.

¹⁶⁶⁸ Voir en ce sens : CJUE, 17 oct. 2013, *Unamar*, aff. C-184/12, préc., dans lequel la Cour rappelle que « la loi d'un Etat de l'Union choisie par les parties à un contrat d'agence commerciale peut être écartée par le juge d'un autre Etat membre en faveur de la loi du for s'il constate de façon circonstanciée que dans le cadre de la transposition de la directive du 18 déc. 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux, le législateur du for a jugé crucial d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de la protection minimale prévue par cette directive, peu important que la loi choisie par les parties soit conforme à cette dernière ».

1222. Le rejet de toute extension à une source régionale. Le mécanisme des lois de police a pour fonction de répondre à une politique législative propre à chaque Etat¹⁶⁶⁹. Il pourrait être alors considéré que les lois de police européennes soient nécessaires afin de protéger la politique législative de l'Union européenne. Cependant, la politique législative de l'Union européenne est assurée par chaque Etat membre au sein de leur ordre juridique interne. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de recourir à des lois de polices européennes. De plus, si certaines normes européennes sont considérées comme des lois de police européennes, aucune marge de manœuvre ne sera plus accordée aux Etats au regard de la transposition de ces lois dans leur ordre juridique interne. Or, ceci serait fort regrettable puisque certains Etats peuvent octroyer une protection bien supérieure à celle reconnue par la norme européenne. En sus, cela reviendrait à contraindre les Etats dans l'exercice de leur politique législative et ils n'auraient plus de libre arbitre quant à la détermination de leurs propres lois de police.

En outre, si l'Union européenne souhaite imposer des règles qu'elles considèrent comme d'application immédiate, elle pourrait recourir à la méthode matérielle pour régir directement au fond les situations internationales. Or, si cela n'est pas le cas aujourd'hui c'est qu'aucun consensus général n'a pu apparaître sur la question donnée. C'est pourquoi doit être écartée l'idée d'utiliser le mécanisme des lois de police en remplacement. D'ailleurs, l'arrêt *Unamar* en atteste puisqu'il établit qu'il n'existe pas de lois de police européennes, mais que ce sont bien les Etats qui, par leurs lois de transposition nationales, créent des lois de police, lesquelles sont nationales et peuvent prévoir un degré de protection différent d'un Etat à l'autre. De cette façon, les lois de police doivent nécessairement demeurer nationales car elles ne font pas, en réalité, l'objet d'un consensus européen et contraindraient les Etats dans l'étendue de la protection accordée.

Enfin, reconnaître des lois de police européennes inviterait à créer une deuxième catégorie de règles face aux lois de police nationales. De nouvelles difficultés apparaîtraient nécessairement dans la mesure où plusieurs lois de police pourraient se confronter. Dans l'hypothèse où une loi de police européenne et une loi de police nationale auraient vocation à s'appliquer, il faudrait nécessairement trancher en faveur de l'application de l'une d'elles.

¹⁶⁶⁹ Voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 177 : « Les lois de police, rappelons-le, s'appliquent impérativement parce que leur respect est jugé nécessaire à l'efficacité d'une politique publique de l'Etat qui les a édictées. Or cette efficacité n'a rien à gagner à appréhender des situations sans lien avec le for ; les lois de police ne doivent donc s'intéresser qu'aux seules situations qui présentent avec le for un lien suffisant pour que leur application puisse servir les objectifs d'intérêt général qu'elles poursuivent ».

Cependant, la difficulté serait de choisir le critère pour résoudre le problème. Aussi bien, il pourrait être considéré, en vertu de la hiérarchie des normes que les lois de police européennes priment sur les lois de police nationales, aussi bien il pourrait être défendu l'idée selon laquelle la loi de police offrant la meilleure protection est celle qui doit être appliquée.

1223. Les lois de police nationales corollaires de l'harmonisation du droit des conflits de lois. Tous ces éléments invitent donc à considérer que les lois de police doivent demeurer nationales dans un souci d'harmonisation du droit des conflits de lois mais aussi d'uniformisation. Si les lois de police demeurent nationales, la seule difficulté qui demeurera tiendra à leur identification. Si cette lacune réussit à être surmontée, alors la méthode du droit des conflits de lois sera contrainte par un mécanisme d'exception préservant l'égalité des sujets de droit placés dans une situation internationale équivalente.

1224. La réformation conseillée des règles gouvernant la détermination du droit applicable. Finalement, la détermination de la règle applicable doit voir son régime quelque peu réformé par respect de l'égalité de traitement. C'est pourquoi il serait nécessaire, dans le principe, de procéder à une coordination des ordres juridiques sous l'égide d'un principe de primauté, de la même façon qu'il serait préférable d'encadrer strictement les champs d'application des textes internationaux portant règlement du conflit de lois. De surcroît, quant au cas exceptionnel des lois de police, il convient surtout de s'accorder à ce que le législateur national résolve ses problèmes d'identification. En procédant à ces quelques révisions, tant neutralité et égalité de traitement que prévisibilité juridique seraient garantis.

CONCLUSION DU CHAPITRE I :

1225. La révision de la méthode d'applicabilité au regard de l'égalité de traitement. Pour conserver les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement des sujets de droit, et conséquemment des situations internationales, qui peuvent être promus par la méthode du droit des conflits de lois, il faut également que ceux-là soient respectés par son régime notamment au regard de la méthode d'applicabilité de la règle de droit, et particulièrement de la règle de conflit. Or, son étude fait état de nombreuses incompatibilités avec ces objectifs qu'il convient nécessairement de résoudre.

1226. De l'éviction de la qualification *lege fori* à l'adoption d'une qualification internationale. L'identification de la situation internationale selon les conceptions du *for* constitue la méthode la plus adaptée au regard des autres méthodes proposées en droit positif. Cependant, celle-ci ne préserve pas les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement prônés par un système bilatéral. C'est pourquoi dans un objectif de traitement neutre et uniforme, il doit être recouru à une qualification indépendante de celles déjà existantes. La qualification *lege fori* doit alors être abandonnée pour une qualification internationale c'est-à-dire une méthode selon laquelle il ne serait nécessaire de dégager que les grandes catégories de rattachement communes par le biais d'une étude comparative. Or, ce résultat peut vraisemblablement être atteint par la mise en place d'une règle de conflit unique à rattachement aux liens les plus étroits. Ainsi, l'égalité de traitement serait respectée puisque d'une part, la méthode de qualification serait commune aux Etats dans la mesure où elle ne répondrait qu'à l'objet du droit des conflits de lois sans remettre en cause l'identité des Etats, et d'autre part, elle conduirait à une qualification uniforme entre Etats.

1227. Vers un encadrement plus strict des règles relatives à la détermination du droit applicable. En outre, si la qualification doit être révisée, la phase de détermination de la règle applicable doit l'être également pour répondre des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement puisque leur construction juridique actuelle fausse le jeu de toute égalité de traitement. C'est pourquoi en premier lieu, la détermination de la règle applicable au sein des différentes sources du droit international privé doit être envisagée au regard d'une approche coordonnée des systèmes, encadrée par un principe de primauté de manière à faire primer la norme considérée comme supérieure sans pour autant remettre en cause la souveraineté de chaque autorité étatique. Par ce biais, chaque situation sera traitée de manière identique. En second lieu, il convient d'encadrer strictement les conditions d'applicabilité des textes internationaux afin d'éviter tout risque d'arbitraire au moment de leur application par les

juges nationaux. Le champ d'application de ces conditions doit se suffire à lui-même afin d'évincer tout aléa de solutions selon le juge saisi. L'objectif doit être de mettre fin à toute politisation de la discipline et d'éradiquer tout traitement inégalitaire des justiciables. En dernier lieu, le jeu exceptionnel des lois de police doit être maintenu eu égard au rôle complémentaire qu'il assure en matière de protection des intérêts privés. Cependant, il est nécessaire de remédier à son problème d'identification, notamment par le biais du législateur, afin de pouvoir garantir une application neutre et égalitaire de ces dispositions impératives par les juges nationaux.

1228. Des règles d'applicabilité controversables corrigibles. Finalement, la méthode d'applicabilité de la règle de droit demeure controversable dans la mesure où sa constitution actuelle conduit dans plusieurs cas à mettre en échec l'égalité de traitement, notamment en recourant à des mécanismes au regard desquels la neutralité de la méthode n'est pas respectée. Toutefois, ces controverses peuvent être solutionnées pour répondre de ces objectifs. En outre, cette phase d'applicabilité peut être perturbée ultérieurement par certains mécanismes juridiques, lesquels remettent en cause une nouvelle fois cet objectif d'égalité de traitement.

CHAPITRE II : DE LA SUPPRESSION A LA REVISION DES MECANISMES PERTURBATEURS EN VERTU DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

1229. La perturbation du jeu classique de la phase d'applicabilité. Les règles de conflit font l'objet d'un régime spécifique afin d'être mises en œuvre, lequel débute notamment par la qualification de la situation internationale. En effet, « le jeu des qualifications et de l'intégration aux catégories de rattachement fait partie du procédé normal de rattachement et peut conduire à l'application de la loi étrangère »¹⁶⁷⁰. Cependant, « il peut se faire que cette règle normale de rattachement ne puisse pas jouer », notamment lorsqu'il « existe une antinomie entre les différentes règles de conflit »¹⁶⁷¹. C'est pourquoi le régime général comprend des éléments perturbateurs dont trois viennent contrarier la mise en œuvre classique de la règle de conflit.

1230. Le renvoi. En premier lieu, l'utilisation de la règle de conflit classique peut être remise en cause par le mécanisme du renvoi. Dans le cadre de ce mécanisme perturbateur admis en droit français, la règle de conflit n'a plus pour objet de désigner la loi matérielle applicable. Elle conduit à désigner les règles de conflit de lois contenues par la loi étrangère reconnue applicable. Par conséquent, il conviendra d'opérer un renvoi à la loi du for ou à la loi étrangère désignée par les règles de conflit de lois étrangères. En d'autres termes, le renvoi a pour effet de remettre en cause la désignation opérée par la règle de conflit dans son rôle classique. Eu égard, à l'effet provoqué par le mécanisme du renvoi, notamment quant au résultat obtenu, il est nécessaire de le confronter à l'égalité de traitement. Or, cette analyse invite à considérer que la défense de ce mécanisme semble malaisée et qu'il serait sans doute préférable de l'abolir (section 1).

1231. Les conflits de lois dans le temps et dans l'espace. En second lieu, la règle de conflit peut faire l'objet d'un conflit de lois dans le temps dans la mesure où il est possible que deux règles de conflit successives aient vocation à s'appliquer à la situation d'espèce. Par conséquent, il conviendra nécessairement de trancher entre l'application de la règle de conflit nouvelle et de la règle de conflit ancienne. En outre ce problème se subdivise en deux catégories que sont d'une part, le véritable conflit de lois dans le temps, et d'autre part, le conflit de lois dans l'espace. Ainsi, la difficulté peut consister en un changement de législations du droit international privé dans un ordre juridique donné. Il s'agira alors de

¹⁶⁷⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 11.4°.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*

déterminer, conformément à un conflit de lois dans le temps, laquelle de la loi ancienne ou nouvelle est applicable. Il peut encore s'agir d'un changement de rattachement dans l'espace. Plus précisément, il peut également se produire l'hypothèse selon laquelle un élément de rattachement fait l'objet d'une modification dans l'espace laquelle invite à s'interroger sur l'application de la règle de conflit. En d'autres termes, il conviendra de se demander si la situation internationale est régie par la règle de conflit ancienne ou la règle de conflit nouvelle. En outre, ces conflits de lois dans le temps et dans l'espace peuvent avoir également pour vocation de modifier le résultat éconduit par la règle de conflit. C'est pourquoi il est également important de les confronter à l'égalité de traitement, afin d'établir quelles solutions sont compatibles avec sa protection (section 2).

SECTION 1 : DE LA DEFENSE A L'ABOLITION DU RENVOI EN REPONSE AU SYSTEME BILATERAL

1232. Parmi les mécanismes perturbateurs de la règle de conflit, s'inscrit en premier lieu le renvoi. Il s'agit de l'hypothèse d'un « conflit négatif » qui se déroule « lorsque, dans un cas donné, chacune des règles de conflit attribue compétence, non à sa propre loi interne mais à une loi étrangère »¹⁶⁷² c'est-à-dire que « notre droit international privé propose la compétence à une loi étrangère et le droit international privé étranger décline l'offre qui lui est faite »¹⁶⁷³. Ainsi, dans ce cas, il convient de se demander si la loi étrangère est applicable dans ses règles matérielles, ou alors dans ses règles conflictuelles. Si le renvoi est admis, il faudra l'appliquer dans ses règles conflictuelles.

Face à la complexité du mécanisme du renvoi, de nombreux débats doctrinaux se sont élevés en faveur et en défaveur de son admission et de sa mise en œuvre. C'est pourquoi ce mécanisme a pu être défendu tend en doctrine qu'en jurisprudence. Néanmoins celle-ci reste relativement malaisée face à une logique d'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale similaire (sous-section 1). En effet, si le renvoi présente certains avantages, il présente aussi de nombreux défauts qui demeurent incurables. De cette manière, son exclusion est davantage souhaitée afin de garantir un traitement égalitaire des sujets de droit qu'il n'est pas aujourd'hui capable d'assurer (sous-section 2).

¹⁶⁷² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 285.

¹⁶⁷³ *Ibid.*

SOUS-SECTION 1 : LA DEFENSE MALAISEE DU RENVOI DANS UNE LOGIQUE D'EGALITE DE TRAITEMENT

1233. Le mécanisme du renvoi a fait l'objet de nombreuses théories doctrinales s'exprimant en faveur de son admission. Cependant, il est toujours demeuré impossible d'élaborer une argumentation justifiant absolument sa légitimité notamment au regard des défauts qu'il peut parfois présenter (§ 1). Pour autant, au regard des différents atouts qui peuvent caractériser le mécanisme du renvoi en droit des conflits de lois, celui-ci a fait l'objet d'une reconnaissance juridique en droit positif (§ 2).

§ 1 – LA LEGITIMITE RELATIVE DU RENVOI EU EGARD AUX DOCTRINES FAVORABLES A SON ADMISSION

1234. Afin de défendre le mécanisme du renvoi, de nombreux auteurs ont développé des théories consistant à exposer les différents arguments à l'appui de son admission. D'une part, s'est développée une doctrine majoritairement d'inspiration publiciste. Cependant, une telle conception s'avère intolérable dans un système de règles de conflit bilatérales (A). D'autre part, à l'époque contemporaine, de nouvelles doctrines, d'inspiration privatiste, ont été soutenues. Celles-ci sont alors quasiment parvenues à légitimer le recours au renvoi. Néanmoins, une justification totale à l'appui de son admission demeure inexistante (B).

A. L'INTOLERABLE DEFENSE DU RENVOI VIA DES ARGUMENTS PUBLICISTES

1235. Comme la discipline du droit des conflits de lois, le renvoi a avant tout été défendu au regard de considérations d'ordre publiciste. En effet, la discipline ayant été envisagée originellement comme un conflit de souverainetés a nécessairement influencé certaines doctrines à propos de son régime. C'est pourquoi le renvoi a classiquement été défendu à l'aune de la théorie erronée du renvoi-délégation (1), puis à l'époque moderne, au travers de l'idéologie unilatéraliste qui demeure inadaptée dans un système conflictuel bilatéral (2).

1) La théorie erronée du renvoi-délégation

1236. Classiquement le renvoi a pu être justifié en doctrine en considérant qu'il s'agissait de la conséquence même d'une délégation de compétence opérée par l'ordre juridique du for à l'ordre juridique étranger (a). Cependant, dans la mesure où la mise en œuvre des règles de conflit n'est en aucun cas assimilable à une délégation de compétence, cette théorie a nécessairement été écartée pour justifier le recours au mécanisme du renvoi (b).

a) *Le renvoi objet d'une délégation de compétence de la part de l'ordre juridique du for*

1237. Une délégation de compétence au législateur étranger. Classiquement, le renvoi a pu être défendu selon une conception nommée renvoi-délégation. Selon celle-ci, « le renvoi est la conséquence d'une application directe et nécessaire de la règle de conflit étrangère » et « résulte d'une délégation de compétence accordée au système juridique étranger »¹⁶⁷⁴. Il s'agit plus précisément de considérer que « lorsque la règle de conflit française attribue compétence à la loi étrangère, elle confie au législateur étranger une délégation de compétence qui recouvre à la fois la loi interne étrangère et le droit international privé étranger qui sont indissociables à raison de l'indivisibilité existant entre eux »¹⁶⁷⁵.

1238. Un renvoi fondé sur l'indivisibilité du droit étranger. Cette doctrine repose sur « l'indivisibilité du droit étranger déclaré compétent »¹⁶⁷⁶ c'est-à-dire que « les règles du droit interne et les règles de conflit forment (...) un tout indivisible » dans lequel « les secondes n'ont d'autre objet que de délimiter le champ d'application des premières »¹⁶⁷⁷. Par conséquent, « lorsqu'une loi étrangère est compétente, il faut (...) l'appliquer telle qu'elle est, c'est-à-dire en tenant compte de ses dispositions de droit international privé »¹⁶⁷⁸. L'application des règles de conflit étrangères pourra alors renvoyer à l'application de la *lex fori*. Ainsi, cette doctrine consiste à considérer que le mécanisme du renvoi n'est que l'objet d'une délégation de compétence consentie par l'ordre juridique du for. Il est alors tout à fait légitime, au regard de cette délégation de compétence, que l'application des règles de conflit étrangères lui rende la pareille. Cependant, si cette justification semble de prime abord pertinente, elle n'en est pas moins contestable.

b) *L'absence de délégation de compétence dans la mise œuvre des règles de conflit*

1239. Une utilisation abusive de la délégation de compétence. Justifier le mécanisme du renvoi par une délégation de compétence lui accorde une véritable légitimité puisqu'il n'est que la conséquence logique de ce que l'ordre juridique du for accorde à l'ordre juridique étranger. Cependant, pour que l'intégralité de cette doctrine fonctionne, il faut que la théorie d'une délégation de compétence soit elle-même fondée. En effet, celle-ci doit être remise en cause dans la mesure où « en désignant le droit étranger, la règle de conflit du for

¹⁶⁷⁴ J. Derruppé, « Etude théorique du renvoi », *J.-Cl. Droit international*, 1993, Fasc. 532-1, § 18.

¹⁶⁷⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 300.

¹⁶⁷⁶ J. Derruppé, *op. cit.*, § 19.

¹⁶⁷⁷ *Ibid.*

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*

ne peut être comprise comme conférant un pouvoir normatif à l'autorité étrangère »¹⁶⁷⁹. En vérité, « cette thèse fait une utilisation abusive de l'idée de délégation de compétence »¹⁶⁸⁰.

1240. Un renvoi fondé sur l'idéologie désuète du conflit de souverainetés. Aujourd'hui, chaque Etat établit ses propres règles de conflit de lois parce que « en l'absence d'un souverain international, chaque Etat se voit reconnaître le droit de résoudre seul le conflit des lois »¹⁶⁸¹. Pour autant, il ne s'agit pas de règles assimilables à une délégation de compétence lorsqu'elles conduisent à désigner un ordre juridique étranger. Ce sont simplement des règles qui expriment « l'opinion de chaque pays sur la meilleure façon de répartir la compétence des diverses lois du monde et non pas uniquement de ses propres lois »¹⁶⁸². C'est pourquoi l'argument selon lequel l'ordre juridique du for consent une délégation de compétence ne peut être retenu. Il s'agit d'un argument de conception publiciste construit en considération de l'ancienne idéologie du conflit de souverainetés. Dès lors, retenir un mécanisme en considération d'une approche erronée du conflit de lois semble suffire à évincer cette théorie. En outre, si chaque ordre juridique retient cette même conception, aucune situation ne sera résolue par le recours au mécanisme puisque « si le droit étranger renvoie au droit du for, celui-ci lui retourne, par hypothèse, la compétence et il se produit ainsi un mouvement continu de va-et-vient »¹⁶⁸³. Par conséquent, en l'absence de solution viable, la théorie du renvoi ne peut être que rejetée puisqu'elle créera un système juridique sans fin.

1241. Une théorie erronée eu égard à la fonction des règles de conflit. De plus, retenir « l'indivisibilité des règles matérielles et des normes en conflit » pour justifier l'application des règles de conflit étrangères n'est pas pertinent, car ces règles n'ont pas la même fonction. En effet, les règles de conflit ont pour objet de délimiter le champ d'application dans l'espace des lois internes. Leur utilisation conduit à désigner la loi applicable dans ses dispositions matérielles. Par conséquent, une fois l'ordre juridique étranger désigné, « il ne peut pas y avoir obligation pour un juge de suivre un système adopté par un autre législateur que le sien »¹⁶⁸⁴. Ainsi, fonder le recours au mécanisme du renvoi sur l'hypothèse d'une délégation de compétence n'est pas judicieux, car

¹⁶⁷⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 300.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*

¹⁶⁸¹ J. Derruppé, *op. cit.*, § 24.

¹⁶⁸² *Ibid.*

¹⁶⁸³ *Ibid.*, § 25.

¹⁶⁸⁴ *Ibid.*, § 24.

il ne s'agit pas d'une vérité. Il n'y a en aucun cas délégation de compétence d'un ordre juridique à un autre lorsque sont mises en œuvre les règles de conflit. C'est pourquoi cette théorie n'a pu être retenue par le droit positif. Pourtant, cette conception a pu inspirer une autre doctrine soutenue par Niboyet.

2) La modernisation du renvoi au travers de l'unilatéralisme

1242. Postérieurement à la théorie du renvoi-délégation, Niboyet a défendu une doctrine elle aussi fondée sur des considérations publicistes. En effet, il a réussi à défendre le recours au mécanisme du renvoi par référence à l'indépendance des souverainetés et plus précisément par l'appel à la notion d'ordre public (a). Cependant, sa conception d'essence unilatéraliste ne peut en aucun cas justifier le renvoi dans un système conflictuel bilatéral neutre (b).

a) *Le renvoi à la loi du for commandé par le respect des souverainetés*

1243. Un renvoi justifié par le respect des souverainetés. A la théorie du renvoi-délégation a succédé une autre théorie d'essence publiciste promue par Niboyet. Pour celui-ci « le fait que le conflit de lois recouvre un conflit de souverainetés commande ainsi l'abstention de la règle de conflit dès lors que le rapport litigieux échappe à la compétence législative du souverain du for »¹⁶⁸⁵. Sa conception est fondée sur l'idée que le conflit de lois traduit un conflit de souverainetés. Il se fonde spécifiquement sur la doctrine de Von Bar selon laquelle « imposer une compétence à qui n'en veut pas, ce n'est pas le traiter en égal »¹⁶⁸⁶. Par conséquent « comme tous les Etats sont égaux et doivent se respecter les uns et les autres, il ne peut y avoir de compétence imposée »¹⁶⁸⁷.

1244. Le retour à la *lex fori* commandé par le concept d'ordre public. Partant de ce postulat, il poursuit son raisonnement sur la base du concept d'« ordre public » pour justifier le mécanisme du renvoi. Selon lui, « toutes les fois que la loi étrangère désignée ne reçoit pas de l'Etat étranger compétence dans le cas envisagé, « notre compétence doit s'y étendre en vertu de l'ordre public parce qu'il n'est pas possible qu'une situation juridique possédant quelque attache avec la France demeure sans réglementation »¹⁶⁸⁸. Ainsi, il considère que l'application de la *lex fori* est justifiée par le concept d'ordre public. En effet,

¹⁶⁸⁵ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, op. cit., § 70.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, citant L. Von Bar, *Annuaire de l'institut de droit international*, éd. Abrégée, 1900, T. IV, p. 541.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, op. cit., § 304, citant Niboyet, *Traité de droit international privé*, t. III, p. 471 et s.

ce dernier « s'opposant à ce qu'un rapport de droit soit apatride commande donc le retour systématique à la *lex fori* »¹⁶⁸⁹. En d'autres termes, l'application de la *lex fori* est justifiée chaque fois que la situation internationale présente un rattachement avec l'ordre juridique du for pour des raisons d'ordre public. Cette conception s'accorde parfaitement d'une vision du droit international privé fondée sur un conflit de souverainetés puisque l'indépendance des souverainetés oblige à restituer à la loi du for sa propre compétence. Tout comme la doctrine du renvoi-délégation présente l'avantage de justifier parfaitement le mécanisme du renvoi. Cependant, une telle conception n'est plus acceptable dans un système de droit des conflits de lois moderne.

b) *L'incompatibilité du renvoi d'essence unilatéraliste dans un système bilatéraliste*

1245. Un renvoi adapté à un système unilatéraliste. La doctrine de Niboyet relative au renvoi est critiquable parce qu'elle se fonde avant tout sur une conception erronée du conflit de lois tendant à le considérer comme un conflit de souverainetés plutôt qu'un conflit de compétences législatives. Or, il a déjà été considéré que le droit international privé, et plus précisément le droit des conflits de lois ne doit pas être envisagé au regard de ce concept de conflit de souverainetés pour sauvegarder la neutralité de la discipline¹⁶⁹⁰. En sus, en s'appuyant sur l'indépendance des souverainetés, la théorie de Niboyet conduit indubitablement « par le jeu d'un raisonnement abstrait, à la compétence immédiate et systématique de la *lex fori* »¹⁶⁹¹. L'objet de sa méthode consiste à rendre applicable la *lex fori* quelle que soit la situation internationale dès lors que celle-ci peut se rattacher à l'ordre juridique du for. Or, une telle conception n'est plus adaptée dans un système de droit des conflits de lois prônant une méthode conflictuelle bilatérale. Cependant, Niboyet s'inscrit dans le mouvement des unilatéralistes, ce qui explique sa volonté d'appliquer avec une certaine « brutalité »¹⁶⁹² la *lex fori*. Il ne cherche qu'à déterminer le champ d'application dans l'espace de cette dernière.

1246. Un renvoi incompatible dans un système bilatéraliste. En outre, justifier le renvoi au regard de l'indépendance des souverainetés ou d'une idéologie unilatéraliste doit nécessairement être rejeté. Il ne peut s'agir d'un système fonctionnel puisqu'il est orienté sur lui-même. En aucun cas, une neutralité dans l'utilisation du renvoi ne pourra être assurée,

¹⁶⁸⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 304.

¹⁶⁹⁰ Cf. *supra* § 265 et s.

¹⁶⁹¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 304.

¹⁶⁹² *Ibid.*

comme aucune égalité de traitement ne pourra être garantie dans la mesure où le droit international privé est incompatible avec toute idéologie publiciste. Tout mécanisme imputable au régime du droit des conflits de lois, doit, comme sa méthode, être détaché de toute conception purement souverainiste et/ou unilatéraliste pour être, d'une part, justifié au regard des objectifs du droit des conflits de lois, et d'autre part, pour garantir neutralité et égalité de traitement¹⁶⁹³. C'est pourquoi d'autres doctrines ont été développées conformément aux objectifs du droit des conflits de lois pour défendre le recours au mécanisme du renvoi.

B. LA DEFENSE A *PRIORI* LEGITIME DU RENVOI AU REGARD DES OBJECTIFS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

1247. Parallèlement aux arguments publicistes invoqués à l'appui du renvoi, d'autres doctrines ont choisi de justifier le recours au mécanisme du renvoi au regard des objectifs du droit des conflits de lois. En effet, a eu lieu « une longue période plutôt euphorique pendant laquelle les auteurs (ont défendu) le recours à ce mécanisme de solution des conflits de lois »¹⁶⁹⁴. A ce titre, deux conceptions modernes se sont développées en considérant que le renvoi pourrait être appliqué par souci d'harmonisation du droit des conflits de lois (1) ou de coordination des règles de conflit (2).

1) Le renvoi défendu sous l'égide de l'harmonisation du droit des conflits de lois

1248. L'époque contemporaine s'est accompagnée de différentes doctrines défenderesses du renvoi, dont l'une, développée par Lerebours-Pigeonnière, permettait par le biais d'un règlement subsidiaire de justifier le mécanisme en ce qu'il assure l'harmonie des règles de conflit (a). Cependant, en l'absence de conceptualisation générale, cette théorie conduit en pratique à une véritable incertitude juridique (b).

a) Le renvoi règlement-subsidiaire facteur d'harmonisation

1249. L'élaboration d'une règle de conflit de second rang. Parallèlement à la conception moderne développée par Niboyet, un autre théoricien, Lerebours-Pigeonnière a proposé une nouvelle doctrine au soutien du mécanisme du renvoi. Néanmoins, celle-ci « tend à justifier le renvoi d'une manière qui échappe au grief d'abandon de la souveraineté du for »¹⁶⁹⁵. Cette fois-ci, le renvoi ne semble plus envisagé au travers d'un conflit de souverainetés, mais plus vraisemblablement au travers d'un conflit de compétences

¹⁶⁹³ Cf. *supra* § 265 et s., et § 742 et s.

¹⁶⁹⁴ P. Courbe, « Retour sur le renvoi », in *Le monde du droit : écrit rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 241 et s.

¹⁶⁹⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 281.

législatives. Comme Niboyet, l'auteur considérait que lorsque la règle de conflit a désigné un droit étranger, il faut consulter son droit des conflits de lois « pour savoir s'il accepte ou non l'offre de compétence qui lui est faite »¹⁶⁹⁶. Cependant, pour résoudre le conflit négatif, la solution proposée était différente. En effet, il estimait que, « quand le droit international privé étranger rend la loi étrangère inapplicable au cas envisagé par notre règlement, il nous faut désigner une autre loi au moyen d'une règle de conflit subsidiaire puisque notre droit international privé ne se désintéresse pas de cette désignation et ne se réfère à cette fin ni au droit international privé, ni à la jurisprudence étrangère »¹⁶⁹⁷. Il y aurait donc « élaboration d'une règle de conflit française de second rang »¹⁶⁹⁸ laquelle permettrait, en cas de refus de compétence de l'ordre juridique étranger, de renvoyer à la loi française.

De plus, pour justifier la pertinence de son raisonnement, Lerebours-Pigeonnière s'est employé à démontrer que « s'il faut tenir compte du désistement étranger, c'est parce qu'il faut prendre en considération les besoins du commerce international et les intérêts généraux des Etats »¹⁶⁹⁹. C'est pourquoi au nom de ces objectifs, « il faut que le droit du for fournisse une nouvelle solution, à la place de sa règle de conflit normale qui ne peut jouer »¹⁷⁰⁰. Il s'agira de proposer « une règle de conflit subsidiaire »¹⁷⁰¹.

1250. Le renvoi au service de l'harmonisation du droit. L'atout principal de cette doctrine consiste à s'inscrire dans un objectif d'harmonisation du droit des conflits de lois dans la mesure où le mécanisme du renvoi consisterait à résoudre des situations dans lesquelles le droit étranger n'a pas reconnu sa compétence, et pour lesquelles aucune loi n'est alors considérée comme applicable. La doctrine de Lerebours-Pigeonnière pourrait donc justifier l'existence du renvoi puisqu'elle s'inscrit en toute conformité avec l'esprit même du droit international privé. En effet, elle « concourt à (l') harmonisation, puisque la recherche d'un règlement subsidiaire a précisément pour objet de remédier au défaut de communauté, donc d'harmonie, existant entre la règle de conflit étrangère et la nôtre »¹⁷⁰². Il serait donc souhaitable d'admettre le renvoi au titre d'une telle théorie puisqu'elle respecte l'essence du droit des conflits de lois et garantit ses objectifs. De plus, si l'harmonisation n'est pas l'universalisation, elle s'inscrit tout de même dans un esprit de communauté, lequel est un

¹⁶⁹⁶ Y. Lequette, « Renvoi », *Rép. intern. Dalloz*, 1998, § 22.

¹⁶⁹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 302.

¹⁶⁹⁸ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 22.

¹⁶⁹⁹ J. Derruppé, *op. cit.*, § 53.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, § 50.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*

¹⁷⁰² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, § 302.

préalable nécessaire à toute égalité de traitement. Néanmoins, si cette conception semble être la plus à même de justifier le mécanisme du renvoi, elle présente en réalité de véritables défauts.

b) *Le renvoi règlement-subsidiaire atteint d'incertitude juridique*

1251. Une théorie insusceptible de généralisation. La théorie de Lerebours-Pigeonnière paraît séduisante notamment en ce qu'elle assure, en théorie, l'harmonie du droit des conflits de lois. Or, en pratique, tel n'est pas le cas. En effet, sa doctrine a été élaborée à l'aune de deux matières que sont « la condition des personnes et (...) la succession mobilière »¹⁷⁰³. Cependant, l'auteur n'a jamais élaboré de règlement « complet » alors qu'« il a donné à sa thèse une portée générale »¹⁷⁰⁴. Cette lacune laisse douter de la portée générale qu'il accorde à sa théorie dans la mesure où l'inachèvement de l'élaboration des règles subsidiaires conduit inévitablement à une « incertitude juridique »¹⁷⁰⁵. En effet, « il demeure que la *lex fori* est déclarée applicable à défaut de tout autre règlement subsidiaire », « mais ce n'est là qu'un expédient insuffisant », « car le justiciable ne saura pas, tant que le règlement subsidiaire n'aura pas été défini, si l'on n'imposera pas un rattachement subsidiaire préférable à celui de la *lex fori* »¹⁷⁰⁶. En d'autres termes, l'absence de généralisation de sa théorie conduit à une véritable insécurité juridique pour les sujets de droit, et inévitablement à un aléa des solutions.

1252. Une théorie insusceptible de résoudre le problème du renvoi. De plus, il a également été soulevé que cette théorie ne s'inscrit pas totalement dans un objectif d'harmonisation dans la mesure où il est possible que « le règlement subsidiaire (conduise) lui aussi à un droit qui refuse sa compétence, la règle de conflit subsidiaire (étant) inapplicable tout comme l'était la règle de conflit normale, il (faudra) alors un nouveau règlement subsidiaire »¹⁷⁰⁷. Ainsi, le système pourrait conduire à un « nouveau problème de renvoi », lequel n'est pas conforme à l'une des finalités du droit des conflits de lois c'est-à-dire à l'harmonisation.

1253. L'absence de règle de conflit secondaire en droit positif. De surcroît, l'idée selon laquelle le renvoi serait l'objet d'une règle de conflit subsidiaire n'est pas aujourd'hui

¹⁷⁰³ J. Derruppé, *op. cit.*, § 55.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, § 57.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, § 58.

admise en jurisprudence. Il semble que le droit positif se soit convaincu que la règle de conflit « est unitaire » puisqu'aucune « distinction entre un règlement principal et un règlement subsidiaire »¹⁷⁰⁸ n'est opérée. Ainsi, le droit positif n'a pas souhaité se référer à cette théorie pour justifier le renvoi, puisque celle-ci s'avère complexe à mettre en œuvre.

1254. Le rejet d'un renvoi vecteur d'insécurité juridique. Au regard de ces divers éléments, la théorie de Lerebours-Pigeonnière doit être rejetée dans la mesure où elle conduit à une insécurité juridique susceptible de mettre à mal l'égalité de traitement dont tout sujet de droit peut se prévaloir. Néanmoins, une autre conception plutôt en faveur de la coordination et non plus de l'harmonisation a été proposée par Batiffol.

2) Le renvoi soutenu à l'aune de la coordination des systèmes

1255. La défense du renvoi a été promue plus récemment par Batiffol pour lequel l'utilisation du mécanisme se justifie par souci de coordination des systèmes. En effet, considérer le renvoi à l'aune de la coordination en fait un outil adapté à un système de droit des conflits de lois neutre et égalitaire (a). Malheureusement, si d'un point de vue théorique il s'agit de la meilleure argumentation à l'appui du renvoi, en pratique certaines difficultés subsistent et notamment celle du chassé-croisé (b).

a) *Le renvoi coordination adapté à un système neutre et égalitaire*

1256. Le renvoi coordination de Batiffol. Une autre théorie du renvoi a été proposée par Batiffol, laquelle « procède d'un esprit tout à fait différent »¹⁷⁰⁹. L'auteur, « soucieux de parvenir à l'harmonisation des différents systèmes de droit international privé, a cherché à résoudre le conflit négatif par la coordination des règles française et étrangère de conflit »¹⁷¹⁰. Il considère, de prime abord, qu'il est possible de « concevoir sans contradiction que le législateur, édictant lui-même la règle de conflit, prévoie, au moins dans certains cas, une coordination éventuelle de sa règle avec la règle de conflit étrangère »¹⁷¹¹. Il considère en effet que « la règle étrangère n'entre pas en jeu par miracle, mais par la désignation de notre règle de conflit ; il y a donc coordination des deux règles »¹⁷¹². De plus, pour justifier l'emploi du renvoi, il ajoute que « la coordination s'impose lorsque la règle de conflit du for désigne

¹⁷⁰⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 303.

¹⁷⁰⁹ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 23.

¹⁷¹⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 305.

¹⁷¹¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 304.

¹⁷¹² *Ibid.*

un droit étranger non unifié »¹⁷¹³. Ainsi, « le juge doit résoudre un conflit interne étranger et la démarche naturelle est de s'en remettre, si elle existe, à la règle de conflit interne étrangère »¹⁷¹⁴. En d'autres termes, au regard de cette théorie, « on considère que la règle de conflit française, désigne d'abord le droit interne étranger et ensuite la règle de conflit étrangère en vue de sa possible articulation avec le système étranger »¹⁷¹⁵.

1257. Une théorie respectueuse des objectifs du droit des conflits de lois. La doctrine proposée par Batiffol est particulièrement pertinente en ce qu'elle respecte la nature même de la règle de conflit ni ne remet en cause son caractère unitaire, et également en ce qu'elle préconise la coordination de systèmes laquelle a pour finalité l'harmonisation du droit des conflits de lois¹⁷¹⁶. En considérant que « les règles de conflit du for et de la loi étrangère (opèrent) successivement et se (coordonnent) » sans qu'« aucune n'élimine l'autre »¹⁷¹⁷, Batiffol « rend compte du droit positif (...) en lui donnant un fondement cohérent »¹⁷¹⁸. En sus, en détachant sa conception de toute vocation subsidiaire de la règle de conflit française à s'appliquer, Batiffol « laisse subsister le renvoi au second degré que l'explication de Lerebours-Pigeonnière exclut »¹⁷¹⁹. En effet, loin l'idée de considérer que la *lex fori* doit être appliquée par respect des besoins du commerce international et des intérêts des Etats, il considère que le mécanisme du renvoi n'est justifié que par souci de coordination des systèmes. Or, attribuer le rôle d'un mécanisme à cet objectif est parfaitement conforme à l'esprit de la discipline du droit des conflits de lois et constitue le préalable nécessaire à une méthode parfaitement neutre. C'est pourquoi sa doctrine est d'autant plus louable.

Ainsi, le renvoi constituerait un mécanisme de coordination des systèmes respectant intégralement chaque règle de conflit. Il s'agirait « d'une articulation de deux systèmes, articulation qui laisse conserver à la règle de renvoi son caractère de règle étrangère »¹⁷²⁰. Par conséquent, sa conception prône les mêmes objectifs que celles de Lerebours-Pigeonnière

¹⁷¹³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 304.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*

¹⁷¹⁵ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 23.

¹⁷¹⁶ Voir en ce sens : Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 130 : « Détachée du conflit de souverainetés, la règle de conflit de lois se voit ainsi confier la mission de localiser au mieux les rapports individuels dans la perspective d'un règlement satisfaisant des intérêts en jeu, c'est-à-dire en favorisant l'harmonie internationale des solutions dont la rupture est porteuse de discontinuité et d'imprévisibilité dans la vie internationale des particuliers, tout en veillant à ce que soit préservée la cohésion de l'ordre interne du for. Or à ces différents points de vue, le renvoi coordination tel que préconisé par Henri Batiffol rend d'appréciables services ».

¹⁷¹⁷ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 23.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, § 26.

¹⁷¹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 305.

¹⁷²⁰ *Ibid.*

mais est exempte des défauts qui lui sont imputables. Ainsi, la défense du renvoi peut être justifiée au regard de cette théorie qui s'inscrit dans une optique d'harmonisation des règles de conflit et qui ne remet pas en cause la méthode classique du droit des conflits de lois. Cependant, il faut qu'elle conduise à une harmonie des solutions en pratique.

b) Le renvoi coordination vicié par l'objection du chassé-croisé

1258. La doctrine de Batiffol est très satisfaisante dans la mesure où elle réussit à justifier le recours au renvoi de manière parfaitement légitime. Néanmoins, une difficulté subsiste. En effet, puisque la méthode du renvoi consiste simplement en ce que la règle de conflit étrangère rentre en jeu par désignation de la règle de conflit du for, elle peut conduire à un certain chassé-croisé. Ainsi, « à l'argument de la coordination, on a cependant opposé que dans le cas de désignation réciproque de deux lois, loin d'aboutir à l'harmonie des solutions, le jeu du renvoi donne lieu à un chassé-croisé »¹⁷²¹. Par conséquent, si les fondements imputés par Batiffol à la théorie du renvoi semblent être les plus adaptés pour justifier sa légitimité, ils ne font pourtant pas sauter les obstacles auxquelles ce mécanisme peut conduire. Or, il apparaît que ce problème de chassé-croisé doit être totalement exclu afin que l'harmonie des solutions soit garantie à tout sujet de droit dans un souci d'égalité de traitement. Néanmoins, et par souci de coordination des systèmes, le renvoi a été admis en droit positif.

§ 2 – LA RECONNAISSANCE DU RENVOI EN DROIT POSITIF EN RAISON DE SES DIFFERENTS ATOUTS

1259. Malgré l'absence d'une théorie doctrinale parfaitement à même de justifier l'admission du renvoi en droit des conflits de lois, le mécanisme a tout de même été reconnu en droit positif. En effet, la jurisprudence française l'a consacré dans la mesure où il peut permettre la réalisation des finalités du droit des conflits de lois (A). C'est pourquoi il a également fait l'objet d'une admission généralisée notamment grâce au pragmatisme dont il fait état (B).

A. L'ADMISSION DU RENVOI PAR LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE AU REGARD DES FINALITES DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

1260. Au regard des nombreux débats doctrinaux existants à l'égard du mécanisme du renvoi, il a été « disséqué une jurisprudence qui lui est favorable »¹⁷²². La Cour de

¹⁷²¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 283.

¹⁷²² P. Louis-Lucas, « Le renvoi dans le projet de la commission de réforme du Code civil », *TCFDIP*, 1948-1952, p. 33 et s.

cassation a décidé de consacrer le mécanisme dans son principe par souci d'harmonisation des règles de conflit, mais aussi de réalisme (1). Puis, au-delà d'une admission de principe, la haute cour l'a reconnu sous toutes ses formes considérant que le renvoi ne fait que répondre aux objectifs du droit des conflits de lois que sont l'homogénéité et l'uniformité de ses règles (2).

1) Une consécration par souci d'harmonie et de réalisme

1261. Si les fondements imputables à la défense du renvoi peuvent toujours être remis en cause au regard de certaines objections, la jurisprudence s'est pourtant accordée à admettre le mécanisme du renvoi en droit positif afin de garantir l'harmonisation des règles de conflit (a). En outre, il semble que la jurisprudence ait simplement consacré le renvoi par souci de réalisme (b).

a) La reconnaissance du renvoi motivée par l'harmonisation des règles de conflit

1262. L'admission de principe du renvoi par l'arrêt *Forgo*. « Le point de départ de l'admission du renvoi par la jurisprudence française réside dans l'arrêt *Forgo* rendu le 22 juin 1878 par la chambre civile de la Cour de cassation »¹⁷²³. Il s'agit de la première fois que la Cour de cassation a admis le renvoi en acceptant « le renvoi opéré à la loi matérielle française par la règle bavaroise de conflit de lois »¹⁷²⁴.

1263. Une admission justifiée par l'harmonie des législations. Si dans cette situation internationale, la Cour de cassation n'a pas précisé quelle raison justifiait l'admission du renvoi en droit positif, il est supposé que l'effet escompté en est tout simplement le motif. Effectivement, « la Cour de cassation a accueilli le renvoi proprement dit (...) parce que la prise en considération du droit international privé (étranger) lui fournissait le moyen d'harmoniser les deux législations divergentes »¹⁷²⁵ et de donner compétence à la loi française. Par conséquent, le renvoi a été admis en droit positif par souci

¹⁷²³ J. Derruppé et E. Agostini, « Le renvoi dans la jurisprudence française », *J.-Cl. Droit international*, 1994, Fasc. 532-2, § 2.

¹⁷²⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 300.

¹⁷²⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 306.

d'harmonisation¹⁷²⁶. La consécration du renvoi dans la jurisprudence française semble donc avoir été un véritable apport pour la méthode du droit des conflits de lois puisqu'elle a pour objet d'harmoniser les règles de conflit. De plus, la Cour de cassation a pu estimer que l'admission du renvoi en droit positif n'était que la conséquence d'une réalité.

b) *L'admission du renvoi par réalisme à l'égard des situations internationales*

1264. L'assurance d'un droit coordonné. Ce n'est qu'en 1910, dans l'arrêt *Soulié*, que la Cour de cassation a donné au renvoi une justification en considérant que « la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger ; qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé, et à ce que la loi française régie d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire »¹⁷²⁷. Au regard de cette affirmation, la Cour de cassation rappelle l'intérêt d'user du mécanisme du renvoi, notamment en ce qu'il permet la suppression de tout conflit négatif, ce qui conduit nécessairement à une véritable coordination du droit des conflits de lois. En effet, « la Cour de cassation entendait sans doute marquer que grâce au renvoi au premier degré, on parviendrait à l'harmonie internationale, car la solution serait la même dans les deux pays »¹⁷²⁸.

1265. L'assurance d'un droit réaliste. De surcroît, elle justifie son recours en considérant qu'il ne s'agit que de consacrer une réalité. En d'autres termes, c'est parce qu'une situation naît sur le territoire français qu'elle a légitimement intérêt à être régie par le droit français grâce au renvoi opéré par la règle de conflit étrangère vers l'ordre juridique français. Comme l'ont affirmé Batiffol et le Professeur Lagarde, « si le système correspond à une certaine réalité qui s'impose à ceux qui décident, comment cette réalité peut-elle apparaître incohérente à l'analyse ? »¹⁷²⁹. Finalement, dans la mesure où le recours au renvoi s'impose de lui-même, il suffirait à se justifier lui-même par souci de cohérence. Il ne serait qu'un

¹⁷²⁶ Voir en ce sens : B. Ancel, « Limitation de la mise en œuvre du renvoi en matière de succession internationale », *RCDIP* 2009, p. 512, à propos de l'admission du renvoi en matière de succession immobilière : « celui-ci offrait à l'origine une réponse au conflit de systèmes, il devient désormais, en matière de succession immobilière (...) l'instrument d'une éventuelle unification de la succession. Il n'est plus appelé à résoudre le problème de l'unité des solutions en l'état de la pluralité des systèmes de conflit, mais à résoudre le problème de l'unité de la succession en l'état de la dualité des règles françaises de conflit et le dispositif retenu consacre ainsi cette dualité de désignation tout en la réprouvant pourvu qu'un appui lui soit fourni par le conflit de systèmes » afin de donner entièrement compétence à la loi française.

¹⁷²⁷ Cass., Req., 9 mars 1910, *Soulié*, *RCDIP* 1910, p. 870 ; *JDI* 1910, p. 888 ; *D.P.* 1912, I, p. 262 rapp. Denis ; *S.* 1913, I, p. 105, note E. A.

¹⁷²⁸ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 28.

¹⁷²⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 303.

mécanisme voué à l'harmonisation du droit des conflits de lois. C'est pourquoi il a été admis, quel que soit son degré.

2) Une consécration globale conformément aux objectifs du droit des conflits de lois

1266. Considérant que le mécanisme du renvoi a fait l'objet d'une reconnaissance de principe par la Cour de cassation, celui-ci a été admis sous toutes ses déclinaisons depuis l'arrêt *Forgo* (a). Ce choix opéré par la haute cour se justifie conformément aux objectifs poursuivis par le mécanisme dans la mesure où ceux-ci sont identiques à ceux du droit des conflits de lois c'est-à-dire l'homogénéité et l'uniformité (b).

a) L'admission jurisprudentielle du renvoi sous ses différentes déclinaisons

1267. La reconnaissance du renvoi au premier et au second degrés. Si la Cour de cassation a consacré le mécanisme du renvoi dans son arrêt *Forgo*¹⁷³⁰, elle a véritablement admis le renvoi au premier degré qui se produit « lorsque la règle de conflit étrangère de l'Etat dont la loi interne est compétente d'après la règle de conflit du for, désigne la loi interne de ce dernier for comme devant être applicable »¹⁷³¹. Les hypothèses de renvoi au premier degré se sont révélées fréquentes par la suite en jurisprudence. Cependant, la Cour de cassation ne s'est pas contentée de cette seule hypothèse. Par l'arrêt *De Marchi della Costa* de 1938¹⁷³², la haute cour a également reconnu juridiquement le renvoi au second degré. Il s'agissait cette fois de l'hypothèse dans laquelle « la règle de conflit étrangère du pays dont la loi interne est applicable en vertu de la règle de conflit française, attribue compétence non à la loi française, mais à une loi tierce qui se reconnaît compétente »¹⁷³³. Or, « à l'occasion d'un renvoi au premier degré (...) la Cour de cassation a d'abord admis le principe du renvoi au second degré, énonçant que les juges du fond avaient justement reconnu « le caractère en principe obligatoire du renvoi fait par la loi nationale d'un étranger à la loi d'un autre Etat pouvant être le cas échéant la législation française »¹⁷³⁴. Même s'il s'agissait d'une hypothèse de renvoi au premier degré, la Cour de cassation a bien consacré le renvoi au second degré. Sa jurisprudence postérieure l'a d'ailleurs confirmé notamment dans l'affaire *Zagha*¹⁷³⁵.

¹⁷³⁰ Cass., Civ., 24 juin 1878, *Forgo*, S. 1878, 1, p. 429 ; *Dalloz* 1879, I, p. 56 ; *JDI* 1879, p. 285, et *GAJFDIP*, n°7.

¹⁷³¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 287.

¹⁷³² Cass., Civ., 7 mars 1938, *De Marchi della Costa*, *RCDIP* 1938, p. 472, note Batiffol, et *GAJFDIP*, n°16.

¹⁷³³ *Ibid.*

¹⁷³⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 287, citant Cass. Civ., 7 mars 1938, *de Marchi della Costa*, préc.

¹⁷³⁵ Cass., Civ., 15 juin 1982, *Zagha*, *RCDIP* 1938, p. 300, note J.-M. Bischoff ; *Dalloz* 1983, I, p. 322, obs. B. Audit et p. 431, note Agostini ; *JDI* 1983, p. 595, note Lehmann.

1268. Une garantie globale des objectifs du droit des conflits de lois. En admettant le principe du renvoi et plus précisément ses deux formes juridiques, qui se traduisent par le renvoi au premier degré et le renvoi au second degré, la jurisprudence a souhaité garantir, au-delà de l'harmonisation des règles de conflit, l'uniformité des solutions.

b) *Un mécanisme en réponse aux finalités du droit des conflits de lois*

1269. L'homogénéité des règles de conflit garantie par le renvoi au premier degré. Il a pu être constaté au travers de l'arrêt *Forgo* que le renvoi est un mécanisme dont l'objet est de garantir l'harmonie entre les règles de conflit. Or, dans cette espèce, il s'agissait d'un renvoi au premier degré. L'avantage incontestable du renvoi au premier degré consiste à « faire appliquer par le juge sa propre loi »¹⁷³⁶. Le but de l'institution est de faciliter la tâche du juge en supprimant tout conflit négatif. Par conséquent, l'avantage du renvoi au premier degré consiste bien à assurer une certaine homogénéité dans la mise en œuvre des règles de conflit, laquelle ne serait pas perturbée par un conflit négatif ni par l'absence de parallélisme entre la compétence du juge et la loi applicable. Néanmoins, le renvoi au premier degré ne conduira jamais à une uniformité de solutions. Cependant, le renvoi au second degré peut lui y conduire.

1270. L'uniformité des solutions assurée par le renvoi au second degré. Batiffol et le Professeur Lagarde ont expliqué que si « la règle de conflit du pays désigné par celle du juge saisi renvoie à la loi d'un pays tiers dont la règle de conflit admet son application, l'application de cette loi satisfait aux systèmes de conflit des trois pays considérés »¹⁷³⁷. Par conséquent, « la loi appliquée sera la même quel que soit celui de ces trois pays dont les juges seront saisis » et ainsi sera assurée « l'uniformité des solutions »¹⁷³⁸.

1271. Un mécanisme au service de la sécurité juridique. Finalement, la position de la Cour de cassation s'inscrit, au regard du droit des conflits de lois, dans une optique d'« homogénéité de l'ordre juridique français »¹⁷³⁹ en écartant tout conflit négatif et en unissant juge et loi, puis d'uniformité des solutions. Par conséquent, la haute cour invite à considérer que l'admission du renvoi est indispensable à la réalisation de ces deux objectifs et garantit plus efficacement la sécurité juridique dans le traitement des situations internationales. Comme l'a affirmé le Professeur Lequette, « le renvoi apparaît conforme à la

¹⁷³⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 305.

¹⁷³⁷ *Ibid.*, § 306.

¹⁷³⁸ *Ibid.*

¹⁷³⁹ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 28.

finalité du droit des conflits, ce qui devrait lui conférer une valeur et une portée générale »¹⁷⁴⁰. Cette raison a suffi à justifier sa reconnaissance de principe tant au premier qu'au second degré. En sus, au regard des buts qu'il poursuit, le renvoi constitue, *a priori*, un mécanisme conforme à l'idéologie d'égalité de traitement puisqu'il sert l'homogénéité et l'uniformité. C'est pourquoi l'admission du renvoi s'est ensuite généralisée.

B. L'ADMISSION GENERALISEE DU RENVOI EN DROIT POSITIF EU EGARD A SON PRAGMATISME

1272. Il apparaît que, corrélativement à la consécration jurisprudentielle du renvoi par la Cour de cassation, ce mécanisme a fait l'objet d'une reconnaissance générale en droit positif. En effet, à ce jour, le renvoi est admis de manière *quasi* unanime par la société internationale (1). Par conséquent, il semble que le recours au renvoi s'impose de lui-même au regard des avantages qu'il présente. Néanmoins, ce sont plutôt des raisons attachées à son caractère pragmatique qui ont davantage justifié son recours de manière globale (2).

1) La reconnaissance juridique *quasi* unanime du renvoi

1273. Si le renvoi a été admis par l'ordre juridique français grâce à la Cour de cassation au regard des divers avantages qu'il peut présenter, il a aussi été accueilli par la plupart des ordres juridiques internes (a). Or, cet accueil ne s'est pas restreint aux ordres juridiques nationaux puisqu'il s'est propagé jusqu'au niveau supranational. C'est pourquoi le mécanisme peut aussi être prévu par des textes internationaux (b).

a) L'accueil du renvoi par la plupart des ordres juridiques internes

1274. Si le renvoi a connu une consécration de principe en droit français, il a également été accueilli par de nombreux ordres juridiques internes. C'est le cas de la plupart des pays européens comme l'Angleterre, la Belgique, l'Allemagne, l'Autriche ou encore le Portugal¹⁷⁴¹. En outre, l'accueil du renvoi ne s'est pas arrêté à l'Europe, puisqu'il a aussi été reconnu en Israël ou encore en Turquie¹⁷⁴². Or, au regard de cette admission relativement large par les différents ordres juridiques internes, il doit être considéré que les avantages du renvoi « ne sont pas illusoires »¹⁷⁴³. De plus, « le ralliement récent de l'Italie (réforme de 1995), traditionnellement hostile au renvoi, en est un indice supplémentaire »¹⁷⁴⁴. Il semble

¹⁷⁴⁰ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 28.

¹⁷⁴¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 302.

¹⁷⁴² *Ibid.*

¹⁷⁴³ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 223.

¹⁷⁴⁴ *Ibid.*

donc que, eu égard aux avantages qu'il peut présenter, le renvoi se soit développé dans quasiment tout système juridique interne. En effet, comme l'a affirmé Savatier, « le renvoi est (...) admis par presque toutes les jurisprudences étrangères »¹⁷⁴⁵. Or, il a également réussi à intégrer la sphère supranationale.

b) *La prescription du renvoi par certains textes internationaux*

1275. Le renvoi dans les instruments internationaux. Parallèlement à l'admission du renvoi par les différents ordres juridiques nationaux, certains textes internationaux ont également prévu son recours. Effectivement, « nombreuses sont les conventions internationales qui le consacrent », et notamment « les Conventions de La Haye antérieures de la Première Guerre mondiale, le Code Bustamante et les Conventions de Genève de 1930 et 1931 sur les effets du commerce »¹⁷⁴⁶. De la même façon, certains règlements européens consacrent le renvoi comme c'est le cas du règlement successions¹⁷⁴⁷ en son article 34 lorsque la règle de conflit a pour effet de désigner la loi d'un Etat tiers en l'absence de choix de loi. Toutefois, cette admission reste ponctuelle à l'échelle internationale¹⁷⁴⁸.

1276. L'admission généralisée du renvoi. Ces différentes consécutions du mécanisme du renvoi par les ordres juridiques nationaux et supranationaux invitent à considérer que le recours au mécanisme s'impose de lui-même au regard des avantages qu'il présente. C'est pourquoi il faut considérer que le recours à ce mécanisme, comme l'a été celui de la qualification *lege fori*, a été commandé par un certain pragmatisme. Comme l'a affirmé le Professeur Bernard Audit, « le renvoi a été analysé comme un « expédient » mis en œuvre pour parvenir à un résultat jugé satisfaisant »¹⁷⁴⁹.

2) **Le recours au renvoi réellement imputable à son caractère pragmatique**

1277. La prolifération du renvoi aux différents ordres juridiques composant la société internationale invite à considérer que le renvoi s'est en réalité propagé grâce à son caractère pragmatique. En effet, s'il semble assurer les objectifs du droit des conflits de lois, il garantit avant tout le respect de l'homogénéité de la loi interne (a). Par voie de conséquence, il permet

¹⁷⁴⁵ R. Savatier, *op. cit.*, § 331.

¹⁷⁴⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 297

¹⁷⁴⁷ Règlement (UE) n°650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

¹⁷⁴⁸ Cf. *supra* § 1299.

¹⁷⁴⁹ B. Audit, Ch. II « La réduction de la crise : conceptualisme et fonctionnalisme dans le procédé de la règle de conflit », in « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *op. cit.*, § 2, spéc. p. 326.

alors d'évincer tout aléa de solutions et favorise donc un traitement *a priori* égalitaire des sujets de droit (b).

a) *L'homogénéité de la loi interne respectée par le fonctionnement du renvoi*

1278. Le renvoi au service de l'homogénéité de la loi interne. Si les avantages que présente le renvoi¹⁷⁵⁰ peuvent venir au soutien de l'admission en droit positif du mécanisme du renvoi, la raison la plus probante est sans doute celle du pragmatisme. En effet, l'utilisation du renvoi par les juridictions internes se justifie essentiellement pour des raisons pratiques. Indirectement, la volonté d'admettre le renvoi, notamment au premier degré, consiste à permettre au juge saisi d'appliquer sa propre loi. Il s'agit véritablement de l'objectif poursuivi parce qu'il présente « un avantage pratique évident »¹⁷⁵¹. S'il peut être considéré que l'application de la loi du for conduit à évincer tout conflit négatif et à aligner compétence du juge et loi applicable¹⁷⁵², il doit surtout être estimé que « l'intérêt général de l'Etat représentant de l'ordre interne est de faire respecter sa loi, notamment en maintenant son homogénéité, et en évitant donc, quand la chose est possible, l'intrusion d'éléments législatifs étrangers, plus ou moins conciliables avec celui du for »¹⁷⁵³. Par conséquent, comme l'ont affirmé Batiffol et le Professeur Lagarde, l'utilisation du mécanisme du renvoi permet de garantir l'homogénéité de la loi interne. Ainsi, si « le renvoi introduit la règle de conflit étrangère, élément hétérogène par rapport au jeu normal de la règle de conflit du for ; (...) en revanche, la loi interne du for va s'appliquer intégralement »¹⁷⁵⁴.

1279. L'homogénéité de la loi interne préférée à celle des règles de conflit. Finalement, le renvoi s'impose de lui-même dans tout ordre juridique, puisque « les tribunaux ont toujours eu le sentiment que l'homogénéité de la loi interne importait plus que celles des règles de conflit »¹⁷⁵⁵. S'il peut être considéré que le renvoi au premier degré a pour fonction de rendre plus homogène la mise en œuvre des règles de conflit par un ordre juridique national, en vérité, cette homogénéité vise plus précisément la loi interne c'est-à-dire tant les dispositions matérielles que conflictuelles de cet ordre juridique. Par conséquent, afin d'assurer cet objectif, le renvoi a nécessairement été admis par le système français. Or, en assurant l'homogénéité de la loi interne, le renvoi évince tout aléa de solutions.

¹⁷⁵⁰ Cf. *supra* § 1262 et s.

¹⁷⁵¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 305.

¹⁷⁵² Cf. *supra* § 1268 et 1269.

¹⁷⁵³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 305.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*

b) *Le renvoi justifié par le traitement a priori égalitaire des situations internationales*

1280. L'exclusion de l'aléa des solutions. Dans la mesure où chaque ordre juridique admet le renvoi et l'encadre, toute solution aléatoire va nécessairement être évincée. En effet, chaque juge qui use du renvoi applique en principe sa propre loi. De cette manière, en l'absence d'application d'une loi étrangère, toute erreur dans l'interprétation ou dans l'application de la loi étrangère n'est plus envisageable. Par conséquent, le pragmatisme du mécanisme invite à la sécurité juridique au regard des situations internationales, mais surtout à l'harmonisation ou du moins à la coordination des solutions entre systèmes particularistes.

1281. Un recours uniformisé du renvoi au sein de la société internationale. De plus, l'admission généralisée du renvoi par les différents ordres juridiques composant la société internationale devrait conduire à une utilisation relativement uniformisée du renvoi, notamment lorsque celui-ci est prévu par un texte international. En effet, si les « traités ont pour but (...) de créer une règle de conflit commune », « le renvoi ne fait pas obstacle à ce résultat, car si l'un des pays renvoie à un autre, tous les pays de l'union devront accepter ce renvoi »¹⁷⁵⁶. Par conséquent « la même loi (...) sera appliquée dans tous les pays contractants »¹⁷⁵⁷. Ainsi, au-delà de l'absence d'aléa dans le traitement des situations internationales au regard de l'application de la loi matérielle, l'admission généralisée du renvoi va conduire, quelle que soit la juridiction saisie, à admettre la compétence d'une même loi. Or, un tel résultat ne peut être que félicité afin d'atteindre une véritable égalité de traitement.

1282. Un mécanisme consacré conformément à son pragmatisme. En outre, si le mécanisme du renvoi n'a pas pu être parfaitement défendu par une théorie doctrinale, il a pu être consacré en droit positif grâce aux avantages qu'il présente, mais principalement au regard de son caractère pragmatique. Cette reconnaissance juridique semble justifiée dans la mesure où elle conduit à assurer un traitement égalitaire des situations internationales même lorsque celles-ci sont soumises à cet élément perturbateur. Pourtant, cette égalité, parfois garantie, peut vraisemblablement être mise à mal par le renvoi. C'est pourquoi il serait préférable d'écarter ce mécanisme afin de garantir une totale égalité de traitement aux sujets de droit.

¹⁷⁵⁶ J. Derruppé, « Le renvoi dans les conventions internationales », *J.-Cl. Droit international*, 1993, Fasc. 532-3.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*

SOUS-SECTION 2 : L'EXCLUSION SOUHAITEE DU RENVOI PAR MESURE D'EGALITE DE TRAITEMENT

1283. Si le mécanisme du renvoi reçoit un certain aval par la doctrine et la jurisprudence, il est toutefois contestable notamment au regard de l'objectif d'égalité de traitement qui doit être garanti en droit des conflits de lois. C'est pourquoi de nombreuses voix, fondées sur des objections tant théoriques que pratiques, se sont légitimement élevées à l'encontre de son utilisation (§ 1). Au regard des divers défauts que peut présenter le mécanisme, des remèdes ont été proposés pour lutter contre son caractère défectueux. Cependant, ces derniers s'avérant insuffisants invitent au rejet unanime du renvoi afin de respecter la méthode conflictuelle bilatérale classique (§ 2).

§ 1 – LA REMISE EN CAUSE DU RENVOI AU TRAVERS D'OBJECTIONS THEORIQUES ET PRATIQUES

1284. Si le renvoi est admis en théorie générale des conflits de lois, il n'en reste pas moins contestable. En effet, diverses objections doivent être élevées à son encontre. Certaines sont théoriques dans la mesure où le mécanisme est incompatible avec la méthode conflictuelle (A). D'autres sont simplement pratiques puisque l'application du renvoi favorise l'imprévisibilité juridique (B).

A. LES OBJECTIONS THEORIQUES FONDEES SUR LE RESPECT DE LA METHODE CONFLICTUELLE

1285. Si le mécanisme du renvoi a pu être soutenu par la doctrine au regard d'arguments théoriques, il n'en reste pas moins pour autant discutable. En effet, son rejet est parfaitement justifié dans la mesure où d'une part il est incompatible avec la fonction même des règles de conflit (1) et d'autre part où il conduit à des solutions incurables contraires aux objectifs de la méthode conflictuelle (2).

1) Le rejet indiscutable du renvoi face à la fonction des règles de conflit

1286. Il suffit pour attaquer le mécanisme du renvoi de considérer que celui-ci ne respecte en aucun cas la fonction de la règle de conflit. Grâce à la doctrine prônée par les particularistes, fondée sur le principe de souveraineté, et tendant à l'exclusion du renvoi (a), il est apparu que ce dernier n'est en vérité que l'émanation d'une confusion terminologique. C'est pourquoi il doit à ce titre être fermement rejeté (b).

a) *L'exclusion controversable du renvoi par respect du principe de souveraineté*

1287. Le rejet du renvoi au regard d'arguments publicistes. Le mécanisme du renvoi a été manipulé à l'aune du principe de souveraineté pour en justifier le rejet. Les tenants de cette doctrine, que sont notamment Pillet et Bartin, considèrent que « chaque pays adopte ses propres règles de conflit ; c'est donc que le législateur entend trancher lui-même les conflits de lois »¹⁷⁵⁸. Leur philosophie consiste à considérer que lorsque la règle de conflit française a désigné la loi applicable, le conflit est définitivement tranché. Il suffit d'appliquer la loi désignée dans ses règles matérielles.

1288. Le rejet du renvoi par respect des souverainetés. Pour appuyer leur opposition au mécanisme du renvoi, Bartin part du principe qu'« en édictant des règles de conflit bilatérales, le législateur ne se contente pas de délimiter le domaine dans l'espace du droit français mais exprime l'opinion qu'il se fait du meilleur aménagement de ces souverainetés »¹⁷⁵⁹. Partant de ce constat, les tenants de cette doctrine considèrent que « l'Etat abdiquerait sa souveraineté s'il abandonnait à la règle étrangère de conflit le soin de déterminer le champ d'application de sa propre loi »¹⁷⁶⁰. Ainsi, lorsque la règle de conflit française est appliquée, il convient de respecter le résultat indiqué par souci de souveraineté.

1289. Le respect des souverainetés au soutien de l'admission et du rejet du renvoi. Cette théorie semble *a priori* valable au regard d'une idéologie particulariste imprégnée de considérations souverainistes. Cependant, conformément à une approche plutôt universaliste consistant à se détacher du concept de conflit de souverainetés, cette doctrine semble mal adaptée. De plus, comme l'a démontré le Professeur Lequette, « la controverse montre combien la notion de souveraineté est inapte à fonder la solution des conflits de systèmes »¹⁷⁶¹. Effectivement, ce concept est utilisé aussi bien à l'appui que contre le mécanisme du renvoi. Ce seul constat suffit à écarter toute position relative au renvoi fondée sur le principe de souveraineté. Néanmoins, un point est pertinent dans la doctrine de Bartin puisque sa doctrine tend à rappeler la fonction même de la règle de conflit bilatérale qui consiste à désigner la loi applicable à une situation internationale, cette loi pouvant être aussi bien la loi du for que la loi étrangère. Par conséquent, il pourrait plutôt être considéré que le renvoi n'est que le fruit d'une confusion terminologique.

¹⁷⁵⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 301.

¹⁷⁵⁹ Y. Lequette, « Le renvoi de qualifications », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, § 8.

¹⁷⁶⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 301.

¹⁷⁶¹ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 19.

b) *L'opposition ferme à un mécanisme émanant d'une confusion terminologique*

1290. Une confusion entre règle de conflit et loi matérielle. En soutien aux objections du renvoi, il a pu être avancé que celui-ci constitue « un faux problème qui en réalité ne se pose pas et dont la naissance procède d'une confusion entre le droit international privé (règle de conflit) et le droit interne (loi matérielle) »¹⁷⁶². En effet, lorsqu'une situation présente un caractère international, les règles de droit international privé, à savoir essentiellement les règles de conflit, lui sont appliquées. Or, à ce stade, certains « se pose(nt) la question de savoir s'il faut entendre par loi étrangère les seules dispositions de droit interne de pays étranger ou bien s'il faut également tenir compte des règles de conflit étrangères et, plus généralement, de la teneur du système de droit international privé étranger »¹⁷⁶³. Ainsi, du fait de « cette ambiguïté linguistique », est apparu « un incident (dans) l'interprétation de la règle de conflit du for »¹⁷⁶⁴ permettant en quelque sorte d'admettre l'existence du renvoi.

1291. Un mécanisme irrespectueux de la fonction de la règle de conflit. Or, véritablement, « lorsque le juge français est confronté à un problème de conflit de lois, il se réfère à sa propre règle de conflit », laquelle « lui donne la solution et le conflit de lois est réglé »¹⁷⁶⁵. En effet, en respectant la fonction même de la règle de conflit conformément à sa nature bilatérale, celle-ci n'a que pour objet de déterminer la loi applicable à la situation internationale et en aucun cas n'a pour fonction de désigner les règles de conflit du droit étranger. Cet argument semble parfaitement recevable pour justifier le rejet total du renvoi. Il s'agit d'un outil créé par la pratique parce qu'il présente certains avantages, mais qui ne respecte aucunement la nature même des règles de droit et spécialement des règles de conflit¹⁷⁶⁶. A ce titre, il n'est pas justifiable sur le plan théorique. De plus, ce mécanisme a été véritablement construit de toute pièce pour satisfaire des intérêts pratiques qui ne servent pas véritablement le droit des conflits de lois ni l'égalité de traitement des situations

¹⁷⁶² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 291.

¹⁷⁶³ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, § 69.

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*

¹⁷⁶⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 291.

¹⁷⁶⁶ Voir en ce sens : P. Louis-Lucas, « Le renvoi dans le projet de la commission de réforme du code civil », *op. cit.*, spéc. p. 35, lequel exposait l'excentricité du mécanisme du renvoi : « Qu'est-ce donc que ce circuit juridique qui est conservé, qui est consacré ?... Qu'est-ce que ce phénomène de la transmission de la compétence législative et, éventuellement, de la compétence juridictionnelle ?... Phénomène surprenant à première vue, puisque le juge français, auquel le droit international privé français, au service duquel il est, commande d'apprécier la capacité d'un Anglais d'après la loi anglaise, va, finalement, l'apprécier d'après la loi française, parce que cet Anglais est domicilié en France, et que le droit international privé anglais, au service duquel le juge français n'est pas, donne compétence à la loi du domicile ».

internationales. C'est d'ailleurs pourquoi son utilisation est atteinte par de nombreux vices qui n'ont jusqu'à lors jamais été résolus en droit positif.

2) La création de solutions incurables par le recours au mécanisme du renvoi

1292. Au-delà des doctrines en défaveur du renvoi, d'autres arguments théoriques peuvent également inviter à son rejet. En effet, il a pu être avancé que le mécanisme peut conduire à une hypothèse de chassé-croisé entre les règles de conflit conduisant à une parfaite incohérence de solutions (a). Cependant, il a surtout été démontré que le renvoi pouvait conduire à un cercle vicieux dans l'application des règles de conflit ou à une application sans fin. Or, ces hypothèses s'inscrivent en totale contradiction avec la fonction même de la méthode conflictuelle (b).

a) L'incohérence du mécanisme face à l'hypothèse du chassé-croisé

1293. En pratique, le mécanisme du renvoi présente un défaut en particulier dans la mesure où il peut conduire à un « chassé-croisé des solutions »¹⁷⁶⁷. Pour reprendre un exemple des Professeurs Bernard Audit et d'Avout, cela peut viser l'hypothèse suivante : « si un juge anglais saisi du statut personnel d'un Anglais domicilié en France fait jouer le renvoi sous couvert de coordination, il applique la loi anglaise alors qu'un tribunal français, dans le même esprit, appliquera la loi française »¹⁷⁶⁸. Par conséquent, le mécanisme du renvoi peut conduire la juridiction du for, si le renvoi est exclu, à appliquer la loi étrangère, et la juridiction étrangère à appliquer la loi du for. A l'inverse, dans l'hypothèse où le renvoi serait admis, la juridiction du for appliquerait la loi du for, et la juridiction étrangère, sa loi étrangère. Or, il est parfaitement regrettable que le renvoi puisse conduire à ce genre de situations dans la mesure où la situation ne sera tout simplement pas régie de la même manière selon le point de vue choisi¹⁷⁶⁹. Néanmoins, l'hypothèse du chassé-croisé se réalise rarement dans la mesure où elle « suppose que les autorités des deux pays intéressés (soient)

¹⁷⁶⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 291.5°.

¹⁷⁶⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 283.

¹⁷⁶⁹ Voir en ce sens : F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 100 : « Le premier vice consiste à donner à la norme primaire de la *lex fori* une interprétation qui fait désigner à l'intérieur du droit étranger qu'elle déclare applicable non point le droit matériel mais plutôt la règle de conflit qu'aurait appliquée le juge étranger, alors que cette règle de conflit reçoit une interprétation différente consistant à désigner le droit matériel de la *lex fori*, ce qui arrête le mouvement. Si le juge saisi s'était avisé de donner à la loi renvoyante l'interprétation grâce à laquelle elle a été appliquée, le pendule se balancerait indéfiniment entre les deux ordres juridiques. Le second vice de la théorie du renvoi est le caractère illusoire — ou, à tout le moins, fragile — de l'harmonie juridique atteinte grâce à ce procédé. Si l'on suppose que la même situation soit concurremment soumise aux juges des deux pays et qu'ils fassent tous deux application du renvoi, l'un et l'autre déclareront applicable leur propre droit matériel interne. Une harmonie factice est atteinte si un juge fait application du renvoi, l'autre non ».

saisies simultanément »¹⁷⁷⁰. Cependant, en pratique, d'autres problèmes peuvent être engendrés par l'utilisation du renvoi. Il s'agit du cercle vicieux, et parfois de la chaîne infinie.

b) *L'incompatibilité de résultat au regard du cercle vicieux ou de la chaîne infinie*

1294. Les hypothèses de cercles vicieux ou de chaînes infinies. L'ultime difficulté auquel est confronté le renvoi en pratique est celle du cercle vicieux ou de la chaîne sans fin. Il s'agit d'hypothèses qui se déroulent, en principe, lorsque la situation internationale fait l'objet d'un renvoi au second degré. Dans l'hypothèse du cercle vicieux, « le renvoi au second degré aboutit à une loi dont la règle de conflit désigne la loi ou une des lois précédemment consultées »¹⁷⁷¹. Mais il se peut également, dans le cadre d'une chaîne infinie, que « la règle de conflit de pays tiers refuse la compétence offerte à sa loi interne », et « qu'elle renvoie à la loi d'un autre pays, et ainsi de suite, de telle sorte qu'à la limite il est concevable que l'on fasse le tour du monde sans découvrir de loi qui accepte de s'appliquer » ; tout comme « il se peut (...) que la règle de conflit du pays tiers (...) considère comme compétente la loi du pays initialement désignée par la règle de conflit du for ou l'une des lois intermédiaires »¹⁷⁷². Par conséquent, il est possible, en recourant au renvoi au second degré que le renvoi s'opère indéfiniment ou alors qu'il tourne en rond sur lui-même. Quel que soit le cas, ce genre d'incidents ne peut être toléré puisqu'ils sont facteurs d'insécurité juridique pour les sujets de droit. De plus, s'il est considéré que le mécanisme du renvoi est le fruit de l'indivisibilité des règles matérielles et des règles de conflit¹⁷⁷³, alors l'hypothèse du cercle vicieux serait théoriquement imputable également au renvoi au premier degré. Ainsi, au regard de cette conception, « si le droit étranger renvoie au droit du for, celui-ci retourne, par hypothèse, la compétence et il se produit un mouvement continuuel de va-et-vient »¹⁷⁷⁴.

1295. Un résultat incompatible avec la fonction de la méthode conflictuelle. Quel que soit le cas, chacun traduit une « source de conflit insoluble »¹⁷⁷⁵ qui ne peut être viable dans le système applicable au droit des conflits de lois. Une nouvelle fois, si aucune confusion n'était opérée entre les règles matérielles et les règles conflictuelles, aucune situation internationale ne pourrait être soumise à une infinité de règles de conflit ou à des règles de conflit faisant l'objet d'un cercle vicieux. Ces défauts incurables imputables à la théorie du

¹⁷⁷⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 283. .

¹⁷⁷¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 308.

¹⁷⁷² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 291.6°.

¹⁷⁷³ Cf. *supra* § 1246 et s.

¹⁷⁷⁴ J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », *op. cit.*, Fasc. 532-1, § 25.

¹⁷⁷⁵ Y. Lequette, *Renvoi, op. cit.*, § 38.

renvoi invitent à en rejeter son application en droit positif puisqu'elle n'est pas compatible avec la philosophie de la méthode conflictuelle et conduit à remettre en cause sa juste application. Or, au regard de l'utilisation pratique qui est faite du renvoi, d'autres objections peuvent lui être imputées tendant à son rejet définitif.

B. L'APPLICATION SELECTIVE DU RENVOI CONTRAIRE A LA PREVISIBILITE JURIDIQUE

1296. Hormis les objections théoriques imputables au mécanisme du renvoi, celui-ci fait également l'objet de critiques davantage pratiques. Malgré le bon nombre d'avantages, notamment pragmatiques, dont il peut faire preuve, il présente un désavantage manifeste quant à son régime dans la mesure où son application est nettement sélective, voire même instable (1). Or, une telle mise en œuvre du mécanisme par les différents ordres juridiques conduit indubitablement à des solutions aléatoires, lesquelles favorisent l'imprévisibilité juridique (2).

1) Un mécanisme d'application sélective : le régime instable du renvoi

1297. Si le mécanisme du renvoi est admis dans son principe, son application est autrement différente dans la mesure où elle fait l'objet d'une certaine sélection qui en fait un mécanisme au cas par cas. La mouvance dans le régime du renvoi est due au fait qu'il est fonction de l'objectif poursuivi par la règle de conflit (a). Par conséquent, son application est parfaitement variable d'un domaine à l'autre (b).

a) Un régime mouvant fonction de l'objectif de la règle de conflit

1298. Une application sélective du renvoi. En pratique, le renvoi présente le désavantage de faire l'objet d'une application pouvant être considérée comme sélective, c'est-à-dire conditionnée par la règle de conflit elle-même.

1299. Une application conditionnée à un rattachement abstrait. Tout d'abord, le mécanisme du renvoi ne s'accommode que des règles de conflit dont le rattachement retenu par cette dernière est abstrait. En effet, « lorsque la règle de conflit prescrit d'appliquer la loi du pays avec lequel la situation a les liens les plus étroits (...) le renvoi doit logiquement être écarté »¹⁷⁷⁶ afin de ne pas déjouer la localisation précise qui doit être effectuée du rapport de droit. « En revanche, si la règle de conflit (...) se contente (...) d'un critère abstrait (par exemple le lieu du délit) (...), il n'y a pas de raison d'écarter un renvoi qui est alors conforme

¹⁷⁷⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 311.

au sens de la règle de conflit »¹⁷⁷⁷. Par conséquent, le renvoi ne peut être qu'un « mécanisme de correction » qui ne joue que lorsqu'on « est en présence d'une règle de conflit de type traditionnel utilisant un rattachement abstraitement défini »¹⁷⁷⁸.

De surcroît, bien qu'admis en droit positif, tant en droit interne que par le droit supranational, « le renvoi paraît voué à une certaine désuétude »¹⁷⁷⁹. En effet, « traditionnellement exclu lorsque le règle de conflit autorise les parties à désigner la loi applicable, pour ne pas déjouer les prévisions des parties, ou lorsque la règle de conflit est à coloration matérielle, pour ne pas la détourner de son objectif, il est en outre quasi-systématiquement délaissé dans les conventions internationales et les règlements européens de droit international privé »¹⁷⁸⁰. Ceci s'explique dans la mesure où « dès lors que l'objectif de coordination des ordres juridiques est atteint par l'harmonisation des règles de conflit, l'usage du renvoi aux mêmes fins ne se justifie plus et son abandon constitue un facteur de simplification bienvenue »¹⁷⁸¹. En d'autres termes, le renvoi se fonde dans une société internationale aspirant au particularisme. *A contrario*, le renvoi a vocation à disparaître dans un système universaliste. C'est pourquoi il faut préconiser sa suppression dans un système promoteur d'égalité de traitement.

1300. Une application conditionnée au résultat escompté. En outre, « le mécanisme général du renvoi (est) affecté par le résultat auquel il (peut) aboutir »¹⁷⁸². En effet, « il est généralement admis que le renvoi doit être écarté lorsque son résultat est incompatible avec l'objectif poursuivi par la règle de conflit »¹⁷⁸³. De la même manière, il est possible que le renvoi soit admis « en présence d'une règle de conflit à finalité matérielle (...) lorsque le résultat souhaité par le droit du for ne peut être atteint que par ce moyen »¹⁷⁸⁴. Ainsi, objet du résultat matériel recherché, « tantôt le renvoi sera écarté à raison de son résultat ; tantôt il sera accepté en fonction de son résultat »¹⁷⁸⁵. L'arrêt *Forgo* en est l'exemple type puisque l'application du renvoi à la situation internationale « avait pour effet de faire échoir à l'Etat français une succession importante »¹⁷⁸⁶. Ces deux considérations invitent alors

¹⁷⁷⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 311.

¹⁷⁷⁸ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 49.

¹⁷⁷⁹ S. Clavel, *op. cit.*, § 109.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*

¹⁷⁸¹ *Ibid.*

¹⁷⁸² E. Agostini, « Le mécanisme du renvoi », *RCDIP* 2013, p. 545, § 14.

¹⁷⁸³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 316.

¹⁷⁸⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 311.

¹⁷⁸⁵ E. Agostini, *op. cit.*, § 14.

¹⁷⁸⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 285.

à penser que le mécanisme du renvoi est fonction de la règle de conflit selon que celle-ci soit abstraite ou à caractère substantiel¹⁷⁸⁷. Dans la mesure où le mécanisme n'est donc pas généralisable, il fait l'objet d'une application sélective dont les frontières paraissent bien poreuses. De cette manière, le renvoi n'est applicable que dans certaines matières.

b) *Un régime variable d'un domaine d'application à l'autre*

1301. L'admission du renvoi dans certains domaines. Si la question du renvoi est tranchée dans son principe, il reste qu'« aucun accord ne s'est dégagé quant au traitement à lui réserver »¹⁷⁸⁸. Par conséquent « l'admission ou le rejet du renvoi dépendent de la matière dans laquelle la question s'élève »¹⁷⁸⁹. Au regard du droit positif français, il se dégage une règle particulière selon laquelle « la jurisprudence exclut le renvoi dans l'application de la loi d'autonomie, c'est-à-dire en matière de contrats et de régimes matrimoniaux »¹⁷⁹⁰. Afin de ne pas déjouer les règles de conflit applicables à ces matières lesquelles sont astreintes à l'autonomie de la volonté, il est nécessaire d'exclure le renvoi puisqu'il viendrait perturber les prévisions des parties. De la même manière, le domaine de la forme des actes juridiques est exclu dans la mesure où « la règle *locus regit actum* » a pour « objectif essentiel (...) de garantir la validité d'un acte juridique lorsque les parties l'ont passé dans les formes prévues par la loi du lieu de conclusion »¹⁷⁹¹. *A contrario*, s'il est un domaine où le renvoi est admis c'est celui des successions puisqu'il a fait l'objet d'un véritable encadrement jurisprudentiel depuis l'arrêt *Forgo*¹⁷⁹² jusqu'à l'arrêt *Riley*¹⁷⁹³ qui consacre le renvoi à condition qu'il conduise à l'unité de la loi applicable. Toutefois, si « les domaines prédilection du renvoi ont

¹⁷⁸⁷ M. Attal et A. Raynouard, *op. cit.*, § 794 et 795.

¹⁷⁸⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 288.

¹⁷⁸⁹ *Ibid.*

¹⁷⁹⁰ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 226.

¹⁷⁹¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 320.

¹⁷⁹² Cass., Civ., 24 juin 1878, *Forgo*, préc.

¹⁷⁹³ Cass., Civ. 1^{ère}, 11 fév. 2009, *Riley*, préc.

pendant longtemps été le statut successoral et le statut personnel », « de multiples facteurs conduisent à réduire aujourd'hui très sensiblement ce domaine »¹⁷⁹⁴.

1302. L'admission du renvoi incertaine dans certaines matières. En outre, il est des domaines qui restent soumis à de véritables incertitudes, comme celui de la filiation. Effectivement, depuis la réforme de la filiation par la loi du 3 janvier 1972, la question reste en suspens de savoir si la filiation demeure partiellement soumise au mécanisme du renvoi, notamment l'article 311-14 du Code civil¹⁷⁹⁵. Par conséquent, si la jurisprudence de second degré s'est prononcée en défaveur du renvoi, la question n'a toujours pas été tranchée par la Cour de cassation¹⁷⁹⁶. Or, ce questionnement des juristes invite à constater l'étanchéité du mécanisme du renvoi. Il existe des domaines pour lesquels il est impossible de déterminer en amont si les règles de conflit vont faire l'objet d'un renvoi. Finalement, que ce soit le système français ou les autres, « beaucoup (...) n'ont pas une position absolument univoque »¹⁷⁹⁷ sur l'application qui est faite du renvoi. Cette attitude est regrettable dans la mesure où elle conduit indubitablement à un aléa de solutions¹⁷⁹⁸.

2) Une application aléatoire astreinte à l'imprévisibilité juridique

1303. L'absence de régime encadré du renvoi conduit à traiter de manière assez aléatoire les situations internationales. En effet, d'une part, son application est totalement soumise à la libre appréciation du juge saisi (a), et d'autre part, elle invite les sujets de droit au *forum shopping* (b).

¹⁷⁹⁴ M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, § 355, précisant notamment : « Pour les successions mobilières, c'est la consécration jurisprudentielle de la compétence de la loi du dernier domicile du défunt, qui supprime l'hypothèse antérieurement fréquent du renvoi de la loi nationale à la loi du domicile. Avec l'entrée en vigueur du règlement européen sur les successions internationales, les occasions de faire jouer le renvoi en cette matière seront encore plus réduites. Dans le domaine de l'état et la capacité des personnes, c'est l'émergence de nouvelles règles de droit international privé, dont la nature n'est pas toujours compatible avec le mécanisme du renvoi. Et dans les domaines subsistants, il faut encore soustraire toutes les questions relevant du champ d'application d'une convention internationale ou d'un règlement de l'Union européenne, lesquels sont de plus en plus nombreux et excluent presque toujours le renvoi, tels que les règlements Rome II en matière délictuelle et Rome III en matière de divorce ».

¹⁷⁹⁵ Voir en ce sens : Ph. Malaurie, « La législation de droit international privé en matière de statut personnel », *TCFDIP 1975-1977*, spéc. p. 187 : « C'est une question discutée que de savoir si la désignation de la loi de la mère par l'article 311-14 admet le renvoi. On connaît le syndrome : ceux qui sont hostiles aux nouveaux rattachements de l'établissement de la filiation sont pour le renvoi, ceux qui y sont favorables sont contre le renvoi. Ce qui fait penser à un autre syndrome contemporain : ceux qui sont contre l'avortement sont pour la peine de mort, ceux qui sont pour l'avortement sont contre la peine de mort ».

¹⁷⁹⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 615.

¹⁷⁹⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 288.

¹⁷⁹⁸ Voir en ce sens : W. Wengler, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 202 : « L'acceptation du renvoi (...) détermine à son tour une répartition inégale des champs d'application entre les différents systèmes de droit privé ».

a) *Un outil soumis à la libre appréciation du juge dans sa mise en œuvre*

1304. Un mécanisme vecteur d'insécurité juridique. Rigaud affirmait que « le renvoi doit être rejeté (...) parce qu'il augmente dans les affaires privées internationales l'insécurité – déjà due à la diversité des règles de conflit – par des combinaisons, entre ces règles, appuyées sur des raisonnements dont le point de départ est vicieux, dont les conséquences sont surtout imprévisibles, puisqu'on ne sait pas d'avance jusqu'où le juge ira ou s'arrêtera pour opérer son choix de la loi applicable »¹⁷⁹⁹.

1305. Un mécanisme soumis à l'arbitraire du juge. La position adoptée par Rigaud est juste dans la mesure où la manière dont le mécanisme du renvoi est utilisé conduit à en faire un mécanisme aux mains du juge. Ainsi, l'accueil et le rejet du renvoi « vont (...) dépendre du sens des règles de conflit du for qui déclenchent le mécanisme »¹⁸⁰⁰. Or, ce sont « les considérations présid(ant) au choix du rattachement dans une matière donnée (qui vont) inspirer la solution au problème du renvoi »¹⁸⁰¹. En estimant que l'application du renvoi ne joue qu'à l'égard de règles à rattachement abstrait afin de parvenir à un résultat déterminé, il semble bien qu'il s'agisse d'un mécanisme soumis à l'arbitraire du juge saisi. C'est pourquoi en droit positif, la délimitation du domaine d'application du mécanisme est difficile. De plus, cette manière de procéder empêche une véritable harmonisation dans l'emploi du mécanisme du renvoi¹⁸⁰². D'ailleurs, « le droit positif comparé révèle une palette d'attitudes, jusque dans les codifications récentes ». Aucune solution commune ne se dégage si ce n'est l'admission du renvoi dans son principe¹⁸⁰³.

1306. Un rejet souhaité. Le régime parfaitement incomplet auquel est soumis le renvoi invite donc à le rejeter puisqu'il conduit à un aléa de solutions et à une véritable imprévisibilité juridique dans le traitement des situations internationales. De plus, dans la

¹⁷⁹⁹ L. Rigaud, *op. cit.*, spéc. p. 546 et s.

¹⁸⁰⁰ E. Agostini, *op. cit.*, § 3.

¹⁸⁰¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 288.

¹⁸⁰² Voir en ce sens, Cass., Civ. 1^{ère}, 15 mai 2018, n°17-11.571, *D. actualité*, 28 mai 2018, note F. Mélin ; *Dalloz* 2018, p. 2384, note S. Godechot-Patris ; *Dalloz* 2019, p. 1016, note S. Clavel ; dans lequel le renvoi est conditionné par les règles de conflit du pays renvoyant puisque la Cour considère que « lorsqu'une succession comporte des immeubles situés dans l'un et l'autre des deux pays dont le défunt a la nationalité, le renvoi opéré par la loi du lieu de situation de l'immeuble impose que le critère de rattachement à la loi nationale du défunt soit apprécié selon les règles de conflit de lois prévues par la loi du pas renvoyant ».

¹⁸⁰³ Voir en ce sens à propos de l'amointrissement de son domaine : J. Foyer, « Requiem pour le renvoi ? », *TCFDIP* 1980-1981, spéc. p. 107 : « A examiner l'état du renvoi en 1980, on se dit qu'il souffre d'une maladie de langueur, d'une anémie, d'une paralysie qui s'étend peu à peu à tout son organisme. Cette constatation ne serait peut-être pas trop inquiétante s'il ne s'agissait que d'un mal français atteignant seulement les règles de conflit de lois d'origine interne. Mais le mal plus profond a gagné également les règles de conflit d'origine conventionnelle ».

mesure où aucune solution uniforme ne peut être dégagée à l'international, le mécanisme pourrait inciter au *forum shopping*.

b) *Un procédé vecteur de forum shopping*

1307. L'incitation au *forum shopping*. Le renvoi ne peut faire l'objet d'une application harmonisée dans un cas donné puisque chaque ordre juridique traite selon ses conceptions le mécanisme. Celui-ci est alors inutile puisqu'il favorise le *forum shopping*. En effet, dans la mesure où chaque Etat use du renvoi comme bon lui semble selon le résultat matériel qu'il souhaite atteindre, aucune harmonie ne peut naître. Or, si le régime du renvoi est mouvant selon l'ordre juridique en cause, il est supposé que les sujets de droit préfèrent saisir l'ordre juridique qui leur permet d'atteindre le résultat qu'ils recherchent eux-mêmes. Par conséquent, hormis la liberté de pouvoir laissée au juge, l'absence d'encadrement du régime du renvoi va conduire les sujets de droit au *forum shopping*.

1308. L'abolition du renvoi par respect de l'égalité de traitement. De tels défauts imputables au mécanisme du renvoi confirment son rejet. En effet, il favorise l'imprévisibilité juridique et l'insécurité juridique, lesquelles doivent être absolument évincées dans un système neutre et égalitaire de droit des conflits de lois. Néanmoins, certaines solutions ont été proposées afin de tenter de mettre fin aux carences imputables au renvoi.

§ 2 – LE REJET PRECONISE DU RENVOI DANS UN SYSTEME BILATERAL EN L'ABSENCE DE REMEDES SUFFISANTS

1309. Dans la mesure où le régime du renvoi est atteint par de nombreux défauts, certaines doctrines ont tenté d'y remédier. Néanmoins celles-ci se sont avérées insuffisantes face à la défectuosité incurable du régime du renvoi (A). C'est pourquoi conformément aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement, il convient de se prononcer pour un rejet unanime du mécanisme par respect de la méthode conflictuelle bilatérale (B).

A. DES SOLUTIONS DOCTRINALES INSUFFISANTES FACE AUX DEFAUTS DU RENVOI

1310. Dans la mesure où le renvoi, tel qu'il est conçu aujourd'hui, présente de nombreuses carences, certains auteurs se sont souciés d'y remédier. De cette façon, une approche fonctionnelle a pu être proposée afin d'encadrer strictement le régime du renvoi c'est-à-dire de déterminer dans quelles hypothèses celui-ci devrait jouer. L'objectif était d'en faire un mécanisme dont l'application demeure exceptionnelle. Cependant, en faisant dépendre sa mise en œuvre d'une idéologie fonctionnelle, les défauts imputables au

mécanisme se sont nécessairement maintenus (1). Également, une autre doctrine a prôné une application harmonisée du renvoi par les différents ordres juridiques en recourant à un double-renvoi. Or, malgré l'avantage de l'uniformité que présente cette conception, celle-ci ne constitue que les prémices d'une méthode adaptée à l'utilisation du renvoi (2).

1) La proposition d'un renvoi exceptionnel guidé par une approche fonctionnelle

1311. Pour remédier à la variabilité d'application du renvoi, une utilisation exceptionnelle du renvoi a été proposée en fonction du but poursuivi par la règle de conflit (a). Malgré la tentative d'encadrement, il ne s'agit véritablement que d'une approche artificielle ne remédiant pas à l'imprévisibilité juridique provoquée par la mise en œuvre du renvoi (b).

a) Une utilisation exceptionnelle en fonction du but poursuivi par la règle de conflit

1312. Une application à titre exceptionnel. Face aux difficultés que soulève la mise en œuvre du renvoi, certains auteurs ont tenté de proposer des méthodes d'encadrement dans l'application du renvoi. En effet, afin de limiter son recours et de n'en faire qu'un mécanisme exceptionnel, Francescakis s'est résolu à une approche qualifiée de fonctionnelle. Ainsi, « le principe serait non l'admission du renvoi mais son rejet, le renvoi ne jouant qu'à titre exceptionnel dans des hypothèses limitativement énumérées »¹⁸⁰⁴. Une telle conception s'inscrit parfaitement avec l'objectif de prévisibilité juridique qui n'est pas atteint au regard des applications actuellement faites du renvoi.

1313. Une application fonction du résultat recherché. Francescakis partait du postulat selon lequel « le fonctionnement de la règle de conflit apparaît (...) comme constamment dominé par la considération concrète du résultat à atteindre »¹⁸⁰⁵. Ainsi, il considérait que « le renvoi devrait (...) être limité aux hypothèses dans lesquelles le but que l'on se propose d'atteindre en rend l'application nécessaire »¹⁸⁰⁶. Cette nécessité dépendrait alors « du point de savoir si l'Etat étranger a un intérêt à l'application de sa propre loi interne ou à celle de la loi étrangère par sa règle de conflit »¹⁸⁰⁷. Or, « constatant que le renvoi n'a été admis qu'en matière de successions et de statut personnel dans le sens nationalité-domicile », Francescakis « préconisait de le cantonner à ces cas »¹⁸⁰⁸. Sa doctrine a fait l'objet « ces

¹⁸⁰⁴ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 30.

¹⁸⁰⁵ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, *op. cit.*, § 269.

¹⁸⁰⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 310.

¹⁸⁰⁷ *Ibid.*

¹⁸⁰⁸ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 30.

dernières années d'un profond renouvellement » consistant à considérer qu'« il conviendrait de procéder à une interprétation téléologique de chaque règle de conflit afin de déterminer si le renvoi est reçu ou non »¹⁸⁰⁹.

1314. Une doctrine source de prévisibilité juridique. La méthode proposée par Francescakis répond aux exigences de prévisibilité juridique qui font défaut dans l'utilisation actuelle du renvoi. Il est effectivement indispensable que le régime du renvoi soit encadré afin d'écartier toute application aléatoire du mécanisme. Cependant, si sa doctrine semble garantir une mise en œuvre stricte, cela n'est qu'un artifice puisque le régime est fonction du but poursuivi.

b) Une approche fonctionnelle vraisemblablement artificielle

1315. Un renvoi aux mains du juge. La proposition faite par Francescakis de retenir le renvoi comme un mécanisme d'exception et non plus de principe, limité à des hypothèses strictes, est parfaitement louable. Cependant, le processus de détermination de ces hypothèses l'est nettement moins dans la mesure où il est fonction du but poursuivi par la règle de conflit. En effet, la méthode proposée revient à laisser au juge le pouvoir de décider quels sont les cas dans lesquels le renvoi doit s'appliquer. Par conséquent, le juge français, « pour déterminer s'il doit appliquer le renvoi » doit « rechercher, dans chaque cas, si le législateur étranger a intérêt à l'application de sa loi interne ou d'une autre loi ». Cette méthode consisterait à fortement alourdir la tâche du juge en déterminant au cas par cas si le renvoi doit s'appliquer. Or, il semble qu'une telle manière de procéder soit inenvisageable en droit positif.

1316. Le retour de l'imprévisibilité juridique. D'une part, une analyse au cas par cas de chaque règle de conflit se concilie relativement mal avec la mouvance actuelle des législations du droit des conflits de lois. Ainsi, l'application du renvoi serait en perpétuelle évolution et ne ferait finalement pas l'objet d'un véritable encadrement. D'autre part, en optant pour une appréciation casuelle de chaque règle de conflit, les situations internationales sont, une nouvelle fois, soumises à l'arbitraire du juge. De cette manière, aucune solution uniforme ne pourra se dégager au sein d'une communauté puisque chaque juge déterminera l'application du renvoi selon les intérêts qu'il cherche à atteindre. Finalement, cette doctrine conduit aux mêmes critiques qui ont pu être faites en considérant que le renvoi était le propre des règles de conflit substantielles. La méthode préconisée par Francescakis va

¹⁸⁰⁹ Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 31.

nécessairement conduire à l'imprévisibilité juridique¹⁸¹⁰. En outre, cette manière d'envisager le renvoi conduit implicitement à remettre en cause la théorie générale du conflit de lois pour préconiser une simple approche casuistique. Or, il semble qu'il ne soit pas souhaitable d'écarter le régime traditionnellement applicable à la méthode conflictuelle afin de garantir une application neutre et égalitaire du droit international privé. C'est pourquoi une doctrine, exempte de considérations substantielles a également été proposée afin d'y remédier.

2) Les prémices d'un système harmonisé par l'éventuel recours au double renvoi

1317. Malgré les défauts subsistants à l'égard du régime applicable au renvoi dans chaque ordre juridique interne, la doctrine anglo-saxonne a tout de même envisagé de proposer un système permettant de garantir une utilisation du renvoi harmonisée, quelle que soit la juridiction saisie (a). Or, si cette méthode présente l'avantage incontestable d'uniformiser l'application du renvoi, elle n'est malheureusement pas susceptible de généralisation (b).

a) *Le recours souhaité au renvoi anglo-saxon garant de l'harmonisation des solutions*

1318. La théorie du double renvoi. Face au manque d'harmonisation dont fait état le mécanisme du renvoi au regard de son application, une autre doctrine s'est développée dite du double renvoi ou *foreign court theory* sous la plume de Dicey¹⁸¹¹ et Westlake¹⁸¹². Cette doctrine considérait que « le droit international privé anglais se désintéresse de la réglementation des conflits lorsqu'il n'attribue pas compétence à la loi anglaise et que, dans l'esprit du droit anglais, les dispositions internes du droit international privé et la portée internationale du droit interne anglais (...) sont indivisibles »¹⁸¹³. Les auteurs ont alors développé le concept selon lequel « le droit coutumier anglais accepte de se conformer à l'attitude adoptée par la jurisprudence de l'Etat auquel il (offre) la compétence législative » ; et « si cette jurisprudence admet la compétence de la *lex fori*, grâce au renvoi du droit international privé anglais, telle la jurisprudence française, une cour anglaise acceptera le

¹⁸¹⁰ Voir en ce sens : Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 131 : « Il est permis de penser qu'une telle approche, extrêmement périlleuse pour la sécurité juridique et les prévisions des parties puisqu'elle permet à chaque juge d'admettre ou non le renvoi au gré de ses conceptions, ne s'impose nullement. Il est, en effet, toujours possible de raisonner en la matière en termes de principe et d'exceptions en synthétisant ceux-ci autour d'idées-force ».

¹⁸¹¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 309.

¹⁸¹² P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, § 259.

¹⁸¹³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 311.

renvoi de son propre droit international privé à la loi matérielle française »¹⁸¹⁴. En d'autres termes, « l'acceptation par le juge anglais du renvoi opéré par la loi étrangère va dépendre du point de savoir si le juge étranger accepterait lui-même le renvoi opéré par la loi anglaise »¹⁸¹⁵.

1319. Une théorie vectrice d'harmonisation des solutions. Le raisonnement intellectuel consiste « pour la juridiction britannique à rechercher ce qu'aurait fait le juge étranger, placé dans les mêmes circonstances et à calquer son attitude sur la sienne »¹⁸¹⁶. Cette méthode devrait donc être préconisée puisqu'elle présente « l'avantage incontestable de permettre une certaine harmonisation des résultats malgré la contrariété des règles de conflit »¹⁸¹⁷. En effet, si cette doctrine ne résout pas les difficultés liées à l'absence d'encadrement du régime du renvoi à l'échelle nationale, elle permet toutefois de créer un système harmonisé au sein duquel les décisions rendues seraient équivalentes, quelle que soit la juridiction compétente. Il pourrait donc s'agir des débuts d'une procédure d'encadrement du renvoi puisque la prévisibilité juridique serait nettement plus protégée. En effet, si la détermination du régime du renvoi reste à peaufiner dans chaque ordre juridique interne, son application de principe pourrait quant à elle, faire l'objet d'une application uniforme. Cependant, malgré l'avantage que cette méthode peut présenter, elle est insusceptible de généralisation.

b) Une méthode insusceptible de généralisation

1320. Une théorie de portée limitée. Si la doctrine du double renvoi peut constituer le socle sur lequel doit se fonder le régime du renvoi, elle est malheureusement insusceptible de généralisation. D'une part, pour que ce système « puisse être appliqué dans un pays donné, il faut que les autres aient une position établie en matière de renvoi »¹⁸¹⁸. D'autre part, « il n'est viable que si l'autre pays intéressé ne l'applique pas », « sinon les juges de deux pays passeraient leur temps à s'interroger mutuellement »¹⁸¹⁹. Par conséquent, au regard de ces

¹⁸¹⁴ P. Lerebours-Pigeonnière, *op. cit.*, § 259.

¹⁸¹⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 309.

¹⁸¹⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 311.

¹⁸¹⁷ *Ibid.*

¹⁸¹⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 283.

¹⁸¹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 311.

deux considérations, cette méthode n'est pas généralisable. De ce fait, aucun traitement harmonisé des situations internationales ne pourra être garanti grâce à cette méthode¹⁸²⁰.

1321. Un mécanisme éternellement variable. Finalement, il semble que le problème ultime auquel est confronté le renvoi soit sa variabilité. En effet, aucun fondement théorique ne permet de justifier son recours. Sa pratique s'est imposée d'elle-même malgré les défauts qu'il peut présenter, et malgré l'absence d'encadrement dont il fait encore état. Au regard de ces nombreuses défaillances, le mécanisme n'est pas à même de garantir la neutralité de la méthode conflictuelle ni un traitement égalitaire des sujets de droit et ceci, quels que soient les remèdes proposés. C'est pourquoi pour garantir les objectifs du droit des conflits de lois, il serait préférable d'évincer tout simplement le recours à ce mécanisme.

B. LE REJET UNANIME DU RENVOI PAR RESPECT DE LA METHODE BILATERALE

1322. Le mécanisme du renvoi doit être évincé dans un système de droit des conflits de lois construit sur une méthode conflictuelle bilatérale dans la mesure où il ne respecte aucune de ses caractéristiques. D'une part, le renvoi doit être rejeté par respect de l'approche neutre et de proximité du rapport de droit garantie par la méthode (1). D'autre part, il doit

¹⁸²⁰ Voir en ce sens l'illustration de F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 100 : « Le second vice est plus sérieux que le premier. La contribution du renvoi à l'harmonie juridique implique en effet que chacun des juges ait une conception figée du fonctionnement de l'autre système : la règle de conflit étrangère est tenue pour une norme statique que le juge étranger n'aurait pas appliquée avec la modalité du renvoi. S'efforçant de surmonter ce handicap, plusieurs décisions judiciaires anglaises ont fait application du double renvoi. A la loi renvoyante est incorporée l'attitude que le juge du pays dont elle émane aurait adoptée à l'égard du renvoi. Ainsi, la dévolution de la succession mobilière d'une Anglaise domiciliée en Italie est faite selon le droit matériel italien, l'article 30 des dispositions préliminaires du Code civil italien excluant le renvoi, tandis que le statut personnel d'un Anglais domicilié en Allemagne est déterminé selon le droit matériel anglais parce qu'un juge allemand aurait pratiqué un renvoi simple commandé par l'article 27 EGBGB32. Les deux solutions réalisent effectivement l'harmonie juridique parce que le législateur étranger paraît procurer au juge anglais une attitude figée à l'égard du problème du renvoi. A la vérité, l'harmonie n'est sûrement atteinte qu'à l'égard d'une loi — telle la loi italienne — qui prohibe le renvoi. Dans ces conditions, le renvoi simple pratiqué par le juge anglais se combine avec le refus du renvoi posé par le législateur étranger. A l'égard d'un droit qui, comme le fait le droit allemand, accepte le principe du renvoi, l'harmonie reste fragile car rien n'empêche une interprétation jurisprudentielle de ce principe qui inclurait elle aussi le double renvoi. Dans une telle hypothèse et aussi face à un pays dans lequel, comme en Angleterre, le renvoi est une création jurisprudentielle, la généralisation du double renvoi conduirait au blocage du mécanisme. Affronté à un tel système, le juge qui pratique lui-même le double renvoi serait placé dans la situation de deux personnes dont le comportement est régi par une étiquette rigoureuse et qui, devant pénétrer par la même porte, refuseraient obstinément l'une et l'autre de passer la première. Ou encore celle de deux personnes dont l'une invite l'autre à dîner et qui prétendraient toutes deux laisser à l'autre le choix du vin. A certains moments, la courtoisie commande de faire céder son propre code de politesse devant la conception que l'autre entend faire prévaloir. Si ingénieuse qu'elle ait pu paraître, la théorie du double renvoi introduit dans le système de la *lex fori* une mobilité qui ne saurait être partagée par le droit qui y fait face. Le renvoi au premier degré suppose nécessairement que soit imputée au système de la loi renvoyante une fixité que l'hypothèse même du renvoi dénie dans le chef du tribunal saisi ».

également l'être afin d'assurer un traitement universel et égalitaire des sujets de droit placés dans une situation internationale équivalente (2).

1) Le rejet du renvoi par respect d'une localisation neutre de proximité

1323. Traditionnellement, la règle de conflit bilatérale se caractérise par sa neutralité qui constitue le préalable à toute égalité de traitement du sujet de droit. Or, le mécanisme du renvoi est parfaitement incompatible avec ce caractère puisque sa mise en œuvre conduit à le remettre en cause (a). De plus, la méthode conflictuelle bilatérale conduit, par souci de neutralité, à localiser le rapport de droit conformément à une approche concrète de proximité. Cependant, le mécanisme du renvoi est également inconcevable avec ce type de règle de conflit (b).

a) *Un mécanisme incompatible avec le caractère neutre de la règle de conflit bilatérale*

1324. L'incompatibilité du renvoi avec la neutralité de la règle de conflit. La fonction classique du droit des conflits de lois consiste à déterminer le champ d'application dans l'espace des lois potentiellement applicables *via* la méthode conflictuelle. Pour résoudre cette question, il est considéré que la méthode conflictuelle doit être bilatérale par souci d'universalisme et d'égalitarisme¹⁸²¹. Or, comme l'a affirmé le Professeur Lequette, le bilatéralisme est caractérisé par sa neutralité puisque « la règle de conflit traditionnelle opère le choix entre les lois en présence, en faisant abstraction de leur contenu »¹⁸²². Effectivement, toute règle de conflit bilatérale, pour respecter l'égalité de traitement des sujets de droit, se doit au préalable d'être neutre¹⁸²³. Or, l'usage du renvoi est parfaitement incompatible avec le caractère neutre de la méthode conflictuelle bilatérale. Ainsi, « même si la règle de conflit est neutre, le mécanisme général du renvoi sera affecté par le résultat auquel il pourra aboutir »¹⁸²⁴. Par conséquent, le mécanisme du renvoi conduit à évincer le caractère neutre de la règle de conflit puisque son objet est de favoriser ou d'écarter un certain résultat. De cette façon, le mécanisme du renvoi doit nécessairement être rejeté puisqu'il est incompatible avec une méthode conflictuelle bilatérale défendant l'égalité de traitement.

1325. Une confusion terminologique confirmée. De plus, ce propos ne fait que confirmer la doctrine selon laquelle le renvoi ne serait issu que d'une confusion

¹⁸²¹ Cf. *supra* § 742 et s.

¹⁸²² Y. Lequette, « Renvoi », *op. cit.*, § 40.

¹⁸²³ Cf. *supra* § 16.

¹⁸²⁴ E. Agostini, *op. cit.*, § 14.

terminologique entre règle de conflit et loi matérielle¹⁸²⁵. La fonction du droit des conflits de lois, et plus particulièrement de la méthode conflictuelle, consiste à déterminer quelle est la loi matérielle applicable à une situation internationale donnée. En aucun cas, il ne s'agit de désigner une règle de conflit de lois étrangère. Une telle confusion n'est entretenue que dans le seul but de justifier le recours au mécanisme du renvoi lequel tend à fausser le jeu classique de la règle conflictuelle pour atteindre un résultat substantiel. En outre, si le mécanisme du renvoi est incompatible avec le caractère neutre de la règle de conflit bilatérale classique, il l'est plus généralement avec la fonction localisatrice concrète.

b) *Un mécanisme inconcevable au regard d'une localisation concrète du rapport de droit*

1326. L'impossible conciliation du renvoi avec les rattachements concrets.

Précisément, pour conserver le caractère neutre de la règle de conflit bilatérale au travers de la localisation du rapport de droit dans l'espace, il convient de lui attribuer un rattachement concret. Ce rattachement doit conduire à déterminer quelle loi a la prétention la plus légitime à s'appliquer à la situation internationale en termes de proximité. C'est pourquoi par souci de neutralité et d'égalité de traitement, doit toujours être recherchée la loi qui présente les liens plus étroits¹⁸²⁶. Or, le renvoi s'accommode des règles de conflit abstraites. Par conséquent, il ne s'accorde pas avec une philosophie concrète du rapport de droit. Lorsque la règle de conflit conduit à rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits, « le renvoi doit logiquement être écarté »¹⁸²⁷ puisque « plus une règle de conflit est précise, plus elle répugne au renvoi »¹⁸²⁸. En effet, « on ne comprendrait pas (...) que l'effort demandé au juge de procéder à une localisation ponctuelle minutieuse de la situation soit anéanti par l'application de la règle de conflit de l'état ainsi désigné, qui renverrait à une loi avec laquelle, par hypothèse, la situation aurait des liens moins étroits »¹⁸²⁹.

1327. Un mécanisme incompatible avec une localisation de proximité. De surcroît, la pratique du renvoi ne fait que confirmer son incompatibilité avec la loi des liens les plus étroits. En effet, classiquement le renvoi, notamment au premier degré, conduit à appliquer la loi du for. Or, « le principe de proximité traditionnel serait respecté si on pouvait

¹⁸²⁵ Cf. *supra* § 1289 et s.

¹⁸²⁶ Cf. *supra* § 987.

¹⁸²⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 311.

¹⁸²⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 292.

¹⁸²⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 311.

dire que la loi du for est, dans l'abstrait, la loi la plus proche »¹⁸³⁰. Cependant, « celle-ci (n') est (que) la conviction de l'Etat que le for juge la plus proche de l'espèce »¹⁸³¹. En aucun cas la loi du for ne constitue par principe la loi qui présente les liens les plus étroits. Par conséquent, le mécanisme du renvoi ne s'inscrit aucunement dans une optique de traitement de proximité. Or, dans la mesure où la localisation du rapport de droit doit nécessairement être concrète pour conserver la neutralité reconnue à toute règle de conflit bilatérale, le renvoi ne peut être admis. Il en serait autrement si les règles de conflit abstraites étaient défendues puisqu'il s'agit de son terrain de prédilection.

1328. L'abolition du renvoi conseillée par respect des caractères de la méthode bilatérale. Ainsi le mécanisme du renvoi est totalement incompatible avec le caractère neutre de la règle de conflit bilatérale classique, et plus précisément avec une approche de proximité au travers de la localisation du rapport de droit. Or, ce sont les préalables nécessaires à une égalité de traitement. Par conséquent, le renvoi doit être rejeté à ce titre. En sus, outre l'irrespect de la neutralité de la méthode, il ne respecte pas non plus dans sa mise en œuvre l'égalité de traitement des sujets de droit.

2) Le rejet du renvoi par mesure d'égalité de traitement et d'universalisme

1329. Le renvoi, en raison de son absence de neutralité, conduit à une variabilité d'application puisque celle-ci est fonction du résultat substantiel visé par l'ordre juridique du for. Par conséquent, il s'agit d'un procédé sélectif contraire à toute égalité de traitement (a). En outre, ce caractère aléatoire issu d'une approche matérialiste constitue un obstacle à une éventuelle universalisation du mécanisme (b).

a) *Un procédé sélectif fonction du résultat substantiel visé par l'ordre juridique du for*

1330. Un mécanisme aléatoire. L'étude du renvoi, qu'elle soit théorique ou pratique, conduit à constater qu'il s'agit d'un procédé aléatoire dans la mesure où il est orienté par les intérêts de l'ordre juridique du for. Ainsi, le renvoi est un mécanisme sélectif qui est fonction d'un résultat substantiel, lequel peut varier d'un ordre juridique à l'autre. De cette façon, « le renvoi se justifie dans certaines matières et doit être écarté dans d'autres, en fonction d'une analyse propre à chacune »¹⁸³². Son application est donc fragmentaire

¹⁸³⁰ T. Ballarino et G. Paolo Romano, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, op. cit., § 9.

¹⁸³¹ *Ibid.*

¹⁸³² B. Audit et L. d'Avout, op. cit., § 292.

puisqu'elle est fonction de l'ordre juridique saisi, du résultat matériel visé ou encore de la matière concernée.

1331. Un mécanisme contraire à l'égalité de traitement. Néanmoins, dans la majorité des cas, le renvoi a pour objet de conduire le juge du for à appliquer la loi du for. L'objectif de chaque ordre juridique serait donc « de fortifier la loi interne (du for) en éliminant l'intrusion de la loi étrangère » dans la mesure où cette solution « fortifie sa cohérence et son autorité en éliminant la loi interne étrangère »¹⁸³³. Finalement, tout ordre juridique rechercherait, dans le mécanisme du renvoi, la simple application de la loi du for. Il serait presque possible de considérer que l'application du mécanisme n'est plus sélective. Cependant, elle conduit à un cloisonnement complet de chaque système dont chacun ne souhaite que l'application de sa propre loi. Il serait parfaitement contraire à l'égalité de traitement des situations internationales de procéder de cette façon puisque d'un ordre juridique à l'autre, la solution serait totalement variable. De plus, cette application sélective et/ou cloisonnée du renvoi exclut toute idée d'universalisme de la méthode du droit des conflits de lois.

b) Un procédé aléatoire excluant toute application universelle

1332. Un obstacle à l'unification du droit. Dans la mesure où la mise en œuvre du renvoi est aléatoire, elle constitue un obstacle à une unification des Etats à l'égard de son application. Si son admission semble pouvoir être universelle, son application ne le sera jamais puisqu'elle est fonction d'un résultat substantiel et sera soumise au libre arbitre du juge saisi. C'est pourquoi « la tendance contemporaine à tenir compte du résultat de l'application des règles de conflit ne peut qu'accentuer le relativisme de l'attitude à l'égard du renvoi ». En effet, le caractère fragmentaire du renvoi est totalement contraire à un esprit universaliste tendant à l'égalité de traitement des sujets de droit. Par conséquent, une nouvelle fois, le renvoi ne se concilie pas avec une méthode conflictuelle bilatérale classique dont l'objectif est d'atteindre un certain universalisme afin de garantir une égalité de traitement. En effet, « la situation de renvoi rend manifeste le caractère illusoire du versant substantiel de ce bilatéralisme des origines, c'est-à-dire l'universalité du critère d'une telle action »¹⁸³⁴.

¹⁸³³ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, op. cit.*, § 131.

¹⁸³⁴ G. Paolo Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé*, Thèse d'habilitation, Saint-Gall, 2014, LGDJ, 2014, 1^{ère} éd., § 110.

En sus, il convient de rappeler que le renvoi a principalement vocation à ne jouer que dans les systèmes considérés comme particularistes afin de permettre une harmonisation du conflit de lois¹⁸³⁵. Ainsi, il s'agit d'un mécanisme au service de la coordination des systèmes. Or, il serait nécessairement moins justifié dans un système universel puisque l'harmonisation des solutions serait inhérente à la nature même de celui-ci et que la règle de conflit pointerait en principe toujours dans la même direction. C'est pourquoi sa suppression doit d'autant plus être sollicitée puisqu'il s'agirait d'un mécanisme vraisemblablement superfétatoire au sein d'un système universel.

1333. Le recul du droit positif à l'égard du renvoi. En outre, il semble que le droit positif se soit ravisé à l'égard d'une utilisation fréquente du renvoi en droit des conflits de lois. Il apparaît que « les Conventions de La Haye postérieures à la Seconde Guerre mondiale excluent normalement le renvoi puisqu'elles se réfèrent expressément à la loi interne du pays qu'elles désignent » ; « de même, les règlements européens édictés depuis le début des années 2000 excluent de façon générale le renvoi »¹⁸³⁶. Cette attitude adoptée par les ordres juridiques régionaux ne fait que vérifier que le renvoi a tendance à s'éteindre dès lors qu'un pan du droit parvient à s'uniformiser. C'est pourquoi, cette démarche doit être poursuivie. Le seul point pouvant être universalisé à l'égard du renvoi est son exclusion en droit positif.

1334. Le rejet du renvoi nécessaire au respect de l'égalité de traitement. Finalement, afin de respecter l'égalité de traitement, au regard d'une méthode conflictuelle bilatérale classique, le renvoi doit absolument être rejeté. Il ne s'agit que d'une vue de l'esprit construite afin de favoriser certains résultats substantiels. Il ne peut constituer un mécanisme respectueux de la neutralité de la méthode, comme il ne peut être garant d'une égalité de traitement, car seul son principe pourrait faire l'objet d'une admission unanime. Dans la mesure où il conduit à une application individuelle et aléatoire, il doit être effacé du système. Tant que ce mécanisme d'exception subsistera, des divergences de traitement entre sujets de droit placés dans une situation équivalente persisteront. Tout dépendra du résultat substantiel recherché par le juge saisi.

¹⁸³⁵ Cf. *supra* § 1279 et s.

¹⁸³⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 297.2°.

SECTION 2 : LES CONFLITS DE LOIS DANS LE TEMPS ET L'ESPACE REFORMES AU REGARD DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

1335. Hormis le mécanisme du renvoi, la méthode conflictuelle peut être perturbée au stade de la désignation de la règle de conflit de lois par deux autres éléments. Il s'agit des hypothèses de conflits de lois dans le temps et de conflits de lois dans l'espace, lesquelles invitent à s'interroger sur l'application de la règle de conflit ancienne ou nouvelle au cas d'espèce. Ces mécanismes perturbateurs, tout comme le renvoi, ont fait l'objet de nombreuses doctrines, et sont encadrés par le droit positif. Cependant, il convient de les analyser au regard des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement afin de rechercher la méthode qui en est la plus respectueuse. Or, il apparaît qu'une résolution du conflit de droit transitoire international compatible avec la méthode conflictuelle bilatérale est envisageable (sous-section 1). De la même façon, cette conformité à ladite méthode peut s'étendre au conflit mobile grâce à son abolition qui est susceptible d'être engendrée par le recours à la méthode bilatérale à rattachement aux liens les plus étroits (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA RESOLUTION DU CONFLIT DE LOIS DANS LE TEMPS CONFORMEMENT A LA FONCTION DU DROIT TRANSITOIRE

1336. Bien que la méthode conflictuelle traditionnelle puisse être perturbée par le mécanisme du renvoi, elle peut également l'être par un conflit de droit transitoire international. Il s'agit de l'hypothèse selon laquelle se produit « un conflit dans le temps » qui « affecte la règle de droit international privé »¹⁸³⁷. Plus précisément, il est question d'un changement de législations internationales c'est-à-dire que la règle de conflit applicable à la situation d'espèce a fait l'objet d'une modification législative. Ainsi, pour résoudre ce conflit, il convient de se demander laquelle de la règle de conflit nouvelle ou de la règle de conflit ancienne doit s'appliquer. C'est pourquoi de nombreuses doctrines ont été proposées pour résoudre le conflit de droit transitoire. Cependant, chacune d'elles s'avère incompatible avec la nature de la règle de conflit bilatérale classique (§ 1). Par conséquent, il serait préférable de se tourner vers la réalisation de règles communes conformes à l'égalité de traitement des sujets de droit (§ 2).

¹⁸³⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 323.

§ 1 – DES SOLUTIONS CLASSIQUES INCOMPATIBLES AVEC LA NATURE DE LA REGLE BILATERALE

1337. Face au problème de droit transitoire que peut soulever le droit international privé, notamment en matière de conflits de lois, de nombreuses doctrines ont été proposées afin de trouver une méthode permettant de résoudre les conflits de lois dans le temps. D'une part, des solutions considérées comme traditionnelles ont été défendues. Cependant, celles-ci se sont avérées inappropriées aux objectifs promus par le droit des conflits de lois (A). C'est pourquoi et d'autre part, a ensuite été recherchée une méthode uniforme compatible avec la structure de la règle de conflit bilatérale classique. Cependant, les résultats du droit positif se sont révélés insatisfaisants (B).

A. DES SOLUTIONS TRADITIONNELLES INAPPROPRIÉES AUX OBJECTIFS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

1338. Pour solutionner le conflit de droit transitoire, diverses réponses peuvent être données puisque le débat se déroule entre l'application de la règle de conflit ancienne ou nouvelle. Néanmoins, il semble qu'une méthode absolue entre l'application unique de l'une ou l'autre s'avère impertinente et injustifiée (1). C'est pourquoi il convient de recourir à une approche intermédiaire dans laquelle tant l'une que l'autre aurait vocation à s'appliquer. Cependant, il semble que les doctrines intermédiaires soient inefficaces face à la résolution du conflit de droit transitoire (2).

1) L'impertinence de toute solution drastique entre règle de conflit nouvelle ou ancienne

1339. Pour résoudre le conflit de droit transitoire, il pourrait être opéré un simple choix entre règle de conflit nouvelle et règle de conflit ancienne. Cependant, un raisonnement aussi radical est peu souhaitable dans la mesure où d'une part l'application immédiate de la règle de conflit nouvelle conduit à l'insécurité juridique (a) et d'autre part la survie de la règle de conflit ancienne s'avère injustifiée (b).

a) L'insécurité juridique issue de l'application immédiate de la règle de conflit nouvelle

1340. Le recours au principe d'application immédiate de la règle nouvelle. Au regard du conflit dans le temps auquel peut être sujette une règle de conflit, une partie de la doctrine « a préconisé l'application immédiate de la règle nouvelle, quelle que soit la date des

faits dont le juge doit connaître »¹⁸³⁸. Cette théorie a été essentiellement défendue par Niedner, lequel a été le premier à justifier « l'application systématique de la règle de conflit nouvelle »¹⁸³⁹. Il considérait que « les règles du conflit de lois appartiennent au droit public et que les lois de droit public reçoivent une application générale immédiate, abstraction faite de tout droit prétendument acquis à leur encontre »¹⁸⁴⁰. Selon lui, « le propre des règles de droit public est d'être applicables « immédiatement » et exclusivement à toutes les espèces pendantes ou futures » ce qui conduit à « une véritable application rétroactive »¹⁸⁴¹. Ainsi, dans la mesure où les règles de conflit s'identifient, à son sens, comme des lois de droit public, elles doivent faire l'objet d'un traitement identique en matière de conflit transitoire. En assimilant les règles de conflit de lois aux lois d'ordre public, il semble parfaitement justifié de recourir à cette doctrine et d'appliquer au conflit transitoire des règles de droit international privé, le principe d'application immédiate de la règle nouvelle. Cependant, ce raisonnement ne vaut qu'à condition de considérer que les règles de conflit sont assimilables à des lois d'ordre public.

1341. Une solution fondée sur le concept erroné de conflit de souverainetés. En vérité, cette doctrine « repose sur l'idée que les conflits de lois sont des conflits de souverainetés »¹⁸⁴². Or, il s'agit d'une conception du droit international privé « (...) dépassée (et) qui n'est plus défendue aujourd'hui »¹⁸⁴³. En effet, « il est difficile d'admettre que le conflit des lois appartienne par lui-même et exclusivement au droit public ». Le droit international privé constitue bien une branche autonome du droit international, tout comme le droit international public. De plus, son objet consiste à déterminer le champ d'application dans l'espace des lois en conflit, mais il ne s'agit en aucun cas de trancher un conflit de souverainetés¹⁸⁴⁴. C'est pourquoi ce seul argument suffit à évincer la doctrine de l'application immédiate de la règle nouvelle à toute espèce.

1342. Une solution synonyme d'insécurité juridique. Néanmoins, il serait insuffisant de considérer qu'une théorie doit seulement être écartée parce que sa justification est erronée de nos jours. En outre, l'emploi d'une telle méthode consistant à appliquer

¹⁸³⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 315.

¹⁸³⁹ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits transitoires internationaux », *J.-Cl. Droit international*, 7 nov. 2014, Fasc. 533-1, § 20.

¹⁸⁴⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 315.

¹⁸⁴¹ C. Gavaldà, *op. cit.*, § 82.

¹⁸⁴² J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 20.

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ Cf. *supra* § 720 et s.

immédiatement la règle nouvelle, quelle que soit la date de constitution des faits ne pourrait être retenu. Son application conduirait à « des conséquences dangereuses pour la sécurité juridique des particuliers »¹⁸⁴⁵. Cette doctrine invite à appliquer rétroactivement toute règle de conflit nouvelle. Par conséquent, même si des faits se sont déroulés sous l'empire de la règle de conflit ancienne, ils sont soumis à la règle de conflit nouvelle postérieurement c'est-à-dire dès son entrée en vigueur. Ainsi, règne nécessairement une insécurité juridique pour les sujets de droit. C'est pourquoi cette théorie ne peut être retenue à l'égard du conflit transitoire en droit international privé et conséquemment en droit des conflits de lois. De la même façon, la solution inverse consistant à maintenir l'application de la règle de conflit ancienne ne peut également être admise.

b) *L'application radicale irréaliste de la règle de conflit ancienne*

1343. Une solution inadaptée à la réalité des situations internationales. Par raisonnement *a contrario*, il ne serait également pas pertinent de retenir comme méthode la survie de la règle de conflit ancienne, quelle que soit la date de la situation d'espèce. En effet, la survie de la règle de conflit ancienne peut parfois s'expliquer dans certains cas notamment en matière contractuelle puisqu'il peut être supposé que les parties aient eu la volonté de soumettre l'intégralité du contrat à cette règle. Cependant, ce raisonnement n'est pas transposable à toute matière. En effet, si la règle de conflit ancienne doit s'appliquer légitimement à des situations acquises ou pour les effets futurs des contrats, il semble plus contestable qu'elle ait un titre légitime à s'appliquer à des faits nouveaux. Si dans ce cas la méthode ne met pas en échec la sécurité juridique, elle n'a pourtant aucun titre à s'appliquer. Aucune raison ne peut justifier que la règle de conflit ancienne s'applique à des faits nouveaux sauf à considérer les espèces relevant de la matière contractuelle. Les faits nouveaux sont en principe régis par la règle de conflit nouvelle c'est-à-dire celle en vigueur au moment où ils se produisent, et ceci conformément à la réalité de la situation internationale. L'application de la règle de conflit ancienne ne peut être qu'une exception à ce principe.

1344. Le rejet de toute solution drastique. Tout comme l'application immédiate de la règle de conflit nouvelle, la survie de la règle de conflit ancienne n'est pas une méthode adaptée au conflit transitoire du droit des conflits de lois. Il en ressort simplement qu'une solution drastique entre ces deux méthodes n'est pas opportune. Un consensus doit

¹⁸⁴⁵ C. Gavalda, *op. cit.*, § 83.

nécessairement être opéré entre celles-ci. C'est pourquoi des doctrines intermédiaires ont été proposées pour solutionner le conflit de droit transitoire en droit des conflits de lois.

2) L'inefficacité de solutions intermédiaires à la résolution du conflit transitoire

1345. Au regard de l'évidente exclusion des doctrines radicales invitant à ne retenir que la règle de conflit ancienne ou nouvelle, des doctrines intermédiaires, c'est-à-dire plus nuancées, sont apparues. Cependant, elles se sont avérées, elles aussi, impropres à résoudre le problème du conflit de droit transitoire. Il a été proposé d'établir une méthode en fonction d'un contact avec le système du for. Néanmoins, cette doctrine s'est révélée relativement incertaine tant sur le plan théorique que pratique (a). De plus, il a été également envisagé de recourir à une démarche unilatérale consistant à consulter en amont les lois substantielles en cause. Malheureusement, celle-ci n'a pu faire abstraction des défauts qui lui sont classiquement imputables (b).

a) *La méthode du contact avec le système du for entachée d'incertitude*

1346. La méthode tempérée du contact avec le for de Kahn. Face à la radicalité de la doctrine de Niedner laquelle soutient une application immédiate et exclusive de la règle de conflit nouvelle, Kahn a proposé une méthode intermédiaire maintenant le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle tout en l'assortissant d'une exception. Selon lui, « la règle ancienne sera appliquée si la situation litigieuse s'est trouvée en « contact » avec le pays du juge saisi, et si elle conduit à l'application de la loi de ce juge »¹⁸⁴⁶. Par conséquent, « il faut que la situation juridique litigieuse ait eu, à l'époque où la règle de conflit ancienne était en vigueur, un contact avec le for »¹⁸⁴⁷. *A contrario*, « la règle ancienne n'aurait aucune vocation à intervenir et la règle nouvelle pourrait seule s'appliquer »¹⁸⁴⁸. Ainsi, en proposant cette méthode, Kahn a ajouté un tempérament à l'application immédiate de la règle de conflit nouvelle, lequel paraissait indispensable puisqu'il existe des situations dans lesquelles la survie de la règle de conflit ancienne semble justifiée. L'exemple le plus typique est celui de la matière contractuelle. Cependant si la démarche est bienvenue, la proposition n'est pas véritablement fondée d'un point de vue théorique, et également contestable sur le plan pratique.

¹⁸⁴⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 315.

¹⁸⁴⁷ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 22.

¹⁸⁴⁸ *Ibid.*

1347. Une méthode incertaine. D'une part, la méthode est incertaine puisqu'elle est fonction « d'un contact entre un rapport de droit et un ordre juridique » lequel « peut être indéfiniment discuté »¹⁸⁴⁹. En l'absence de précisions sur ce contact, il semble que sa détermination soit soumise au libre arbitre du juge, lequel pourrait au choix, opter pour la règle de conflit nouvelle ou ancienne. D'autre part, l'argument selon lequel « l'existence d'un contact entre la relation privée et la règle de conflit ancienne ne peut suffire à justifier l'application de celle-ci »¹⁸⁵⁰. En effet, l'existence d'un seul contact entre la relation en cause et la règle de conflit ancienne n'est pas un motif suffisant permettant de considérer que la règle de conflit ancienne possède un titre plus légitime à s'appliquer que la règle de conflit nouvelle. De la même façon, l'absence de contact avec la règle de conflit ancienne ne justifie pas « l'application automatique de la règle de conflit nouvelle »¹⁸⁵¹. En vérité, il faut simplement constater que la référence à la notion de contact avec la règle de conflit, qu'elle soit ancienne ou nouvelle, n'est pas pertinente. Ce n'est pas le contact avec une règle de conflit qui en justifie nécessairement son application. C'est pourquoi en l'absence d'une véritable assise théorique et de l'incertitude provoquée par cette méthode, il est préférable de l'écartier. Néanmoins, une autre doctrine intermédiaire a également pu être proposée laquelle est dorénavant fonction de données substantielles.

b) *La méthode unilatérale de consultation des lois substantielles affectée de carences*

1348. La méthode de consultation des lois substantielles de Héron. Dans la même optique de réalisation d'un compromis entre règles de conflit nouvelle et ancienne, une autre théorie a été proposée par Héron consistant à prendre en compte « l'énoncé des lois substantielles désignées par les règles de droit international privé »¹⁸⁵². L'auteur expose que « la solution consiste à appliquer dans un premier temps l'ancienne et la nouvelle règles de conflit à titre provisoire »¹⁸⁵³. Puis, « dans un deuxième temps, il faut détecter dans chaque ordre juridique les règles substantielles susceptibles de s'appliquer au cas du demandeur, et dans un troisième temps, sélectionner parmi ces règles substantielles celles qui visent des faits

¹⁸⁴⁹ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 24.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, § 25.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*

¹⁸⁵² J. Héron, « L'application dans le temps des règles de conflit », *RCDIP* 1987, p. 305, lequel considère que : « toutes les normes de droit international privé ne se présentent pas comme des règles strictement indirectes » ; « Indiscutablement, cette situation caractérise la règle de conflit par excellence qu'est la règle de conflit bilatérale. Mais, à côté de celle-ci, il existe d'autres règles de conflit, au sens large, comme les règles unilatérales, les règles alternatives ou les lois de police ; dans certaines de ces règles peuvent apparaître des aspects substantiels susceptibles de modifier les données du problème ».

¹⁸⁵³ *Ibid.*

qui se sont réellement produits au moment où est en vigueur la règle de conflit qui désigne ces règles substantielles »¹⁸⁵⁴.

1349. Une méthode unilatérale entachée par ses défauts habituels. Cependant, la méthode proposée par Héron, outre sa difficulté de mise en œuvre, est altérée par deux défauts que sont le concours des règles de conflit applicables, ou à l'inverse l'hypothèse de la lacune. L'auteur n'a envisagé qu'un remède pour le cas du concours en considérant qu'il conviendrait d'appliquer « la loi désignée par la règle de conflit ancienne en raison d'une nécessité logique tenant à l'écoulement irréversible du temps »¹⁸⁵⁵. Véritablement, il ne s'agit pas d'une méthode réalisable en pratique. Hormis sa complexité de mise en œuvre, elle laisse subsister les défauts classiques d'une « démarche unilatéraliste »¹⁸⁵⁶ que sont le cumul et la lacune. C'est pourquoi elle doit être écartée¹⁸⁵⁷. Il convient nécessairement de déterminer une méthode applicable de manière intégrale à toute situation d'espèce c'est-à-dire ne laissant pas subsister des hypothèses de cumul et de lacune. Ainsi, en écartant toute idéologie unilatéraliste, il convient de rechercher une solution plus compatible avec les idéaux du bilatéralisme.

1350. Vers une solution énoncée par le droit interne. Néanmoins, si la doctrine proposée par Héron est difficile à mettre en œuvre, elle consiste à réduire « le conflit transitoire international à un conflit transitoire de règles matérielles » en considérant que la règle de conflit n'est qu'une « norme d'application »¹⁸⁵⁸. Or, ce postulat a été repris par de nombreux auteurs italiens, lesquels considéraient que « les règles de conflit sont « formelles » en ce sens qu'elles ne sont pas susceptibles de donner naissance à des droits subjectifs » puisqu'elles ont pour objet les lois qui régissent les relations entre individus¹⁸⁵⁹. Par conséquent, ces derniers considéraient que « le conflit transitoire trouve (...) sa source dans la succession des normes matérielles » issues des règles de conflit mises en cause¹⁸⁶⁰. C'est pourquoi Anzilotti admettait que le conflit transitoire, « ne pouvant être confié au droit international privé, qui ne s'occupe pas des droits subjectifs, (il) appartient au droit interne, lequel, en raison de l'application de la règle de conflit en vigueur, est celui de la loi

¹⁸⁵⁴ J. Héron, *op. cit.*, p. 305.

¹⁸⁵⁵ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 28.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*

¹⁸⁵⁷ Cf. *supra* § 660 et s.

¹⁸⁵⁸ B. Ancel, « Conflits de lois dans le temps », *Rép. intern. Dalloz*, déc. 2000, § 18.

¹⁸⁵⁹ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 29.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*

nouvellement désignée »¹⁸⁶¹. De manière générale, grâce à ces théories italiennes, il a pu être considéré que le conflit de droit transitoire doit être réglé par le droit interne, qu'il s'agisse du droit transitoire du système juridique désigné par la nouvelle règle de conflit ou par le droit transitoire du for¹⁸⁶². Cependant, celles-ci n'ont pas été et ne peuvent être retenues dans la mesure où si les règles de conflit ne créent pas directement des droits subjectifs, elles assurent tout de même leur naissance indirectement. Malgré l'absence de positivité de ces doctrines, elles ont permis le développement d'une doctrine majoritaire se voulant universelle et permettant ainsi la réalisation d'une méthode *a priori* conforme au système conflictuel bilatéral.

B. UNE METHODE MAJORITAIRE UNIFORME INCOMPATIBLE AVEC LA REGLE DE CONFLIT

1351. Postérieurement au développement de différentes doctrines, l'une d'elles a réussi à emporter l'assentiment d'une majorité d'auteurs, et par conséquent a été consacrée par la jurisprudence française. Cette méthode consiste en une transposition des règles du droit transitoire interne au conflit transitoire international (1). Cependant, si cette méthode présente de nombreuses qualités, elle demeure inconciliable avec l'objet et le caractère de la règle de conflit classique (2).

1) La transposition des règles du droit transitoire interne au conflit transitoire international

1352. Afin de déterminer une méthode uniforme et viable en comparaison aux doctrines déjà existantes, il a été envisagé de piocher une solution dans le droit interne. C'est pourquoi il a été proposé de transposer les règles du droit transitoire interne au conflit transitoire international. Ainsi, a été majoritairement admis l'application des principes généraux du droit transitoire interne (a) et de manière plus relative celles de règles spéciales du droit transitoire interne (b).

a) L'application majoritaire des principes généraux du droit transitoire interne

1353. La transposition des règles du conflit transitoire interne. Grâce à ce raisonnement juridique selon lequel le conflit de droit transitoire doit être réglé par le droit interne, s'est développée une opinion doctrinale majoritaire selon laquelle le conflit transitoire est réglé par « la transposition des règles du droit transitoire interne au conflit dans le temps

¹⁸⁶¹ B. Ancel, « Conflits de lois dans le temps », *op. cit.*, § 17

¹⁸⁶² J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 29.

des règles de conflit dans l'espace »¹⁸⁶³. Effectivement, il est considéré que « la succession dans le temps des règles de conflit est (...) assimilable dans sa structure à la succession dans le temps des règles matérielles »¹⁸⁶⁴. Les raisons imputables à cette assimilation sont diverses. Tout d'abord, est opérée une analogie entre la règle de conflit et la règle de droit privé interne considérant que toutes deux font « naître des droits subjectifs »¹⁸⁶⁵. Ensuite, il est avancé que « la modification d'une règle de conflit met les parties dans la même situation qu'un conflit de lois internes dans le temps »¹⁸⁶⁶. Enfin, est invoquée l'unité des législations entre droit interne et droit international privé puisque « la solution du conflit transitoire doit obéir à des impératifs identiques »¹⁸⁶⁷. Par conséquent, dans la mesure où « il s'agit de trancher un litige entre particuliers, (...) la solution du conflit transitoire doit obéir aux mêmes principes ». De cette manière, les règles du conflit de droit transitoire interne doivent être nécessairement transposées aux règles du conflit de droit transitoire international.

1354. Une méthode universelle conforme aux objectifs de la discipline. *A priori*, cette justification semble parfaitement valable puisqu'elle a pour objet de créer une méthode applicable en quelque sorte de manière universelle et dont l'objet est de garantir une certaine homogénéité des législations en soumettant le problème du conflit transitoire à des objectifs identiques. Ce raisonnement se conforme davantage aux finalités du droit des conflits de lois puisqu'il semble respecter la structure de la règle de conflit et vise à assurer l'unité des législations et l'uniformité d'application.

1355. Une méthode de droit positif débattue. C'est pourquoi le droit positif français fait application de cette doctrine et soumet le conflit transitoire international aux règles du droit transitoire français. Par conséquent, les règles de conflit sont soumises aux principes de non-rétroactivité et d'application immédiate de la loi nouvelle prévus par l'article 2 du Code civil. En effet, « à défaut de solution donnée par l'auteur de la règle de conflit, les tribunaux ont dû (...) appliquer les règles du droit transitoire interne, sans que la nature – conventionnelle ou interne – de la règle de conflit ait d'influence sur la solution »¹⁸⁶⁸. Cependant, « cette communauté de vue ne saurait toutefois masquer certaines divergences qui apparaissent dans la mise en œuvre de cette solution ». En effet, le débat demeure de savoir

¹⁸⁶³ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 33.

¹⁸⁶⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 316.

¹⁸⁶⁵ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 33.

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, § 67.

s'il convient d'appliquer uniquement les principes généraux du droit transitoire interne, ou s'il convient d'appliquer également les règles de droit transitoire interne spéciales.

b) *L'application relative des règles de droit transitoire interne spéciales*

1356. Le débat sur l'application des règles transitoires spéciales. L'application des règles de droit transitoire interne au conflit transitoire international soulève une interrogation consistant à savoir s'il faut appliquer uniquement les principes généraux du droit interne ou également ses règles spéciales. Il s'agit de règles particulières qui ménagent l'entrée en vigueur d'une loi matérielle. Certains considèrent que « le conflit né du changement de la règle de conflit doit être résolu à l'aide des règles du droit transitoire de la matière de droit interne que ces règles de conflit ont pour objet »¹⁸⁶⁹. D'autres considèrent que « certaines règles spéciales du droit interne (doivent s'écarter puisqu'elles visent) des raisons propres au droit interne qui ne valent pas pour les règles de conflit »¹⁸⁷⁰.

1357. La position alternative de la Cour de cassation. Véritablement, la jurisprudence de la Cour de cassation a opté pour une position alternative à l'égard des règles spéciales de droit transitoire. En effet, s'agissant du divorce, celle-ci « a pris nettement position dans le sens que les règles transitoires spéciales de la loi du 11 juillet 1975 sur le divorce concernent seulement le droit interne et ne régissent pas la règle de conflit de lois »¹⁸⁷¹. Puis, postérieurement, « dans le domaine de la filiation », la Cour de cassation a fait application des règles spéciales de droit transitoire en « se référant, (à) l'article 311-14 du Code civil, qui (...) consacre le principe général du droit transitoire interne de l'effet immédiat de la loi nouvelle aux enfants nés avant son entrée en vigueur »¹⁸⁷². Par conséquent, il semble que certaines règles spéciales du droit transitoire puissent être appliquées au conflit transitoire international. En réalité, cette application se produirait « lorsque la règle de conflit nouvelle est une règle à finalité matérielle »¹⁸⁷³.

1358. Une méthode globale vectrice d'uniformisation. Il en ressort que, de manière générale, il est admis par la doctrine et par la jurisprudence française que le conflit transitoire international soit réglé par les principes généraux du droit transitoire interne et par les règles spéciales du droit transitoire interne lorsque celles-ci se rapportent à des règles de conflit à

¹⁸⁶⁹ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 34.

¹⁸⁷⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 316.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*

¹⁸⁷² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 325.

¹⁸⁷³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 316.

coloration matérielle. Il s'agit d'un système viable qui pourrait s'inscrire dans la logique du droit des conflits de lois puisqu'il permet de garantir un système uniforme. Néanmoins, il semble que celui-ci présente quelques incompatibilités avec la méthode conflictuelle bilatérale classique.

2) Une transposition inconciliable avec la règle de conflit bilatérale

1359. Malgré les avantages que présente la transposition des règles du droit transitoire interne au conflit transitoire international, celle-ci fait état de quelques défauts. Il semble hâtif de considérer que les règles de droit interne sont assimilables à des règles conflictuelles dans la mesure où elles possèdent un objet différent (a). De plus, au-delà de leur fonction respective, les règles de droit interne peuvent être parfaitement incompatibles avec le caractère neutre des règles de conflit classiques (b).

a) *La non-assimilation des règles de droit interne aux règles conflictuelles*

1360. L'impossible analogie entre règles matérielles et règles conflictuelles. Si la méthode de transposition des règles du droit transitoire interne présente l'avantage de l'uniformité, il ne faut pas omettre le fait que les règles du droit transitoire interne visent des règles matérielles et non des règles conflictuelles. Par conséquent, justifier le recours à la transposition des règles internes aux règles conflictuelles par le fait qu'elles conduisent à la création de droits subjectifs semble peu pertinent. L'objet de ces règles n'est pas identique, les unes conduisent à régler la solution directement au fond, les autres à déterminer le champ d'application dans l'espace des lois en conflit. C'est pourquoi il ne peut être opéré purement et simplement une transposition des règles du droit transitoire interne au conflit transitoire international. Le problème devrait plutôt être pris dans le sens inverse. C'est bien parce que les règles du droit transitoire interne ont pour objet de régler un problème de conflit dans le temps qu'elles peuvent être éventuellement appliquées à un problème de conflit transitoire international. En effet, « le conflit transitoire de droit international privé est identique dans son essence au conflit transitoire de droit interne » puisque « deux règles se succèdent dans un même ordre juridique »¹⁸⁷⁴. Cependant, il faut que cette transposition de règles transitoires respecte l'objet des règles de conflit.

1361. Le nécessaire rejet des règles transitoires spéciales. La différence de finalité entre les règles matérielles et les règles conflictuelles invitent à rejeter toute application des

¹⁸⁷⁴ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 243.

règles transitoires spéciales puisque celles-ci sont nécessairement conçues en fonction d'un objectif matériel du droit interne lequel ne concerne pas, en principe, la règle de conflit. De nombreux auteurs s'accordent à exclure les règles transitoires spéciales et justifient « l'exclusion des dispositions transitoires spéciales par l'idée qu'elles sont généralement liées à la teneur des règles substantielles nouvelles, de sorte que si l'on appliquait ces dispositions aux règles de conflit nouvelles, elles pourraient désigner des lois contraires au but recherché par le législateur »¹⁸⁷⁵. En effet, les règles transitoires spéciales traitent de règles matérielles en tant que telles et ne concernent pas expressément des règles conflictuelles. Par conséquent, afin de respecter l'objet même des règles conflictuelles, il serait préférable d'écarter l'application des règles transitoires spéciales. De plus, cette éviction est d'autant plus justifiée par le souci de compatibilité avec la neutralité de la règle de conflit bilatérale.

b) *L'inadéquation des règles de droit interne avec la neutralité de la règle de conflit*

1362. Une méthode en contradiction avec le caractère neutre de la règle de conflit. Si la transposition des règles de droit interne aux règles de conflit est contestable au regard de leur objet, elle peut l'être encore au regard de la neutralité classiquement reconnue à la règle de conflit bilatérale. En effet, il est totalement incompatible avec le caractère neutre de la règle de conflit d'admettre la transposition de règles transitoires spéciales dont l'objet est de garantir un certain résultat matériel.

1363. Le rejet confirmé des règles transitoires spéciales. Comme l'ont affirmé Batiffol et le Professeur Lagarde, « lorsque la règle de conflit nouvelle est une règle de conflit à finalité matérielle, l'application des règles transitoires spéciales de la loi interne est plus indiquée »¹⁸⁷⁶. Certes, dans un système conflictuel admettant des règles de conflit à caractère substantiel, il serait compatible d'admettre la transposition des règles transitoires spéciales. Cependant, pour que le système applicable en droit des conflits de lois soit neutre et traite tout sujet de droit de manière égalitaire, il doit être exempt de ce type de règles. Par conséquent, au regard de l'inconciliabilité des règles transitoires spéciales avec la neutralité de la règle de conflit bilatérale, celles-ci doivent définitivement être écartées du conflit transitoire international.

1364. Une méthode irrespectueuse de l'égalité de traitement. En d'autres termes, au regard des différentes doctrines existantes et du droit positif, il semble que la résolution du

¹⁸⁷⁵ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 42.

¹⁸⁷⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 316.

conflit transitoire international soit encore insuffisante. C'est pourquoi il faut nécessairement s'orienter vers une solution permettant la réalisation de l'égalité de traitement.

§ 2 – VERS LA DETERMINATION DE REGLES COMMUNES CONFORME A L'EGALITE DE TRAITEMENT

1365. Dans la mesure où chaque doctrine proposée pour résoudre le conflit de droit transitoire international ne permet pas de satisfaire aux exigences de la règle de conflit bilatérale, il est nécessaire de mettre en place des solutions communes favorisant le respect de la neutralité de la méthode et par voie de conséquence de l'égalité de traitement. Ainsi, il a pu être envisagé de déterminer des règles matérielles communes spécifiques au conflit de droit transitoire international. Cependant, une telle démarche ne peut qu'être taxée d'idéalisme (A). Par conséquent, il serait préférable d'opter pour la création d'une méthode universelle dont la solution consisterait simplement à appliquer les règles de droit transitoire de l'ordre juridique en cause (B).

A. LA RECHERCHE IDEALISTE D'UN REGLEMENT MATERIEL COMMUN

1366. La solution la plus adaptée à l'uniformité consiste à résoudre le conflit de lois dans le temps par le recours à des règles matérielles. C'est pourquoi il est nécessaire de déterminer des principes généraux communs propres à la résolution de tout conflit de droit transitoire (1). Néanmoins, si cette démarche est réalisable, elle demeure limitée. En effet, l'établissement de principes généraux communs n'est que relatif (2).

1) La détermination de principes généraux communs propres à la résolution de tout conflit de droit transitoire

1367. Pour réaliser parfaitement l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale similaire, il est toujours préférable de recourir à des règles matérielles communes lesquelles s'appliqueront sans différence à chaque sujet de droit. Le conflit de droit transitoire devrait donc être encadré par des principes généraux communs de droit transitoire (a). C'est pourquoi ont été dégagés, afin de résoudre communément les conflits de lois dans le temps, les principes généraux du droit transitoire interne (b).

a) La mise en place de règles matérielles par le biais de principes généraux communs de droit transitoire

1368. Pour parvenir à une solution neutre et égalitaire, l'idéal serait d'organiser un règlement matériel du conflit de droit transitoire international. Il s'agirait de prévoir des règles de fond propres au problème du droit transitoire qui peut survenir à l'occasion de la succession de règles de conflit. En effet, il devrait être recherché un encadrement commun

dans la mesure où la question qui se pose est celle de savoir si la règle nouvelle ou la règle ancienne doit être appliquée. Ainsi, en établissant des règles matérielles communes c'est-à-dire des principes généraux applicables à tout conflit de droit transitoire international, chaque ordre juridique réglerait de la même manière le conflit de lois dans le temps qui lui est soumis. De cette façon, chaque sujet de droit serait traité de manière identique. La seule méthode permettant de dégager ces principes sera nécessairement celle d'une approche comparative, telle que préconisée par Maury, afin d'établir une nomenclature des principes généraux qui régissent le droit transitoire. C'est pourquoi certains auteurs se sont efforcés de proposer une méthode fondée sur les principes généraux du droit transitoire.

b) La résolution du conflit de lois dans le temps par le recours aux principes généraux du droit transitoire interne

1369. L'application des principes généraux du droit transitoire. Afin de proposer une solution au conflit de lois dans le temps, certains auteurs, notamment les Professeurs Mayer et Heuzé, se réfèrent aux « principes généraux du droit transitoire interne »¹⁸⁷⁷. Il ne s'agit plus véritablement d'une transposition des règles du droit transitoire interne, mais d'une application de « principes généraux du droit transitoire » lesquels sont appliqués par l'ordre juridique interne. Dans la mesure où il s'agit de principes généraux, ils doivent être appliqués au droit transitoire international puisqu'ils ont pour objet de déterminer quelle règle sera compétente dans l'hypothèse où deux règles de droit se succéderaient.

1370. L'application de principes exempts de considérations substantielles. Pour justifier leur raisonnement, ils considèrent cette méthode compatible avec la méthode conflictuelle classique c'est-à-dire « fondée sur les caractères neutre et indirect de la règle de conflit de lois » dans la mesure où ces principes généraux « font eux-mêmes abstraction du contenu des règles substantielles en conflit »¹⁸⁷⁸. Il est vrai que les principes généraux du droit transitoire interne ont, en principe, pour seul objet de résoudre un conflit de lois dans le temps, abstraction faite du résultat matériel qui sera éconduit. C'est pourquoi s'il ne s'agit pas d'une transposition des règles du droit transitoire interne en tant que telle, cette doctrine mène au même résultat qui consiste à appliquer les principes généraux du droit transitoire interne. Or, rien ne permet de contester l'application de ces principes au droit transitoire international. Il faut considérer que ces principes généraux visent tout droit transitoire et ne tiennent en

¹⁸⁷⁷ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 26.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*

aucun cas compte de la structure de la règle, c'est-à-dire qu'elle soit matérielle ou conflictuelle.

1371. Des principes régis par trois règles fondamentales. Ainsi, les Professeurs Mayer et Heuzé ont considéré que le droit transitoire est régi par « trois idées fondamentales » qui sont les suivantes : « application immédiate de la loi nouvelle, réserve des situations définitivement acquises (et) maintien de la loi ancienne pour les effets futurs des contrats »¹⁸⁷⁹. Selon ces auteurs, il existerait donc des principes généraux de droit transitoire c'est-à-dire des principes communs qui « valent aussi bien, de façon générale, pour les règles de conflit que pour les règles substantielles »¹⁸⁸⁰.

1372. La reconnaissance du caractère autonome du droit transitoire. L'idée proposée par ces auteurs est très séduisante puisqu'elle positionne le droit transitoire comme une branche autonome qui ne s'apparente pas à la méthode conflictuelle ou à la méthode matérielle, il s'agit d'un droit autonome régi par des principes généraux communs, lesquels ont vocation à s'appliquer, quelle que soit la nature de la règle. Cependant, cette proposition se limite à ces trois principes et ne peut être parfaitement généralisable au droit des conflits de lois, ni même à l'ensemble de la société internationale.

2) La relativité des principes généraux communs de droit transitoire

1373. S'il semble possible de dégager des principes généraux de droit transitoire applicables à l'ensemble des conflits de lois dans le temps, cet établissement est en réalité limité. En effet, la coïncidence des principes généraux du droit transitoire interne aux règles transitoires internationales n'est en vérité que partielle (a). De plus, il est parfaitement irréalisable de songer à la mise en place de principes communs encadrant totalement les conflits de lois dans le temps en l'absence de communauté juridique internationale (b).

a) La coïncidence partielle des principes généraux du droit transitoire interne aux règles de droit transitoire international

1374. Une coïncidence relative des principes internes aux règles internationales. Si la théorie des principes généraux du droit transitoire interne des Professeurs Mayer et Heuzé est très séduisante, elle ne constitue qu'une coïncidence. Les auteurs s'étaient aperçus des limites de la théorie et avaient constaté « qu'il existe des principes distincts de droit

¹⁸⁷⁹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 244.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*

transitoire international, coïncidant partiellement avec ceux du droit transitoire interne »¹⁸⁸¹. En effet, certains principes ne sont propres qu'au droit interne et ne peuvent être étendus au droit international. Les Professeurs Mayer et Heuzé font notamment cas de deux principes internes qui doivent être écartés selon lesquels d'une part, « la loi nouvelle peut, lorsqu'elle est d'ordre public s'appliquer à des situations qui normalement devraient rester soumises à la loi ancienne »¹⁸⁸², et d'autre part, « l'application de la loi nouvelle aux effets extracontractuels en cours »¹⁸⁸³. En effet, ils soutiennent, pour le premier cas, qu'« il n'y a aucun inconvénient, en cas de modification du droit international privé, à ce que (ces situations) restent régies par la règle de conflit ancienne »¹⁸⁸⁴. De la même manière pour le second cas, ils exposent qu'il pourrait être « grave de rendre brutalement applicable une loi totalement différente, parce qu'édictee par un autre législateur, de celle qui gouvernait jusque-là (l'institution) »¹⁸⁸⁵. Ils en concluent alors que « pour ces deux raisons, le principe de survie de la règle ancienne est plus fort en droit international privé qu'en droit interne »¹⁸⁸⁶.

1375. Une méthode à portée limitée. Finalement, il peut exister des principes généraux de droit transitoire, mais la détermination de principes communs demeure très limitée. En effet, elle ne peut en aucun cas résulter d'une analyse approfondie des principes généraux de droit interne puisque par définition ils sont conçus par rapport à la conception des règles matérielles du droit interne et en aucun cas par rapport à la conception des règles conflictuelles du droit international privé. Par conséquent, si les règles de droit transitoire ont toujours pour objet de trancher un conflit de lois dans l'espace, elles ne peuvent toutes être appliquées en tant que principes généraux dans la mesure où certaines d'entre elles ont été conçues à l'aune d'une conception de droit matériel propre à chaque Etat. C'est bien parce que le droit transitoire ne fait l'objet que d'une réglementation étatique ou régionale qu'aucun régime commun n'a pu émerger dans la discipline du droit international privé et spécialement du droit des conflits de lois.

¹⁸⁸¹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 244.

¹⁸⁸² *Ibid.*

¹⁸⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*

b) L'impossible établissement de principes généraux communs en l'absence de communauté juridique internationale

1376. L'exclusion de règles matérielles communes en l'absence de communauté internationale. Finalement, au regard de la méthode proposée par les Professeurs Mayer et Heuzé, il apparaît que les règles de droit transitoire font essentiellement l'objet de réglementations internes. C'est pourquoi il n'est pas véritablement possible d'élaborer des principes généraux communs sauf à se référer aux trois idées fondamentales de leur théorie. Ainsi, chaque ordre juridique se dote de ses règles internes de droit transitoire et en fait application lorsqu'un conflit de lois dans le temps se présente. Une nouvelle fois, c'est parce qu'il n'existe pas une communauté juridique internationale, ni un organe judiciaire commun, qu'il ne peut exister de législation matérielle commune entre les Etats. Néanmoins, certaines conventions internationales prévoient elles-mêmes l'agencement de leurs règles de conflit avec les règles anciennes. Il s'agirait alors des prémices d'une législation matérielle commune de droit transitoire. Cependant, ces règles propres au conflit transitoire ne sont pas générales, puisqu'elles se cantonnent à une sphère régionale et ne s'appliquent qu'au texte dont elles sont l'objet.

1377. La recherche d'une méthode commune préférée à l'établissement de règles matérielles. Par conséquent, force est de constater qu'il semble une nouvelle fois difficile de proposer des solutions matérielles au conflit de lois dans l'espace, dans la mesure où une approche comparative ne peut conduire qu'à l'établissement de quelques principes généraux insuffisants à garantir les conceptions du droit international privé, et particulièrement du droit des conflits de lois. Ainsi, en l'absence de communauté de droit internationale, il serait préférable de rechercher une méthode commune et non plus des règles matérielles c'est-à-dire des principes généraux communs. Si la réalisation d'une telle méthode est viable, l'égalité de traitement garantie par la méthode conflictuelle sera respectée.

B. LA CREATION D'UNE METHODE UNIVERSELLE PAR APPLICATION DU DROIT TRANSITOIRE DE L'ORDRE JURIDIQUE EN CAUSE

1378. L'étude des différentes doctrines relatives au conflit de lois dans le temps en droit des conflits de lois invite à rechercher une méthode universelle capable de respecter les objectifs de la méthode conflictuelle bilatérale. C'est pourquoi il pourrait être envisagé de recourir à une application du droit transitoire de l'ordre juridique dont dépendent les règles en conflit (1). Celle-ci serait alors à même d'assurer la neutralité et l'égalité de traitement garanties par la méthode conflictuelle classique (2).

1) L'application du droit transitoire de l'ordre juridique des règles en conflit

1379. Au regard des défauts qui peuvent être imputés aux diverses doctrines proposées, ainsi qu'à l'impossible mise en œuvre d'une méthode matérielle de droit transitoire, il doit être recherché une méthode applicable à tous, abstraction faite de dispositions matérielles communes. Pour cela, il suffit d'appliquer les règles de droit transitoire de l'ordre juridique dont émanent les règles conflictuelles en conflit. Cette méthode pourrait être applicable par chaque ordre juridique conformément à la fonction du droit transitoire (a). Néanmoins elle ne devrait être appliquée qu'au regard de ses principes généraux par souci de conformité avec l'unité de la législation conflictuelle (b).

a) *Une méthode unique applicable par chaque ordre juridique conformément à la fonction du droit transitoire*

1380. Les objectifs du droit transitoire. Dans la mesure où il semble impossible de mettre en place des règles matérielles communes relatives au droit transitoire en droit international privé, notamment en droit des conflits de lois, tout comme il paraît souhaitable d'écarter une transposition pure et simple du droit transitoire interne au droit transitoire international, il convient de rechercher une méthode commune qui pourrait convenir à tout ordre juridique et qui garantirait une véritable sécurité juridique. Pour cela, il convient de considérer au préalable, comme a pu le faire notamment Roubier, que « les situations juridiques de droit international privé sont absolument identiques (...) aux situations du droit interne ; car la présence ou l'absence d'élément étranger dans une situation juridique, par quoi se marque leur seule différence, n'intéresse pas le droit transitoire, qui analyse les situations juridiques uniquement d'après leur développement dans la durée »¹⁸⁸⁷. Il faut donc absolument partir du postulat selon lequel tout droit transitoire, qu'il soit interne ou international, a pour seul objectif de résoudre un conflit de lois dans le temps, qu'il s'agisse de règles matérielles ou de règles conflictuelles¹⁸⁸⁸. De plus, il convient de prendre en compte « la fonction essentielle » du droit transitoire qui consiste à « sauvegarder l'unité de la législation »¹⁸⁸⁹, et ceci, quelle que soit la législation considérée. Par conséquent, la méthode doit être recherchée à l'aune de ces objectifs.

¹⁸⁸⁷ P. Roubier, *Le droit transitoire : conflits de lois dans le temps*, Dalloz et Sirey, 2^{ème} éd., 1960, § 107, spéc. p. 577.

¹⁸⁸⁸ Voir en ce sens : P. Level, *Essai de systématisation du conflit de lois dans le temps*, Thèse, Paris, 1957, LGDJ, 1959, § 7 : « la science du droit transitoire répond aux mêmes objectifs et aux mêmes préoccupations que la science du droit en général ».

¹⁸⁸⁹ C. Gavalda, *op. cit.*, § 47.

1381. L'application du droit transitoire de chaque ordre juridique à ses propres règles. Il serait donc pertinent de considérer que chaque ordre juridique doit appliquer aux règles de conflits dans le temps, les règles de droit transitoire de l'ordre juridique dont elles émanent. En effet, dans la mesure où les règles de conflit font partie intégrante de la législation d'un ordre juridique donné, il semble qu'il soit plus pertinent de considérer que celles-ci soient soumises, en matière de droit transitoire, aux règles transitoires de l'ordre juridique dont elles sont issues. Par exemple, en droit français, lorsqu'une règle de conflit fait l'objet d'une modification législative, son application en droit transitoire, doit être régie par les règles du droit transitoire français. Ainsi, l'unité de législation de chaque ordre juridique sera préservée conformément à l'objectif du droit transitoire.

1382. Une méthode universalisable. De plus, il semblerait que cette méthode soit universalisable dans la mesure où toute règle de conflit se rattache, au regard de sa source, à un ordre juridique propre. Dans le cadre de règles de conflit régionales, il suffira simplement de consulter le texte international qui prévoit l'application transitoire de ces normes. Si le règlement de ce conflit n'est pas prévu au sein du texte, alors il reviendrait subsidiairement à l'ordre juridique national, d'appliquer ses propres règles de droit transitoire, puisque les règles de conflit régionales font partie intégrante de sa législation nationale. Néanmoins, il ne s'agit là que d'hypothèses rares dans la mesure où cette « désignation législative expresse » figure essentiellement « dans des conventions internationales et dans les règlements européens » contrairement au « législateur national » qui ne pose que très « rarement des règles transitoires expresses »¹⁸⁹⁰. Toutefois, si chaque ordre juridique doit appliquer à la règle de conflit qui lui est soumise les règles du droit transitoire interne de l'ordre juridique duquel elle émane, cette application doit rester mesurée.

b) L'application des seuls principes généraux soucieux du respect de l'unité de la législation conflictuelle

1383. Une application cantonnée aux principes généraux. Il apparaît au regard des différentes doctrines exposées que si chaque ordre juridique applique les règles du droit transitoire interne, il ne peut le faire qu'à la condition de ne retenir que ses principes généraux. En effet, ces derniers, quasiment identiques d'une législation à l'autre, reflètent l'essence même du droit transitoire. Comme l'a affirmé Roubier, la fonction essentielle du droit transitoire, à savoir, l'unité de la législation, est assurée « par l'effet immédiat attribué

¹⁸⁹⁰ J. Foyer et P. Courbe, *op. cit.*, § 50.

aux lois nouvelles et tempérée par le respect de certains droits subjectifs (non-rétroactivité) »¹⁸⁹¹.

1384. L'application des principes propres à la préservation de l'unité de la législation. Ainsi, les principes généraux du droit transitoire, appliqués par chaque ordre juridique interne, peuvent être appliqués à chaque conflit de droit transitoire international, seulement dans la mesure où ils respectent l'objectif du droit transitoire à savoir le maintien de l'unité de la législation. Par conséquent, il convient nécessairement d'écarter toutes les règles qui desserviraient l'unité de la législation relative aux règles de conflits de lois. C'est pourquoi il ne peut être procédé à une pure et simple transposition des règles du droit transitoire interne. Ces règles ne doivent être appliquées qu'aux règles de conflit qui émanent du même ordre juridique et ne peuvent être mises en œuvre qu'à la condition de garantir l'unité de la législation conflictuelle. Il s'agit de la nuance qui doit être opérée entre les règles du droit transitoire interne et les règles du droit transitoire international. De cette manière, les règles transitoires internes spéciales devront être écartées puisqu'elles ont pour objet d'assurer l'unité de la législation de dispositions matérielles qui n'ont pas nécessairement à voir avec la législation conflictuelle relative à la même institution. Ainsi, pour reprendre l'exemple du droit français, en cas de modification de la législation conflictuelle, les problèmes de droit transitoires seront uniquement régis par les principes généraux du droit français, prévu par l'article 2 du Code civil. En effet, il faut absolument que l'application des règles du droit transitoire interne coïncide avec l'objectif du droit des conflits de lois¹⁸⁹². En adoptant une telle méthode, il serait possible de parvenir à une méthode commune favorisant le respect du bilatéralisme classique en respectant neutralité et égalité de traitement.

¹⁸⁹¹ C. Gavalda, *op. cit.*, § 47.

¹⁸⁹² Voir en ce sens : P. Lagarde, « Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille », *TCFDIP* 1977-1980, p. 89-112, lequel affirmait également que : « Ce qui est vrai dans la théorie classique, c'est cette affirmation que la succession dans le temps de règles de conflit de lois est assimilable, dans sa structure, à la succession dans le temps de règles matérielles et qu'elle pose donc un problème de droit transitoire soumis normalement aux principes généraux du droit transitoire. Toute la difficulté est de savoir ce qu'on veut dire en disant que le conflit dans le temps des règles de conflit de lois est soumis aux principes généraux du droit transitoire, et c'est là qu'une réinterprétation de la théorie classique est peut-être nécessaire. Dire que le conflit transitoire international est soumis aux principes généraux du droit transitoire, cela veut dire que deux règles de conflit se sont succédé et que la seconde doit en principe s'appliquer immédiatement mais sans rétroactivité. Cela ne veut pas dire que l'on suivra nécessairement les règles de droit transitoire de la matière de droit interne que ces nouvelles règles de conflit ont pour objet, car il n'est pas sûr que les règles transitoires du droit interne soient elles-mêmes conformes aux principes généraux du droit transitoire. Il se peut en effet que les nécessités du droit interne aient conduit à infléchir ces principes généraux par l'adoption de règles transitoires spéciales prévoyant soit la rétroactivité de la loi nouvelle, soit plus fréquemment la survie plus ou moins prolongée de la loi ancienne. Ces nécessités ne se retrouvent pas nécessairement en droit international privé et autorisent une discordance de solutions du conflit transitoire interne et du conflit transitoire international ».

2) Une méthode en accord avec les objectifs de la méthode conflictuelle bilatérale

1385. L'avantage d'une méthode unique, fondée sur la fonction essentielle du droit transitoire, est de conduire à une parfaite conciliation entre la résolution du conflit de lois dans le temps et la méthode conflictuelle bilatérale. Il s'agirait d'une solution, d'une part, conforme au caractère neutre de la méthode (a), et d'autre part, garante de l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale équivalente (b).

a) *Une solution conforme à la neutralité de la méthode conflictuelle*

1386. Conformément au caractère neutre que présente la méthode conflictuelle bilatérale, cette méthode commune de droit transitoire le respecterait. En effet, si celle-ci est fonction de l'objectif essentiel du droit transitoire, à savoir l'unité de législation, tout en respectant les objectifs du droit des conflits de lois, alors la neutralité de la méthode conflictuelle sera respectée. C'est pourquoi il convient, une nouvelle fois, d'écarter les règles du droit transitoire interne qui sont motivées par un résultat substantiel. Celui-là ne vise que la politique législative matérielle de l'ordre juridique concerné, mais ne doit pas s'étendre aux règles conflictuelles de droit international privé de cet ordre juridique, sauf à considérer que le législateur l'ait lui-même envisagé. Effectivement, toute méthode conflictuelle classique, corollaire d'une égalité de traitement, ne peut faire l'objet, même au stade du conflit de lois dans le temps, d'une politique substantielle. L'application de règles transitoires spéciales pourrait conduire à fausser le résultat traditionnellement recherché par la règle de conflit bilatérale classique. C'est pourquoi même à ce stade, toute recherche matérielle doit être écartée. Ainsi, la solution du conflit transitoire international sera tranchée à l'aune de la fonction essentielle du droit transitoire, à savoir l'unité législative, et se conformera à l'encadrement prévu par l'ordre juridique dont il dépend. De cette façon, la méthode sera nécessairement appliquée de manière neutre sans rechercher un résultat matériel spécifique, mais aussi pourra être appliquée par n'importe quel organe juridique.

b) *Une solution garante de l'égalité de traitement des sujets de droit*

1387. Dans la mesure où la méthode proposée peut être considérée comme neutre au sens où aucun résultat substantiel ne sera particulièrement recherché, si ce n'est l'objectif d'unité législative du droit transitoire, les bases d'une méthode universelle sont posées. En effet, cette méthode présente l'avantage d'être applicable, quelle que soit la juridiction saisie. Il suffira seulement à celle-ci d'identifier l'origine des règles de droit en conflit pour trancher le problème de conflit dans le temps par application des règles de droit transitoire de l'ordre juridique dont elles relèvent. Par conséquent, la sécurité juridique sera assurée par la mise en

œuvre d'une telle procédure, mais aussi l'égalité de traitement entre sujets de droit. En effet, chaque fois que la solution du droit transitoire n'est pas assortie à la règle de conflit, chaque juge appliquera cette méthode. Par conséquent, tout sujet de droit sera traité de manière identique, quelle que soit la juridiction saisie, tout ceci en respectant l'objectif de la méthode conflictuelle classique à savoir la localisation du rapport de droit de manière neutre. Ainsi, le conflit de lois dans le temps doit donc être résolu à l'aune du droit transitoire en tant que discipline autonome afin de préserver l'égalité de traitement issue de la neutralité de la règle de conflit. Toutefois, un autre conflit peut se présenter en droit des conflits de lois. Il s'agit du conflit de lois dans l'espace, ou plus précisément du conflit mobile, lequel ne fait pas cette fois-ci figure d'une discipline spécifique.

SOUS-SECTION 2 : L'ABOLITION DU CONFLIT MOBILE PAR LE RECOURS A LA METHODE BILATERALE A RATTACHEMENT AUX LIENS LES PLUS ETROITS

1388. Parallèlement à l'hypothèse du conflit de lois dans le temps classique, peut apparaître un conflit de lois dans l'espace. Il s'agit du conflit mobile lequel « surgit toutes les fois qu'à la suite d'une modification de l'élément localisateur d'une situation d'après la règle de conflit à elle applicable, l'on est conduit à hésiter entre la compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur avant sa modification et la compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur après sa modification »¹⁸⁹³. Face à ce problème, de nombreuses doctrines dites classiques ont été développées. Cependant, chacune de ces doctrines doit être évincée dans la mesure où aucune n'est compatible avec le particularisme imputable au conflit mobile (§ 1). C'est pourquoi la résolution du conflit mobile n'est concevable que si elle s'inscrit en conformité avec la règle de conflit bilatérale classique (§ 2).

§ 1 – L'EVICITION DE DOCTRINES CLASSIQUES ANTAGONISTES AVEC LE PARTICULARISME DU CONFLIT MOBILE

1389. Dans l'objectif de résoudre le conflit mobile, plusieurs doctrines dites classiques ont été prônées. D'une part, il a été proposé de recourir à la célèbre doctrine des droits acquis soutenue par Pillet. Cependant, son recours paraît relativement limité face à la réalité des conflits de lois (A). D'autre part, il a été soutenu de procéder à une analogie entre les règles applicables au conflit de droit transitoire et les règles applicables au conflit mobile.

¹⁸⁹³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 328.

Néanmoins, cette méthode fait état d'une certaine imperfection face à la résolution des conflits de loi dans l'espace (B).

A. LE RECOURS RELATIVEMENT LIMITE A LA DOCTRINE DES DROITS ACQUIS

1390. Classiquement, le conflit mobile a pu être résolu, en doctrine, par la célèbre théorie des droits acquis attribuée à Pillet. Son recours pouvait paraître justifié dans la mesure où il conduit à une véritable stabilité des institutions et des droits (1). Cependant, elle s'avère parfaitement incompatible avec la vivacité dont fait état le conflit de lois (2).

1) Le recours à la doctrine des droits acquis par souci de stabilité des institutions

1391. Traditionnellement, pour trancher la question du conflit mobile, il a été proposé de recourir à la doctrine des droits acquis c'est-à-dire l'hypothèse selon laquelle il convient de conserver et de respecter les droits régulièrement acquis dans un pays (a). En effet, une telle méthode permet de trancher le problème tout en garantissant la stabilité des droits et institutions (b).

a) Le maintien des droits régulièrement acquis à l'étranger

1392. La doctrine des droits acquis. Pour résoudre le problème du conflit mobile, une doctrine particulièrement célèbre a été développée par Pillet, lequel considérait que « tout droit régulièrement acquis dans un pays doit être respecté dans les autres »¹⁸⁹⁴. Plus précisément sa philosophie consistait à admettre que « 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 »¹⁸⁹⁵. Ainsi, en vertu du respect international des droits acquis, « la situation formée sous l'autorité d'un Etat doit développer tous ses effets sous la même autorité ; elle doit rester soumise malgré le changement de nationalité, de domicile ou de situation d'un bien »¹⁸⁹⁶.

1393. Le maintien de la loi ancienne. Sa doctrine consiste à maintenir sous l'empire de la loi ancienne la situation internationale ayant fait l'objet d'un conflit mobile. Par conséquent, celle-ci « conduit non seulement à exclure tout effet rétroactif de la loi du pays dans lequel un individu transfère son domicile ou transporte ses biens ainsi que celle dont il

¹⁸⁹⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 318-1.

¹⁸⁹⁵ A. Pillet, Introduction : « Du respect international des droits régulièrement acquis », in « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, 1925, vol. n° 8, spéc. p. 492.

¹⁸⁹⁶ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *J.-Cl. Droit international*, 19 fév. 2015, Fasc. 533-2, § 49.

acquiert la nationalité, mais prévient tout effet immédiat de cette même loi sur les effets futurs d'une situation acquise sous l'empire de la loi ancienne »¹⁸⁹⁷.

1394. Une méthode neutre et universelle. Ainsi, Pillet met fin au conflit mobile en considérant que « tout droit régulièrement acquis dans un pays doit être respecté dans les autres »¹⁸⁹⁸. Il s'agit *a priori* d'une méthode satisfaisante dans la mesure où elle semble à la fois neutre et universelle. En effet, en estimant que tout droit régulièrement acquis dans un pays doit être reconnu et effectif dans les autres, il ne semble pas que le caractère neutre de la méthode conflictuelle soit remis en cause puisque finalement il s'agirait de donner vigueur à la solution initialement dégagée par la méthode conflictuelle. De plus, cette méthode peut être appliquée par n'importe quel ordre juridique puisqu'elle consiste simplement pour chaque Etat à reconnaître et respecter les droits acquis à l'étranger. Outre ses avantages considérables, elle représente une garantie de stabilité des droits et institutions.

b) Le maintien de la stabilité des droits et institutions

1395. La stabilité des droits et institutions garantie. Si la doctrine des droits acquis respecte en principe les dogmes de la méthode conflictuelle, elle présente également l'avantage d'assurer « la stabilité des droits ou institutions dans l'ordre international, ainsi qu'un certain maintien des ensembles législatifs »¹⁸⁹⁹. En recourant à la doctrine des droits acquis, toute situation internationale ne serait pas perturbée par un conflit mobile c'est-à-dire par le déplacement dans l'espace d'un élément de rattachement. Effectivement, si une solution inverse était retenue, il serait possible que la situation internationale soit traitée d'une manière différente à la suite du conflit mobile. Par exemple, « le titulaire d'une sûreté sur un meuble (pourrait perdre) le bénéfice de celle-ci au motif que l'objet a été déplacé à l'étranger »¹⁹⁰⁰.

1396. Sécurité juridiques assurée. Au regard de l'avantage que présente la doctrine des droits acquis, un autre auteur, Martin, « parvenait à des résultats analogues », « sans avoir recours aux conceptions de Pillet »¹⁹⁰¹. Or, si le raisonnement de Pillet ne l'a pas convaincu, son résultat en revanche l'a séduit notamment parce qu'« il mettait l'accent sur le maintien nécessaire de la stabilité des institutions dans les relations internationales »¹⁹⁰². Effectivement, le caractère de stabilité s'avère être une priorité en droit international privé dans la mesure où

¹⁸⁹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 331.

¹⁸⁹⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, §294.

¹⁹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁹⁰¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 331.

¹⁹⁰² *Ibid.*

il garantit aux sujets de droit la sécurité juridique. Par conséquent, la doctrine des droits acquis pourrait constituer une réponse au conflit de lois dans l'espace dans la mesure où elle semble respectueuse de ses caractères, et où elle assure pleinement la stabilité des droits et institutions. Cependant, malgré ses avantages incontestables, cette doctrine est totalement incompatible avec la vivacité du conflit de lois.

2) Une doctrine incompatible avec la vivacité du conflit de lois

1397. La théorie des droits acquis développée par Pillet présente des avantages incontestables. Cependant ces mêmes avantages constituent aussi des inconvénients eu égard à la vivacité du conflit de lois. En effet, cette méthode est d'une part, inadaptée à la réalité du conflit de lois (a), et d'autre part, inconciliable avec le bilatéralisme (b).

a) Une méthode inadaptée à la réalité du conflit de lois

1398. Une méthode figée. Si la doctrine des droits acquis présente l'avantage de garantir la stabilité des institutions et des droits, elle traduit également un redoutable inconvénient dans la mesure où cette solution a pour effet « de figer la situation juridique en la maintenant sous l'empire d'une loi désignée en fonction d'un rattachement révolu »¹⁹⁰³. Il est parfaitement illogique, voire même contraire à la méthode conflictuelle bilatérale, de maintenir une situation juridique « le cas échéant sous l'empire d'une loi avec laquelle elles ont perdu tout lien significatif »¹⁹⁰⁴. Ainsi, le vice dont est atteinte la théorie des droits acquis est celui de ne pas se conformer à la réalité de faits qui lui est opposée. De plus, il est considéré que, « lorsque l'option ouverte à l'internationaliste se circonscrit à un choix entre un rattachement actuel et un rattachement passé, la préférence doit, en règle générale, être donnée au premier »¹⁹⁰⁵. Ainsi, « toute solution contraire pêche par manque de réalisme »¹⁹⁰⁶.

1399. La négation du conflit mobile. De plus, l'argument de la stabilité des institutions, s'il « mérite d'être pris en considération », « vaut surtout en dehors de l'hypothèse du conflit mobile, car dans ce dernier, c'est la volonté des individus qui entraîne la modification de l'élément de rattachement dont on ne saurait méconnaître l'incidence sur la compétence législative »¹⁹⁰⁷. En vérité, la doctrine des droits acquis conduit à « nier la notion même de conflit mobile, puisque le droit acquis ne subit aucune incidence du fait du

¹⁹⁰³ *Ibid.*, § 332.

¹⁹⁰⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 294.

¹⁹⁰⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 332.

¹⁹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁹⁰⁷ *Ibid.*

changement ultérieur du rattachement »¹⁹⁰⁸. Finalement, « le souci de la stabilité des relations juridiques conduit en réalité à transformer le conflit mobile en conflit immobile, ce qui est exagérément conservateur »¹⁹⁰⁹. Ainsi, dans la mesure où la doctrine des droits acquis ne peut s'adapter à la réalité du conflit de lois, et notamment à sa vivacité qui peut notamment résulter du conflit mobile, elle est inadaptée¹⁹¹⁰. Cette incompatibilité est issue de son essence unilatéraliste.

b) *Une méthode inconciliable avec le bilatéralisme*

1400. Une méthode envisagée à l'aune du respect des souverainetés. Il convient de noter que pour justifier sa doctrine, Pillet s'est fondé sur « le respect mutuel des souverainetés »¹⁹¹¹. Cela signifie que par souci du respect de la souveraineté des Etats, « il convient de respecter le droit acquis conformément à une loi étrangère, avant que le mouvement subi par ce droit ne l'ait placé sous l'empire de la règle de conflit du for »¹⁹¹². Par conséquent, les fondements sur lesquels a été construite la doctrine des droits acquis sont d'inspiration publiciste. Or, il semble que construire une théorie à l'aune d'une idéologie fondée sur le conflit de souverainetés ne puisse être compatible avec la véritable signification du conflit de lois.

1401. Une méthode unilatéraliste. En outre, la doctrine de Pillet s'inscrit dans le mouvement de l'unilatéralisme. C'est d'ailleurs pourquoi, un autre fervent de l'unilatéralisme, à savoir Niboyet¹⁹¹³, était partisan de cette théorie. Or, Madame Souleau-Bertrand a brillamment démontré que « la notion de droit acquis trouv(e) sa place la plus adaptée » dans « un système unilatéraliste »¹⁹¹⁴. Comme elle l'expose, « au sein d'un système de règles de conflit unilatérales, l'élément de rattachement peut uniquement désigner la loi du for »¹⁹¹⁵. C'est pourquoi « un dédoublement de la désignation opérée par le facteur de rattachement en

¹⁹⁰⁸ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *op. cit.*, § 53.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*

¹⁹¹⁰ Pour aller plus loin, voir en ce sens : S. Cigoj, « Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de La Haye », *RCDIP* 1978, p. 1, lequel expose notamment que : « Les théories contraires des droits acquis soutiennent surtout qu'il n'existe pas de problème des droits acquis. Il n'y a pas, dans la règle du respect international des droits acquis, un principe nouveau et original du droit international privé, juxtaposé aux autres solutions qui constituent le système du conflit des lois. Cette règle n'est que la dernière conséquence du principe de la correspondance des solutions de conflit et du caractère interne des rapports de droit ».

¹⁹¹¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 294.

¹⁹¹² J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *op. cit.*, § 49.

¹⁹¹³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 294.

¹⁹¹⁴ M. Souleau-Bertrand, *Le conflit mobile*, Thèse, Paris 1, 2003, Dalloz, 2005, § 254.

¹⁹¹⁵ *Ibid.*, § 255.

raison de sa mobilité n'est donc pas envisageable »¹⁹¹⁶. Ainsi, tout conflit mobile ne peut émaner d'un système unilatéraliste puisque « l'application d'une loi étrangère ne peut jamais résulter d'une norme de droit international privé du for »¹⁹¹⁷. La doctrine des droits acquis correspond donc parfaitement au système unilatéral puisque la doctrine tend à nier l'existence du conflit mobile, lequel ne peut avoir lieu dans un système unilatéral. Cependant, dans la mesure où l'hypothèse du conflit mobile doit être réglée au regard de la méthode conflictuelle bilatérale, seule à même de garantir l'égalité de traitement, il convient d'écarter la doctrine des droits acquis. Celle-ci est inévitablement incompatible avec le bilatéralisme puisqu'elle est d'essence unilatéraliste. Ceci explique pourquoi cette doctrine ne peut se conformer à la réalité du conflit de lois. Par conséquent, la solution du conflit mobile doit être déterminée à l'aune du bilatéralisme pour être réaliste.

1402. Une méthode rejetée par le droit positif. D'ailleurs, le droit positif français, notamment la Cour de cassation n'a jamais consacré cette théorie à l'égard de cas relatifs au conflit mobile. Cette doctrine n'a trouvé écho qu'en matière d'effets des jugements puisqu'« elle l'applique *a fortiori* aux effets en France des actes accomplis à l'étranger par des personnes privées »¹⁹¹⁸. En effet, il s'agit bien de l'unique hypothèse où les droits acquis doivent être respectés c'est-à-dire lorsque des droits ont été régulièrement acquis à l'étranger, ils doivent pouvoir être reconnus et exécutés par l'ordre juridique du for. Néanmoins, il s'agit véritablement de situations dans lesquelles il n'est pas question d'un conflit de lois, la situation internationale étant déjà acquise. En outre, la doctrine des droits acquis ne saurait être considérée comme la solution propre à régler l'hypothèse d'un conflit de lois dans l'espace. C'est pourquoi il a plutôt été proposé de recourir à une analogie avec les règles relatives au droit transitoire.

B. L'ANALOGIE IMPARFAITE OPEREE ENTRE CONFLIT MOBILE ET CONFLIT TRANSITOIRE

1403. Face à l'absence de réalisme de la théorie des droits acquis et aux défauts qui lui sont imputables, une doctrine plus moderne est apparue sous la plume de Batiffol, laquelle a connu un véritable succès en droit positif. Elle consiste à assimiler le conflit mobile au conflit de droit transitoire dans la mesure où il s'agit d'un conflit de lois dans le temps (1).

¹⁹¹⁶ M. Souleau-Bertrand, *op. cit.*, § 255.

¹⁹¹⁷ *Ibid.*

¹⁹¹⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 318.

Cependant, cette assimilation paraît quelque peu hâtive puisqu'il s'avère que l'application des règles transitoires internes à la résolution du conflit mobile demeure incompatible (2).

1) L'assimilation du conflit mobile au conflit de droit transitoire

1404. Considérant que le conflit mobile constitue un conflit de lois dans le temps puisqu'il s'agit bien de déterminer, laquelle de la loi nouvelle ou de la loi ancienne trouve à s'appliquer, une partie de la doctrine a proposé de recourir à une analogie avec les règles du droit transitoire. C'est pourquoi en droit positif, est opérée une transposition des solutions du conflit de droit transitoire au conflit mobile (a), laquelle paraît justifiée au regard des objectifs poursuivis par le droit transitoire interne (b).

a) *La transposition des solutions du conflit de droit transitoire au conflit mobile*

1405. L'analogie des règles du droit transitoire au conflit mobile. Postérieurement à la théorie des droits acquis, une autre doctrine a été développée sous la plume de Batiffol¹⁹¹⁹. Il s'agit de « la thèse la plus couramment admise en doctrine » et « elle repose sur le présupposé de l'analogie du conflit mobile et du conflit transitoire interne, dont on déduit en conséquence la référence aux règles internes du conflit de lois dans le temps »¹⁹²⁰. Cette analyse consiste donc à transposer « en tant que de raison, les principes de solution dégagés pour ce type de conflit : non-rétroactivité de la loi nouvelle, interdisant de remettre en cause les modes d'acquisition des droits et leurs effets échus ; mais application immédiate de cette loi aux effets à venir, sous réserve des contrats en cours »¹⁹²¹.

1406. Une analogie justifiée par la nature de conflit dans le temps. Afin de justifier le recours à une telle analogie, Batiffol considérait que « le conflit mobile constitue un conflit dans le temps dont la différence avec le conflit transitoire interne ne paraît pas devoir emporter de divergences dans le régime d'ensemble »¹⁹²². En effet, il estime que « vis-à-vis du droit subjectif considéré la situation se présente de la même manière dans les deux cas : deux lois se sont trouvées successivement applicables, et il s'agit de déterminer dans quelle mesure les conséquences de la situation initiale se trouvent régies par la loi nouvelle »¹⁹²³. Par conséquent, dans la mesure où le conflit mobile peut s'assimiler comme un problème similaire à celui du conflit transitoire, il convient de lui transposer les mêmes règles

¹⁹¹⁹ M. Souleau-Bertrand, *op. cit.*, § 263.

¹⁹²⁰ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *op. cit.*, § 42.

¹⁹²¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 295.

¹⁹²² H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 320.

¹⁹²³ *Ibid.*

de résolution retenues en droit positif. Ce raisonnement est parfaitement recevable dans la mesure où il est légitime d'appliquer à tout type de conflit de lois dans le temps des règles similaires. C'est d'ailleurs pourquoi le droit positif a consacré cette théorie. En effet, « les solutions du droit transitoire interne se sont transposées à ce jour de manière générale sans difficulté dans les conflits mobiles du droit international »¹⁹²⁴. La positivité reconnue à cette doctrine par la jurisprudence française s'explique sans doute par les objectifs qui peuvent être atteints par la mise en pratique des principes généraux du droit transitoire interne.

b) *Un procédé avantageux au regard des objectifs poursuivis par le droit transitoire interne*

1407. La préservation de l'unité de législation. Les principes généraux du droit transitoire ont pour fonction essentielle d'assurer l'unité de législation¹⁹²⁵. Par conséquent, cette fonction qui constitue un véritable avantage en droit transitoire va pouvoir se transposer à l'hypothèse du conflit mobile. C'est pourquoi il est admis que « le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle est justifié en droit transitoire interne par la double préoccupation d'assurer, d'une part, l'unité de la législation interne, d'autre part, la sécurité juridique »¹⁹²⁶. Ainsi, par analogie, dans le cadre d'un conflit mobile, seraient assurées l'unité de la législation interne de l'Etat nouveau, mais surtout la sécurité juridique à laquelle peut prétendre chaque sujet de droit. Effectivement, « ce double souci se retrouve en droit international privé où ils imposent l'emprise de la loi de l'Etat actuellement compétente sur les effets à venir d'une situation formée sous l'autorité de la loi d'un autre Etat »¹⁹²⁷. De cette façon, l'unité de législation est assurée, d'une part, dans la mesure où « l'Etat qui a cessé d'être compétent n'a aucune aptitude à régir les effets futurs d'une situation qui échappe désormais à son autorité », et d'autre part, « dictée par l'impératif de sécurité du commerce juridique de l'Etat dans lequel vient s'intégrer une situation formée au-dehors »¹⁹²⁸.

1408. La protection des objectifs du droit des conflits de lois. En outre, dans la mesure où l'analogie des règles de droit transitoire aux règles du conflit mobile a pour effet de lui transmettre des avantages identiques, lesquels sont conformes aux objectifs du droit des conflits de lois, il semble parfaitement justifié de recourir à cette procédure. Cependant, il s'avère que cette analogie ne correspond pas parfaitement aux deux hypothèses visées dans la

¹⁹²⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 320.

¹⁹²⁵ Cf. *supra* § 1382 et s.

¹⁹²⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 334.

¹⁹²⁷ *Ibid.*

¹⁹²⁸ *Ibid.*

mesure où s'il s'agit de conflits de lois dans le temps, l'un constitue spécifiquement un conflit dans l'espace.

2) L'incompatibilité des règles du droit transitoire interne avec la résolution du conflit mobile

1409. La doctrine de Batiffol permet de mettre fin aux défauts de la théorie des droits acquis et favorise l'unité de législation ainsi que la sécurité juridique. Cependant, malgré les avantages qu'elle présente, sa méthode se révèle limitée dans la mesure où demeure une incompatibilité des règles du droit transitoire interne avec la résolution du conflit mobile. En effet, cette difficulté est issue de la différence de nature qui existe entre le conflit mobile et le conflit transitoire (a), laquelle conduit à ne pouvoir appliquer que le seul principe d'application immédiate de la loi nouvelle (b).

a) La différence de nature entre le conflit mobile et le conflit transitoire

1410. La nature spécifique de conflit de lois dans l'espace. Si la doctrine et la jurisprudence admettent de manière générale que les problèmes issus du conflit mobile doivent être soumis aux règles du droit transitoire interne, cette procédure n'est pourtant pas totalement justifiée. Il apparaît que ces deux types de conflits sont bien des conflits de lois dans le temps, mais le conflit mobile constitue plus particulièrement un conflit dans l'espace. Dans chacune des hypothèses, il s'agit de déterminer laquelle de la loi ancienne ou nouvelle est applicable. Cependant, dans le cadre du conflit mobile, ne s'opposent pas « à proprement parler une loi ancienne et une loi nouvelle puisqu'aucune des deux lois n'est abrogée par l'autre », et elles présentent « un caractère international puisque les deux lois en conflit émanent d'Etats différents »¹⁹²⁹. Effectivement, le conflit mobile « n'est pas suscité comme » le conflit transitoire « par un législateur unique décidant de remplacer une règle par une autre estimée préférable »¹⁹³⁰. Par conséquent, le problème ne se pose pas à un stade identique puisque le conflit transitoire concerne une législation unique tandis que le conflit mobile met en jeu deux législations de droit international dont aucune ne fait l'objet d'une abrogation. C'est pourquoi au regard de cette différence de nature entre les conflits, il pourrait paraître contestable d'assimiler les règles du droit transitoire au conflit mobile.

1411. Un problème spécifique de droit des conflits de lois. Cependant, à cette objection, Batiffol invitait à considérer que, sous l'angle du droit subjectif considéré, « la

¹⁹²⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 334.

¹⁹³⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 295.

situation se présente de la même manière dans les deux cas » puisque « deux lois se sont trouvées successivement applicables »¹⁹³¹. A ce titre, il estimait que « la circonstance que le changement de législation dans le conflit mobile (ait) pu dépendre de la volonté des parties ne paraît pas de nature à modifier la solution de principe »¹⁹³² issue du droit transitoire. Effectivement en considérant les deux types de conflit comme des conflits de lois dans le temps, le recours aux principes généraux du droit transitoire est totalement justifié. Cependant, il serait tout de même réducteur de cantonner l'approche du conflit mobile à un simple conflit de lois dans le temps. En opérant un tel raisonnement, il est fait « abstraction de la source du conflit » et est repoussée « toute prémisse formaliste pour aborder la difficulté prioritairement du point de vue des intérêts privés en cause »¹⁹³³. Or, le conflit mobile, contrairement au conflit transitoire, constitue un véritable problème de droit des conflits de lois dans l'espace. Il s'agit, d'un conflit de lois dans l'espace, dans la mesure où il s'agit de déterminer quelle loi va être applicable à la situation. La seule différence avec le conflit de lois classique s'analyse au regard de la modification de l'élément de rattachement. Il s'agira de déterminer quelle loi est applicable avant, puis après la modification de cet élément. En effet, l'hypothèse du conflit mobile est liée à « la constitution » de « la règle de conflit de lois ou de rattachement » elle-même¹⁹³⁴. Il s'agit d'un problème spécifique au droit des conflits de lois, et plus largement de droit international privé, lié au facteur de rattachement retenu par la règle de conflit.

Ainsi, « la figure du conflit mobile ne tourne pas autour d'un droit subjectif que deux soleils distincts viendraient éclairer l'un après l'autre pour lui conférer deux physionomies différentes, entre lesquelles, il faudrait choisir »¹⁹³⁵. Par conséquent, l'adoption d'une doctrine purement privatiste paraît gênante dans la mesure où n'est pas pris en compte la dimension internationale du conflit mobile. Le problème ne s'expose pas de la même façon dans le cadre du droit transitoire puisqu'il fait l'objet d'une certaine autonomie, le droit transitoire constituant une branche à part entière, quelle que soit la règle de droit soumise. Ainsi, « le conflit mobile apparaît donc bien comme un conflit original, dont le caractère international ne doit pas être occulté »¹⁹³⁶. D'ailleurs, « la jurisprudence elle-même a attiré l'attention sur la

¹⁹³¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 320.

¹⁹³² *Ibid.*

¹⁹³³ B. Ancel, « Conflits de lois dans le temps », *op. cit.*, § 60.

¹⁹³⁴ F. Rigaux, « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, 1966, vol. n° 117, § 11.

¹⁹³⁵ B. Ancel, « Le conflit mobile par M. Souleau-Bertrand », *RCDIP* 2006, p. 452.

¹⁹³⁶ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *op. cit.*, § 77.

spécificité des intérêts en jeu dans le conflit mobile, qui ne met aucunement en cause un impératif de cohérence d'une législation unique, mais tend à départager deux lois qui coexistent dans l'espace »¹⁹³⁷.

1412. L'impossible assimilation du conflit mobile à un conflit simplement transitoire. En admettant la différence de nature entre ces deux types de conflit, la transposition des règles de droit transitoire, par définition de source interne, ne peut être compatible avec un problème de nature international. En effet, en droit positif, le conflit transitoire est réglé par la transposition des dispositions du droit transitoire interne, laquelle est dans son principe contestable¹⁹³⁸. Or, une telle assimilation est d'autant plus critiquable pour le conflit mobile dans la mesure où les règles du droit transitoire interne émanent d'un législateur unique alors que le conflit de lois dans l'espace implique deux législateurs différents. C'est pourquoi les dispositions d'un ordre juridique interne ne peuvent être compatibles, simplement au regard de leur source, avec l'hypothèse du conflit mobile mettant en jeu deux ordres juridiques différents. D'ailleurs, cette méthode est limitée autant en théorie qu'en pratique.

b) *L'unique transposition du principe d'application immédiate de la loi nouvelle au conflit mobile*

1413. L'application limitée des principes généraux du droit transitoire. Dans la mesure où le conflit transitoire fait preuve d'une certaine autonomie à l'égard du conflit mobile malgré leur similitude en tant que conflit de lois dans le temps, l'application de ses règles aux conflits dans l'espace est nécessairement limitée. En effet, « la transposition aux conflits mobiles des solutions du droit transitoire interne n'a jamais pu être complète » puisqu'« en droit interne, (...), le législateur peut écarter l'effet immédiat de la loi nouvelle, soit en prévoyant, une rétroactivité de celle-ci, soit en admettant une survie de la loi

¹⁹³⁷ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I., § 424 ; lesquels poursuivent en expliquant que : « Le conflit mobile en est venu progressivement à être envisagé comme une question d'interprétation de la règle de conflit dont le facteur de rattachement s'est concrétisé successivement dans le ressort de deux ordres juridiques différents, en fonction des finalités poursuivies dans chaque domaine. L'infléchissement est d'abord devenu apparent en présence de règles de conflit « engagées ». En 1949, en matière d'établissement de la filiation, l'arrêt *Verdier* a ainsi permis à l'enfant dont la loi nationale avait changé en cours d'instance, de choisir celle des deux lois successivement désignées par la règle de conflit (dans sa teneur antérieure à l'entrée en vigueur de l'article 311-14 du Code civil) qui lui était la plus favorable » ; « En revanche, lorsque la règle de conflit tend seulement à donner effet à la loi qui entretient les liens les plus étroits avec la question litigieuse, indépendamment de son contenu, l'actualisation du rattachement s'impose afin d'en conserver sa valeur localisatrice ». Or, c'est cette dernière approche à laquelle il convient d'adhérer puisque l'égalité des situations juridiques internationales n'est atteignable que par le biais de règles de conflit neutres.

¹⁹³⁸ Cf. *supra* § 1350 et s.

ancienne »¹⁹³⁹. Or, « dans le conflit mobile, ces dérogations ne peuvent être transposées telles quelles, car la législation antérieure étant étrangère n'est pas à la disposition du législateur dont le système régit désormais la situation »¹⁹⁴⁰.

1414. Le rejet des règles transitoires spéciales. De la même façon, les règles de droit transitoire spéciales n'ont aucun titre à s'appliquer à l'hypothèse du conflit mobile. Ces règles émanent de la politique législative de chaque Etat, et ne sont pas spécifiquement prises à l'égard de potentiels conflits mobiles. Par conséquent, au regard de la substantialité dont elles sont imputées, elles ne devraient pouvoir être transposées au conflit mobile. D'une part, dans la mesure où le conflit mobile n'apparaît que dans le cadre d'un litige international mettant en jeu des règles conflictuelles, par nature neutres, il ne serait pas logique d'admettre leur transposition puisqu'elles auraient pour effet de fausser la localisation effectuée par les règles de conflit en jeu. D'autre part, les règles transitoires spéciales émanant d'un unique législateur ne peuvent, par définition, être transposées à un conflit dans lequel seraient impliqués deux ordres juridiques différents. Cette incompatibilité s'explique simplement par le fait que les règles de conflit transitoires sont créées pour résoudre un conflit de nature interne, alors que les règles du conflit mobile doivent être appréhendées conformément à la nature internationale du litige. De cette manière, le seul principe qui peut être transposé est celui de l'application immédiate de la loi nouvelle. D'ailleurs, ceci permet de rappeler que même dans l'hypothèse du conflit transitoire international, l'application pure et simple des règles du droit transitoire interne peut être contestée¹⁹⁴¹.

1415. La promotion du réalisme par Batiffol. En sus, il convient de noter que la doctrine de Batiffol tendait surtout essentiellement à « prôner l'application immédiate de la loi nouvelle pour régler les conflits mobiles » afin de « voir la loi désignée par la nouvelle concrétisation du rattachement régir immédiatement les effets futurs de la situation créée sous l'empire de la loi désignée par la concrétisation ancienne de l'élément de rattachement »¹⁹⁴². Finalement, il s'agissait plutôt de promouvoir une « solution réaliste »¹⁹⁴³ opposée à la doctrine des droits acquis. Toutefois, il devrait plutôt être considéré que l'application immédiate de la loi nouvelle constitue un principe réaliste qui peut être appliqué à la résolution du conflit mobile au lieu de transposer simplement les règles du droit transitoire

¹⁹³⁹ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *op. cit.*, § 61.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁹⁴¹ Cf. *supra* § 1350 et s.

¹⁹⁴² M. Souleau-Bertrand, *op. cit.*, § 284.

¹⁹⁴³ *Ibid.*

interne qui ne peuvent, par définition, être compatibles avec les règles régissant le conflit mobile. Au regard de l'insuffisance de cette doctrine, il convient de rechercher d'autres solutions propres à la résolution du conflit mobile conformes à sa nature propre.

§ 2 – UNE CONCEVABLE RESOLUTION DU CONFLIT MOBILE CONFORME A LA REGLE BILATERALE

1416. Puisqu'aucune des doctrines classiques ne permet de répondre du particularisme du conflit mobile, celui-ci devrait être résolu eu égard à la règle de conflit elle-même. C'est pourquoi la résolution du conflit de lois dans l'espace pourrait procéder d'une interprétation de la règle de conflit. Malheureusement, une telle méthode est empreinte de variabilité (A). En outre, l'hypothèse du conflit mobile pourrait être résolue par la règle de conflit elle-même, voire même simplement supprimée par celle-ci (B).

A. LE DENOUEMENT ESPERE DU CONFLIT MOBILE PAR INTERPRETATION DE LA REGLE DE CONFLIT

1417. Afin de résoudre les difficultés liées à l'absence de conformité entre les solutions proposées et le conflit mobile, il convient plutôt de rechercher une réponse au regard de la finalité même de la règle de conflit (1). De cette façon, le conflit mobile sera appréhendé au regard de sa véritable nature internationale et de la nature des règles en litige. Cependant, en recourant à une méthode finaliste, le résultat sera laissé à l'arbitraire du juge (2).

1) La recherche d'une solution au regard de la finalité de la règle de conflit

1418. Face aux critiques qui peuvent être émises à l'égard de la transposition des règles du droit transitoire interne au conflit mobile, des doctrines modernes se sont développées afin de résoudre le problème par interprétation de la règle de conflit de lois (a). C'est pourquoi il a été proposé, plus précisément, de se référer aux quatre fondements spécifiques de la règle de conflit (b).

a) La résolution du conflit mobile par interprétation de la règle de conflit

1419. Une solution fonction de l'interprétation de la règle de conflit. Afin de résoudre le conflit mobile conformément à une approche internationaliste, certains auteurs ont proposé de déterminer la solution par « interprétation de la règle de conflit elle-même »¹⁹⁴⁴. Dans la mesure où « le conflit mobile doit être considéré comme un problème d'application de la règle de conflit de lois », « c'est (...) à cette règle de préciser dans chaque cas d'espèce

¹⁹⁴⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 296.

le moment caractéristique de la circonstance de rattachement »¹⁹⁴⁵. La détermination de ce moment caractéristique a fait l'objet de plusieurs propositions doctrinales notamment sous la plume de Fahmy et de Graulich. Selon Fahmy, il faut « prendre en compte les considérations d'opportunité et de technicité qui viennent à la base de la règle de conflit lors de son élaboration »¹⁹⁴⁶. Ainsi, au regard de ces considérations, il pourra être déterminé, en fonction de la règle de conflit, le moment caractéristique escompté par le rattachement choisi. Pour d'autres, et notamment Graulich, la différence de rattachements doit être (ou est) opérée au regard « des objectifs poursuivis par la règle de conflit »¹⁹⁴⁷. Par conséquent, le conflit mobile peut être résolu par « analyse des objectifs spécifiques poursuivis par la règle de conflit »¹⁹⁴⁸.

1420. Une approche internationaliste du conflit de lois dans l'espace. En adoptant cette position, les auteurs préconisent une approche internationaliste du conflit mobile par interprétation de la règle de conflit. Or, une telle méthode semble plus à même de répondre aux objectifs du droit des conflits de lois et se conforme à la nature propre, c'est-à-dire internationale, du conflit mobile. C'est pourquoi cette doctrine a été poursuivie par Madame Souleau-Bertrand pour être encadrée par quatre fondements.

b) L'interprétation de la règle de conflit au regard de ses quatre fondements

1421. A la suite du développement de cette analyse moderne, il a été proposé une approche plus approfondie par Madame Souleau-Bertrand. En effet, elle considère qu'« interpréter la règle de conflit pour régler le conflit mobile ne suffit pas, et la proposition mérite d'être affinée »¹⁹⁴⁹. Pour cela, il convient d'analyser le ou les éléments de rattachement qui permettent de déceler l'éventualité d'un conflit mobile, afin d'identifier le « fondement de la règle de conflit », duquel il sera possible de déduire la solution du conflit mobile¹⁹⁵⁰. C'est pourquoi elle « propose une analyse finaliste fondée sur les objectifs du droit international privé, en fonction de quatre fondements de la règle de conflit de lois, c'est-à-dire les principes de proximité, d'autonomie de la volonté, qui fonctionnent souvent de pair, les règles de conflit à finalité matérielle, et le principe de souveraineté »¹⁹⁵¹. Par conséquent, il s'agirait de déterminer quel fondement juridique est imputable à la règle de conflit en cause pour trancher

¹⁹⁴⁵ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *op. cit.*, § 86.

¹⁹⁴⁶ M. Souleau-Bertrand, *op. cit.*, § 318.

¹⁹⁴⁷ P. Graulich, *Introduction au droit international privé*, Liège, Fac. de Droit, d'Economie et de Sciences sociales, 1978, t. I, n°371, p. 253

¹⁹⁴⁸ M. Souleau-Bertrand, *op. cit.*, § 320.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*, § 378.

¹⁹⁵⁰ *Ibid.*, § 380.

¹⁹⁵¹ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *op. cit.*, § 92.

l'hypothèse du conflit mobile. Cette position est louable dans la mesure où elle s'inscrit dans une posture absolument internationaliste et où la recherche de la solution est déterminée conformément au fondement de la règle de conflit en cause. Il s'agit donc de la théorie la plus à même de respecter la nature internationale du conflit mobile, mais aussi l'objectif poursuivi par la règle de conflit, à savoir la localisation du rapport de droit. Cependant, une difficulté demeure dans la mesure où cette interprétation sera soumise au libre arbitre du juge.

2) Une approche finaliste du conflit mobile fonction de l'arbitraire du juge

1422. Si l'approche internationaliste du conflit mobile s'inscrit en toute conformité avec sa nature spécifique, elle ne parvient pourtant pas aux résultats souhaités. Dans la mesure où cette méthode est fonction de l'interprétation qui en sera faite par le juge, elle concourt à une variabilité de solutions (a), laquelle met nécessairement à mal la neutralité de la méthode conflictuelle (b).

a) *La variabilité de solutions issue de l'approche internationaliste du conflit mobile*

1423. Malheureusement, si la thèse internationaliste se prête mieux que les autres doctrines à la résolution du conflit mobile, elle encourt la critique de la variabilité de solutions. Madame Souleau-Bertrand avait déjà relevé que les approches internationalistes traditionnelles, telles que celles préconisées par Fahmy et Graulich, étaient trop casuistiques. En effet, elle considérait qu'« affirmer que le conflit mobile doit se résoudre par interprétation de la règle de conflit – soit de chaque règle de conflit – et poser une méthode générale *a priori* pour la solution de cette question sont des propositions contradictoires »¹⁹⁵². Ainsi, le manque d'encadrement de la méthode finaliste invitait à une trop grande marge d'appréciation des juges quant à la fonction de la règle de conflit en cause. En outre, la doctrine proposée par Madame Souleau-Bertrand ne condamne pas toute approche casuistique. Malgré les quatre fondements qu'elle relève et impute à la règle de conflit, « cette recherche de solution spécifiquement internationaliste des conflits mobiles comporte nécessairement une marge d'imprévisibilité »¹⁹⁵³. En effet, « le législateur ou le juge qui détermine la loi compétente dans le temps est conduit à faire un choix au cas par cas »¹⁹⁵⁴. Par conséquent, la solution du conflit mobile, selon le juge saisi, empruntera « tantôt au souci de respect des droits acquis, tantôt à celui d'efficacité de la loi actuelle, en fonction des objectifs particuliers à la matière,

¹⁹⁵² M. Souleau-Bertrand, *op. cit.*, § 348.

¹⁹⁵³ J. Foyer et P. Courbe, « Conflits mobiles », *op. cit.*, § 92.

¹⁹⁵⁴ *Ibid.*

tels qu'ils s'expriment dans le rattachement retenu pour la règle de conflit »¹⁹⁵⁵. En d'autres termes, la méthode internationaliste conduit à une variabilité de résultat et écarte toute prévisibilité juridique. De plus, elle remet en cause la neutralité de la méthode conflictuelle.

b) Le caractère neutre de la méthode conflictuelle mis à mal par l'aléa de solutions

1424. Dès lors que la règle de conflit doit faire l'objet d'une interprétation pour trancher un conflit mobile, en l'absence d'encadrement strict, sa neutralité va nécessairement être remise en cause. En effet, la variabilité de solutions implique que la localisation du rapport de droit ne sera plus neutre, mais fonction du juge saisi, et pourra différer d'une juridiction à l'autre. Or, un tel résultat n'est pas souhaitable puisque le défaut de neutralité conduit nécessairement au défaut d'égalité de traitement des situations internationales. C'est pourquoi le conflit mobile doit être résolu par la règle de conflit elle-même.

B. DE LA RESOLUTION A LA SUPPRESSION DU CONFLIT MOBILE PAR LA REGLE DE CONFLIT

1425. Au regard de la défaillance des différentes solutions attribuées au conflit mobile, il serait préférable que la règle de conflit résolve elle-même le problème. C'est pourquoi elle devrait déterminer son propre critère spatio-temporel afin de trancher chaque hypothèse de conflit de lois dans l'espace. Cependant, cette procédure ne peut être qu'illusoire (1). Il faudrait plutôt que la règle de conflit ait pour objet d'évincer le conflit mobile. Or, un tel résultat ne peut être atteint qu'en recourant à une règle de conflit bilatérale unique (2).

1) La résolution illusoire du conflit mobile par la détermination d'un critère spatio-temporel

1426. Dans la mesure où aucune méthode proposée ne satisfait aux exigences de l'égalité de traitement, il serait sans doute préférable que la règle de conflit résolve elle-même le conflit mobile. Elle pourrait y parvenir en attribuant à chaque fois, conformément à sa catégorie de rattachement, un facteur temps (a). Cependant, si cette procédure paraît idéale, elle est en inadéquation avec la réalité des situations internationales (b).

a) La fixation du facteur temps par la règle de conflit elle-même

1427. La détermination d'un critère spatio-temporel pour chaque règle. L'hypothèse du conflit mobile se présente « lorsque la règle de conflit a été énoncée sans la

¹⁹⁵⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 296.

précision temporelle nécessaire »¹⁹⁵⁶. Par conséquent, « le juge qui se heurte à un conflit mobile doit compléter l'énoncé de la règle en apportant la précision temporelle qui lui paraît convenir à la catégorie de rattachement concerné, tout en veillant à ce que cette précision soit cohérente avec le critère spatial déjà retenu »¹⁹⁵⁷. En d'autres termes, le conflit mobile ne survient que du fait que la règle de conflit ne contient pas, parfois, de précision temporelle. La résolution du conflit mobile devrait alors relever du rôle du législateur en droits des conflits de lois. Ainsi, « l'auteur de la règle de conflit devrait (...) systématiquement affecter à chaque catégorie de questions de droit un critère de rattachement spatio-temporel »¹⁹⁵⁸.

1428. La résolution universelle du conflit mobile. Si le législateur, chaque fois qu'il établit une règle de conflit, indique au regard du rattachement choisi, son facteur temps, alors plus aucun problème de conflit mobile ne pourrait être engendré. Par exemple, en matière de statut personnel, le législateur français pourrait préciser que la nationalité est appréciée conformément au problème de droit en cause, c'est-à-dire eu égard au moment où ce problème de droit s'est posé. De cette manière, tout sujet de droit serait traité de manière identique, puisqu'à chaque règle de conflit correspondrait un facteur temps permettant de résoudre tout conflit dans l'espace à la suite de la modification de l'élément de rattachement. D'ailleurs, il existe déjà certaines règles qui prévoient au regard du rattachement choisi le facteur temps. Par exemple, « en matière de statut réel mobilier, un fondement primordial du rattachement à la *lex rei sitae* est l'apparence qui résulte de la situation du meuble »¹⁹⁵⁹. Par conséquent, « ce facteur incite à faire prévaloir la loi de la situation actuelle sur celle de la situation ancienne »¹⁹⁶⁰. C'est pourquoi en droit positif, la Cour de cassation retient qu'en matière de droits réels mobiliers, « la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens mobiliers situés en France »¹⁹⁶¹. Ainsi, la Cour de cassation fait, en réalité, application du facteur temps prévu par la règle de conflit consistant à appliquer la loi actuelle sur le territoire duquel se situe le meuble. Néanmoins, si cette méthode paraît véritablement adaptée pour trancher le problème du conflit mobile et pour respecter l'égalité de traitement entre sujets de droit, elle s'avère malheureusement difficile à mettre en œuvre.

¹⁹⁵⁶ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 252.

¹⁹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁹⁵⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 296.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁹⁶¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 3 févr. 2010, n°08-19.293, *RCDIP* 2010, p. 485, note C. Cohen ; *Dalloz* 2011, p. 1374, note F. Jault-Seseke.

b) *Une procédure en inadéquation avec la réalité des situations internationales*

1429. En droit positif, il existe certaines règles de conflit pour lesquelles le législateur a prévu un facteur temps. Cependant, il est véritablement beaucoup de cas pour lesquels ce facteur n'apparaît pas, et où il revient à la jurisprudence de le déterminer¹⁹⁶². En effet, « le choix de l'élément temporel dépend de considérations diverses » et « chaque catégorie de rattachement, appelle, en fonction de ses caractéristiques propres, un critère de rattachement spatio-temporel particulier »¹⁹⁶³. Ainsi, au regard de chaque catégorie de rattachement, il sera difficile de déterminer un unique facteur temps dans la mesure où une catégorie de rattachement fait l'objet de considérations diverses. En retenant un tel facteur, cela aurait pour conséquence de figer la règle de conflit c'est-à-dire qu'elle pourrait ne pas répondre à la réalité à laquelle correspond la situation internationale. Cela conduirait aux mêmes défauts que la doctrine des droits acquis puisque le problème du conflit mobile serait tranché par une unique solution qui, dans certains cas, pourrait ne pas correspondre à la réalité. Par exemple, « en matière de statut personnel, l'idée essentielle de permanence milite à première vue pour le maintien de la loi sous l'empire de laquelle des droits ont été constitués »¹⁹⁶⁴. Cependant, « le principe d'application de la loi avec laquelle la situation présente les liens les plus étroits implique au contraire que soient tirées les conséquences d'un changement effectif de situation », notamment « lorsque l'intéressé change de nationalité ou de domicile »¹⁹⁶⁵. Il s'agit de l'exemple même dans lequel il semble difficile de trancher pour un critère temporel fixe puisque deux considérations opposées président à la règle de conflit. Ainsi, le choix du facteur temps par le législateur sera nécessairement arbitraire dans la mesure où il ne pourra répondre à toutes les considérations dont dépend la catégorie de rattachement. Une nouvelle fois, la neutralité de la règle de conflit sera mise à mal. Finalement, il s'agit d'une méthode incompatible avec les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. Il serait donc préférable de se cantonner à une règle de conflit bilatérale unique pour résoudre définitivement le problème du conflit mobile.

¹⁹⁶² Voir en ce sens : CA de Douai, 21 mai 2015, n°14/04430 dans lequel les juges du fond ont considéré qu'« en matière de divorce c'est au jour de l'introduction de l'instance qu'il faut se placer pour résoudre le conflit mobile, c'est-à-dire la modification dans le temps de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit » ; Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 1988, n°86-12.089, *Dalloz action Droit de la famille*, 2016, n°531-81, sous la dir. De P. Murat ; dans lequel la Cour a estimé qu'« en l'absence de précision de (la convention franco-polonaise du 5 avr. 1967) sur le conflit mobile résultant du changement de nationalité, la loi à prendre en considération ne peut être que celle de l'enfant au jour de sa naissance ».

¹⁹⁶³ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 252.

¹⁹⁶⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 296.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*

2) L'éviction du conflit mobile par le recours à une règle de conflit unique

1430. Puisqu'il n'est pas envisageable de réclamer de la règle de conflit qu'elle prévoit elle-même pour chaque catégorie de rattachement, un critère spatio-temporel, il serait préférable qu'elle évince simplement le problème du conflit mobile. Effectivement, en recourant à un rattachement unique, notamment celui des liens les plus étroits, il serait possible de supprimer toute hypothèse de conflit mobile (a). Or, une telle conséquence serait félicitée dans la mesure où chaque situation internationale ferait l'objet d'un traitement identique (b).

a) *La suppression du conflit mobile par le rattachement unique aux liens les plus étroits*

1431. Afin de garantir l'égalité de traitement, il est préconisé de recourir à une règle de conflit bilatérale à rattachement unique, à savoir celui des liens les plus étroits. En considérant que la méthode du droit des conflits de lois est conçue de cette façon, plus aucun problème de conflit mobile ne serait engendré. D'une part, si l'élément de rattachement est en lui-même les liens les plus étroits, il n'est pas en tant que tel susceptible de déplacement dans l'espace comme pourrait l'être la nationalité, le domicile ou encore l'objet du litige. Par conséquent, aucun problème de conflit mobile ne pourrait exister. D'autre part, même si le rattachement aux liens les plus étroits ne peut, en principe, conduire à un conflit dans l'espace, il présente l'avantage d'être respectueux de la réalité de la situation internationale à un instant précis. Ainsi, il s'agira véritablement de déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits au regard de l'institution en jeu et du moment qui doit en être apprécié. En d'autres termes, une différence pourra être opérée selon qu'il s'agisse de déterminer la loi applicable à la constitution et aux effets passés d'un droit, tout comme aux effets futurs que ce droit produira. La loi applicable sera déterminée au regard des liens que présentait la situation internationale à un instant précis et conformément aux considérations qui peuvent entrer en jeu pour chaque catégorie de rattachement. Par exemple, dans le cadre d'un divorce, il conviendra de rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation internationale au moment du divorce. Ainsi, même si le domicile ou la nationalité des époux ont fait l'objet d'une modification, celle-ci ne sera analysée qu'au moment où la procédure en divorce est entamée. De cette manière, les solutions pourront diverger d'une catégorie à l'autre pour respecter les considérations propres de chacune de ces catégories. Par exemple, il pourra être considéré que les meubles restent soumis à la *lex rei sitae* dans la mesure où ils présentent un lien étroit avec le territoire sur lequel ils sont situés et *a contrario*, les contrats resteront soumis à la loi sous laquelle ils ont été conclus dans la mesure où ils sont étroitement

liés à la loi à laquelle ils ont été soumis. Ainsi, le problème du conflit mobile est évincé et l'égalité de traitement est préservée.

b) L'assurance d'un traitement identique des situations internationales

1432. La préservation des objectifs de neutralité et d'égalité par la suppression du conflit mobile. En supprimant le conflit mobile par le recours au rattachement aux liens les plus étroits, les objectifs de neutralité et d'égalité seront garantis. La neutralité de la règle de conflit est nécessairement conservée par la localisation neutre et concrète du rapport de droit qui sera opérée à l'égard de la situation internationale¹⁹⁶⁶. L'égalité de traitement des sujets de droit est aussi protégée puisque, en supprimant le conflit mobile, toute situation internationale sera appréhendée de la même manière. Chaque situation sera simplement soumise à la loi des liens les plus étroits. Il ne sera plus nécessaire de rechercher une méthode propre à résoudre le conflit mobile. Une nouvelle fois, cette méthode présente l'avantage d'être universalisable et de garantir un traitement commun des situations internationales. Ainsi, le conflit mobile ne peut être résolu, tout comme le renvoi, que par son éviction du régime général de la méthode conflictuelle, laquelle n'est possible que par le recours à une méthode conflictuelle bilatérale à rattachement unique aux liens les plus étroits. De cette manière, neutralité et égalité de traitement seront préservées.

1433. Une résolution accessible des conflits de lois dans le temps et l'espace conforme à l'égalité de traitement. En conclusion, si les conflits de lois dans le temps et dans l'espace constituent des mécanismes perturbateurs au stade de la désignation de la règle de conflit, il demeure possible de les résoudre conformément à l'égalité de traitement garantie par toute règle de conflit bilatérale classique. Néanmoins, la solution ne peut être identique d'un conflit à l'autre, ces conflits n'ayant pas la même nature. C'est pourquoi le conflit de lois dans le temps doit être résolu à l'aune de sa nature c'est-à-dire du droit transitoire, tandis que le conflit de lois dans l'espace doit être solutionné conformément à sa nature internationale.

¹⁹⁶⁶ Cf. *supra* § 988 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE II :

1434. Des mécanismes perturbateurs impropres à satisfaire l'égalité de traitement. Finalement, au regard des différents éléments perturbateurs à la mise en œuvre de la règle de conflit, il semble qu'un seul de ces mécanismes puisse faire l'objet d'une résolution respectant l'égalité de traitement conformément à la méthode bilatérale.

1435. L'abolition du renvoi en droit positif. En premier lieu, le renvoi doit être rejeté puisqu'aucune théorie doctrinale ne peut justifier véritablement son admission et son utilisation. En outre, en pratique, seule son admission est susceptible de généralisation. En aucun cas, son application ne peut tendre à l'universalité, elle demeurera nécessairement individuelle et aléatoire. C'est pourquoi il convient de le rejeter dans la mesure où il ne peut conduire à aucune égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale identique. En effet, dans la mesure où il s'agit d'un mécanisme fonction d'un résultat substantiel, il anéantit toute neutralité dans la résolution du conflit de lois et par voie de conséquence toute égalité. Ainsi, pour garantir ces objectifs, l'unique solution consiste à l'abolir.

1436. La résolution du conflit de lois dans le temps à l'aune de sa nature propre. En second lieu, le conflit de lois dans le temps, c'est-à-dire le conflit transitoire international, doit être résolu à l'aune de la fonction propre au droit transitoire consistant à préserver l'unité de la législation, et en droit international, de la législation de droit des conflits de lois. C'est pourquoi tout conflit de droit transitoire international, pour préserver le jeu des règles de conflit, doit être résolu par les règles de droit transitoire qui émanent du législateur concerné par le conflit. Ainsi, les règles de conflit, objet du conflit de lois dans le temps, seront résolues conformément au droit transitoire de l'ordre juridique dont elles émanent. Néanmoins, toutes les règles de droit transitoire substantielles devront nécessairement être écartées afin que soit préservée la neutralité des règles de conflit nécessaire au traitement égalitaire des sujets de droit. De cette manière, le conflit de lois dans le temps sera résolu conformément à sa nature et permettra de préserver les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement issus de la méthode bilatérale.

1437. La suppression du conflit mobile par le recours au rattachement unique des liens les plus étroits. En dernier lieu, le conflit de lois dans l'espace doit, lui aussi, faire l'objet d'une abolition. Il s'agit d'un véritable problème de droit international qui ne peut se confondre avec un simple problème de droit transitoire puisque deux règles de conflit de source différente ont vocation à s'appliquer. Par conséquent, la solution du conflit de lois dans

l'espace doit logiquement découler ou coïncider avec la méthode conflictuelle. Cependant, contrairement au renvoi, la suppression du conflit mobile se produit d'elle-même en adoptant la méthode bilatérale au rattachement des liens les plus étroits puisqu'elle conduit à supprimer tout conflit de lois dans l'espace, puisque ce rattachement n'est pas susceptible de modification. Il invite simplement, pour chaque cas d'espèce, à déterminer, en fonction de l'institution en cause, et du moment dans lequel elle s'inscrit, la loi qui présentait les liens les plus étroits. Par voie de conséquence, en l'absence de conflit mobile, les objectifs de neutralité et d'égalité seront préservés.

CONCLUSION DU TITRE I :

1438. L'inadéquation de la phase d'applicabilité de la règle avec l'égalité de traitement. En conclusion, si toute situation internationale fait l'objet d'une phase d'applicabilité afin de déterminer quelle règle de droit sera appliquée, il n'en demeure pas moins que cette étape s'avère actuellement en inadéquation avec l'égalité de traitement.

1439. La reconstitution de l'ensemble des règles d'applicabilité conformément à l'égalité de traitement. D'une part, les règles classiques qui régissent cette phase dans son principe sont controversables dans la mesure où elles ne tendent pas spécialement à préserver la neutralité et l'égalité de traitement que garantit la méthode bilatérale. En effet, tant l'étape de l'identification que l'étape de la détermination de la règle doivent être révisées pour répondre de ces principes. S'agissant de l'identification c'est-à-dire de la qualification, il est nécessaire d'abandonner toute méthode *lege fori* pour se diriger vers une qualification internationale, laquelle serait élaborée à l'aune de l'unique règle de conflit au rattachement des liens les plus étroits. Ainsi, le problème de qualification serait réduit aux seules grandes catégories de rattachement, lesquelles seraient établies par le biais d'une étude comparative. En outre, il s'agit de la seule solution permettant de préserver les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement de la méthode bilatérale puisqu'elle consiste en une qualification neutre, fondée sur des données objectives, et égalitaire puisque commune. Également, s'agissant de la détermination de la règle, il est nécessaire de procéder à un encadrement plus strict de ses règles. Particulièrement, il doit être procédé à une logique d'identification de la règle applicable sous l'égide d'un principe de primauté qui s'avère plus conforme à la discipline du droit des conflits de lois que le concept de hiérarchie des normes. De la même manière, les conditions d'applicabilité des textes internationaux doivent être plus rigoureusement encadrées afin d'évincer tout aléa d'application.

1440. De la modernisation à la suppression des éléments perturbateurs par respect de l'égalité de traitement. D'autre part, les mécanismes perturbateurs de la phase d'applicabilité sont également contestables puisqu'ils ne répondent pas non plus des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. C'est pourquoi il convient de les mettre en conformité, voire simplement de les supprimer. En effet, le renvoi, malgré son admission générale, demeure un mécanisme à applications variables, dont celles-ci demeurent conditionnées essentiellement par le résultat à atteindre. Il doit alors simplement être supprimé dans la mesure où il consiste à remettre en cause la fonction même de la règle de conflit, mais plus généralement les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. En revanche, s'agissant du

conflit de lois dans le temps, il doit seulement être régi différemment pour répondre de ces principes. C'est pourquoi ne consistant qu'en un problème de droit transitoire, il doit simplement être résolu par les règles de droit transitoire de l'ordre juridique dont émanent les règles en conflit. Par exception, toute règle spéciale doit être écartée afin de préserver la neutralité de la discipline. Enfin, le conflit mobile, comme le renvoi, a vocation à être aboli. Néanmoins, cet anéantissement n'est que la conséquence du recours à une méthode unique aux rattachements des liens les plus étroits puisque ce rattachement évince toute hypothèse de conflit de lois dans l'espace. De la sorte, la remise en cause des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement n'aura plus lieu d'être.

1441. L'espoir d'un régime d'applicabilité fidèle à l'égalité de traitement. En conclusion, si la phase d'applicabilité, tant dans ses règles de principe que ses règles d'exception, ne répond pas véritablement aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement garantis par la méthode bilatérale, elle peut toutefois être révisée. En effet, eu égard à l'analyse de chaque encadrement juridique, il semble possible de les moderniser afin que la justice du droit des conflits de lois soit respectée et principalement l'égalité de traitement qui en découle. Il peut être espéré que ces derniers soient un jour garantis de manière effective. Néanmoins, si cela est envisageable eu égard aux règles d'applicabilité, encore faut-il que cela soit également le cas pour les règles d'application.

TITRE II : LE REGIME D'APPLICATION DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS A RECONSIDERER A L'AUNE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES

1442. La confrontation de l'égalité de traitement au régime d'application de la règle de conflit. Le raisonnement conflictualiste s'opère en deux temps dans la mesure où il débute par une phase d'applicabilité de la règle de conflit, et se poursuit par l'application de la règle de conflit et des conséquences qui en découlent. Or, s'il a pu être considéré qu'au stade de l'applicabilité de la règle de droit, certains points doivent être révisés pour répondre aux buts poursuivis par la justice conflictuelle, il pourrait en être de même au stade de l'application de cette règle.

1443. Le régime d'application de principe de la règle. Lorsque la règle de droit, c'est-à-dire généralement la règle de conflit, est considérée comme applicable, il convient en principe de l'appliquer ainsi que les effets qui en découlent. Précisément, la règle de conflit doit conduire, en principe, à appliquer une loi matérielle, laquelle se voit reconnaître compétente grâce au rattachement retenu par ladite règle de conflit. Cependant, ces différentes étapes de l'application invitent à s'interroger sur le régime qui l'encadre. En effet, à ce stade du raisonnement conflictualiste, différentes questions juridiques peuvent être soulevées. Tout d'abord, il est nécessaire de s'interroger sur la question de l'office du juge afin de déterminer si, en droit international privé, et notamment en droit des conflits de lois, le juge doit d'office appliquer les règles de conflit. Ensuite, l'application de la règle de conflit soulève la question de la charge de la preuve du contenu de la loi compétente. Enfin, cela conduit à se demander si l'application faite par les juges du fond de la règle de conflit puis de la loi matérielle compétente est susceptible de sanction par la haute cour. En d'autres termes, tous les points de droit d'ordre procédural relevant classiquement d'une hypothèse de droit interne se soulèvent également en droit des conflits de lois. Cependant, eu égard à la spécificité de la matière, ils prennent un aspect particulier et sont l'objet d'un encadrement juridique spécifique. Or, il est intéressant de constater que si nécessairement il doit s'agir de règles particulières eu égard à la spécificité de la discipline, cet encadrement juridique de principe reste encore à parfaire. En effet, l'égalité de traitement est parfois remise en cause au stade de l'application de la règle de conflit (chapitre I).

1444. Les mécanismes perturbateurs à l'application de la règle. En outre, ce régime spécifique s'applique dans sa globalité eu égard à une application exempte de

perturbations. Cependant, l'application de la règle de droit peut dans son stade ultime c'est-à-dire au moment de l'application de la loi compétente être perturbée. Ainsi, il existe deux hypothèses dans lesquelles la loi normalement désignée par la règle de conflit va faire l'objet d'une éviction et remettre en cause le résultat en principe issu de la méthode conflictuelle. Il s'agit de deux mécanismes d'éviction de la loi compétente que sont d'une part, l'ordre public international, et d'autre part, la fraude à la loi. Ils constituent deux mécanismes perturbateurs à la méthode conflictuelle puisqu'ils ont pour objet de remettre en cause son résultat. C'est pourquoi dans la mesure où ces mécanismes exceptionnels, spécifiques à l'application de la loi compétente, s'inscrivent *a priori* dans une direction opposée à celle prônée par la méthode conflictuelle, il est intéressant de les confronter à celle-ci. Or, il s'avère que si, effectivement ces mécanismes perturbateurs ont pour conséquence de remettre en cause la méthode conflictuelle et par conséquent l'égalité de traitement qui en découle, cette remise en cause n'est toutefois que partielle. Par conséquent, ils ne constituent pas, en tant que tels, des exceptions à rejeter du système applicable en droit des conflits de lois, mais plutôt à réformer (chapitre II).

**CHAPITRE I : LE REGIME D'APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT ET DE LA
LOI COMPETENTE A PERFECTIONNER AU REGARD DE L'EGALITE DE
TRAITEMENT**

1445. Les étapes successives au stade de l'application de la règle de conflit. Lorsque le raisonnement conflictualiste conduit à l'application de la règle de droit, celle-ci fait nécessairement l'objet d'un encadrement. Or, ce dernier se subdivise en deux régimes spécifiques dans la mesure où l'application de la règle de droit conduit à la mise en œuvre de deux règles successives. Premièrement, les juges du fond vont faire application, principalement, de la règle de conflit, sauf règle matérielle ou loi de police. Secondement, ils vont, grâce à la règle de conflit, faire application de la loi compétente c'est-à-dire la loi du for ou la loi étrangère. Afin de ne pas laisser au juge une totale liberté dans le maniement de ces règles, chacune de ses étapes est construite sous l'égide de règles spécifiques à la discipline.

1446. L'application de la règle de conflit. S'agissant des règles de conflit, celles-ci font l'objet d'un régime juridique propre en matière d'office du juge. En effet, il a été nécessaire d'établir des règles juridiques eu égard à l'office du juge afin de déterminer dans quel cas celui-ci a l'obligation d'appliquer les règles du droit international privé et conséquemment les règles relevant du droit des conflits de lois. L'office du juge s'est alors construit, en jurisprudence, pour conduire à l'application de grandes lignes directrices, mais parfois aussi par quelques exceptions. Or, le régime retenu, que ce soit dans son principe ou ses dérogations, ne présente que très peu de compatibilité avec le droit international privé compris sous l'angle d'une justice conflictuelle. Ainsi, eu égard aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement promus par la méthode conflictuelle, il serait pertinent d'inviter la jurisprudence à modifier les règles applicables en la matière (section 1).

1447. L'application de la loi matérielle compétente. Concernant l'application de la loi matérielle par les juges du fond, elle fait également l'objet d'un encadrement juridique particulier. Dans la mesure où peut potentiellement être impliquée une loi étrangère, il a été nécessaire d'établir des règles spécifiques en droit international privé, et particulièrement en droit des conflits de lois. C'est pourquoi le statut accordé à la loi étrangère, ainsi que la charge de la preuve sont spécialement réglementés en la matière. De la même façon, les censures pesant sur les décisions des juges du fond relatives à l'application de la loi étrangère, bien que restreintes, sont spécifiques à la discipline. En outre, quelle que soit l'hypothèse, il semble que l'application de la loi matérielle fasse l'objet d'un régime plus respectueux de la méthode

conflictuelle que celui applicable aux règles de conflit. Malgré quelques hypothèses exceptionnelles, ce régime favorise nettement plus l'égalité de traitement (section 2).

SECTION 1 : LE CHANGEMENT CONSEILLE DE REGIME D'APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT

1448. Les règles de principe en matière d'office du juge. Lorsque la situation présente un caractère international, elle doit en principe être soumise aux règles du droit international privé. Néanmoins, il est des hypothèses dans lesquelles les parties font silence sur l'internationalité du litige. C'est pourquoi il a été nécessaire d'encadrer l'office du juge en droit international privé afin de déterminer, en principe, dans quels cas le juge a l'obligation d'appliquer les règles de conflit à la situation juridique qui lui est soumise. Cependant, malgré l'effort de structuration de cet office, il semblerait qu'il doive être remis en cause eu égard au respect de la discipline. En effet, il s'agit d'un cadre juridique qui se concilie mal avec l'idéologie de la méthode conflictuelle. Par conséquent, il devrait être révisé pour se conformer à l'égalité de traitement (sous-section 1).

1449. Les contrariétés à l'office du juge. En outre, si l'office du juge fait l'objet d'un régime de principe, il peut également être contrarié par certaines exceptions constituées par la vocation subsidiaire de la *lex fori* en cas de défaillance des éléments de rattachement, ou bien par le recours des parties à un accord procédural. Or, il s'avère également que ces exceptions, bien que fondées dans leur principe, ne coïncident également pas avec les objectifs de la justice conflictuelle. Il serait donc préférable de les évincer afin de garantir aux sujets de droit neutralité et égalité de traitement. Or, une telle suppression demeure parfaitement plausible en choisissant d'adopter la méthode conflictuelle des liens les plus étroits (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : LA REMISE EN CAUSE DE L'OFFICE DU JUGE CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT

1450. L'office du juge en droit international privé fait l'objet d'un régime propre lequel a été construit sur la base des fondements juridiques spécifiques à cette discipline. Néanmoins, si cet office perdure depuis de nombreuses années sous l'égide de la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble que les fondements retenus soient tout de même relatifs dans la mesure où ils se concilient mal avec la matière du droit international privé et particulièrement du droit des conflits de lois (§ 1). C'est pourquoi il serait préférable de mettre un terme à l'office du juge actuel pour se doter d'un nouveau cadre juridique plus

adapté au statut de la règle de conflit traditionnelle, garante des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement (§ 2).

§ 1 – LA RELATIVITE DES FONDEMENTS JURIDIQUES RETENUS EN MATIERE D'OFFICE DU JUGE

1451. Dans la mesure où toute règle de droit fait nécessairement l'objet d'un encadrement juridique en matière d'office du juge, la question s'est également posée en droit international privé. C'est pourquoi afin d'établir un cadre propre à la discipline, la jurisprudence a construit un édifice spécifique en fonction de la nature des droits en cause (A). Cependant, cette réglementation juridique crée, en théorie, de l'insécurité juridique et invite à traiter différemment chaque situation internationale (B).

A. UN OFFICE DU JUGE CONSTRUIT AU REGARD DE LA NATURE DES DROITS EN CAUSE

1452. En l'absence d'encadrement juridique propre à l'office du juge en droit international privé, il a été nécessaire de créer des normes juridiques permettant d'organiser l'application des règles de droit international privé par les juges du fond. C'est pourquoi l'office du juge a fait l'objet d'une structuration jurisprudentielle durant plusieurs années dont le critère d'application s'est finalement cantonné aux droits indisponibles (1). Néanmoins, sur la base de ce critère, la Cour de cassation a édifié un régime spécifique à l'office du juge en droit international privé au regard de la nature des droits en cause (2).

1) La création jurisprudentielle d'un office du juge cantonné aux droits indisponibles

1453. En l'absence d'office du juge préexistant en droit international privé, la Cour de cassation s'est engagée sur ce terrain. Or, la construction de cet office du juge a fait l'objet d'une longue et rude évolution jurisprudentielle (a). Néanmoins, elle a permis d'aboutir à un office strictement encadré au regard de l'unique critère des droits indisponibles (b).

a) La difficile construction d'un office du juge spécifique en droit international privé

1454. La question tardive de l'office du juge en droit international privé. Si les problèmes de droit international privé surgissent depuis le droit romain, les questions de son encadrement notamment procédural ne se sont posées que tardivement. S'il est apparu qu'en principe, dans un litige international, sont appliquées les règles du droit international privé, s'est aussi posée la question de savoir si les règles du droit international privé devaient être appliquées lorsque l'internationalité du litige n'était pas soulevée par les parties. Par conséquent, afin de répondre à cette problématique relative à l'office du juge, la jurisprudence

française, à défaut d'intervention législative, s'est dotée de son propre arsenal juridique. Ainsi, l'office du juge en droit international privé a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle qu'il convient d'évoquer afin de comprendre la position de la jurisprudence actuelle.

1455. L'évolution jurisprudentielle de l'office du juge. Dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré dans son arrêt *Bisbal* de 1959 que « les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère »¹⁹⁶⁷. Par conséquent, à l'époque, la Cour de cassation considérait que l'application des règles de conflit de lois n'était que facultative. Le raisonnement de l'époque se justifiait sans doute par des « considérations pragmatiques »¹⁹⁶⁸. En effet, l'argument invoqué à l'appui de cette jurisprudence consistait à considérer que « non seulement les parties, mais parfois leurs conseils et mêmes les juges ne sont pas avertis des conséquences de l'élément international de la situation »¹⁹⁶⁹. De plus, « lorsqu'ils le sont, il peut sembler parfois que la détermination du contenu de la loi étrangère éventuellement applicable présentera des difficultés hors de proportion avec l'enjeu du litige, et surtout de nature à prolonger indûment celui-ci »¹⁹⁷⁰.

Cependant, cette jurisprudence a fortement été décriée notamment en ce que « l'appréciation de la loi étrangère était laissée à la discrétion du juge (créant) une inégalité devant la justice »¹⁹⁷¹ et « méconnaissant le principe selon lequel toute loi, dès lors que ses conditions d'application sont remplies, est obligatoire pour le juge, même si elle n'est que facultative pour les parties qui peuvent alors renoncer à son application »¹⁹⁷². Par conséquent, au regard de ces critiques, et de « l'évolution du contexte » notamment de « l'accroissement des relations internationales »¹⁹⁷³, la jurisprudence de la Cour de cassation a opéré un

¹⁹⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 1959, *Bisbal*, *RCDIP* 1960, p. 62, note H. Batiffol, *JDI* 1960, p. 810, note J.-B. Sialelli ; *Dalloz* 1960, p. 610, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1960, II, p. 11733, note H. Motulsky ; *GAJFDIP*, n°32-34.

¹⁹⁶⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 323.

¹⁹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁹⁷¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 329.

¹⁹⁷² *Ibid.*

¹⁹⁷³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 323.

revirement de jurisprudence avec les arrêts *Rebouh* et *Schule* de 1988¹⁹⁷⁴. Ainsi, « la Cour de cassation (a censuré) pour violation de la loi des décisions qui avaient appliqué la loi française dans des circonstances où la règle de conflit donnait compétence à des lois étrangères, reprochant aux juges du fond de n'avoir pas recherché « au besoin d'office » quelle suite la loi étrangère donnait à la demande alors que l'article 12 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile oblige le juge à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »¹⁹⁷⁵. Par conséquent, il a été « impos(é) au juge l'application d'office de la règle de conflit de lois, sans limiter le devoir du juge aux seuls cas où cette dernière désignait la loi française ou bien était invoquée par une des parties »¹⁹⁷⁶. Cependant, « peut-être à nouveau sensible aux inconvénients pratiques de la solution *Bisbal*, tout en l'assortissant de deux tempéraments »¹⁹⁷⁷, avec la jurisprudence *Coveco* de 1990¹⁹⁷⁸. Au travers de cette jurisprudence, la Cour de cassation a opéré un retour en arrière en considérant que le juge n'avait l'obligation d'appliquer les règles de conflit de lois qu'« aux seuls litiges portant sur des droits indisponibles ou régis par une règle de conflit d'origine conventionnelle »¹⁹⁷⁹.

Or, la jurisprudence *Coveco*, moins contraignante que les jurisprudences *Rebouh* et *Schule*, a également été remise en cause au regard du tempérament relatif à la source de la règle de conflit. En effet, « l'origine conventionnelle d'une règle est sans influence sur son autorité » puisque « le principe de supériorité du traité sur la loi interne ne trouve application qu'en cas de conflit entre deux normes »¹⁹⁸⁰. Ainsi, il ne paraît pas justifié d'encadrer l'office du juge au regard de la source en cause puisqu'en aucun cas les règles de conflit internationales n'ont une valeur supérieure par rapport aux règles de conflit nationales. Elles font simplement l'objet d'un principe de primauté en termes d'application. C'est pourquoi la Cour de cassation a pris acte de cette confusion¹⁹⁸¹. De plus, « fréquemment (...) les matières

¹⁹⁷⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 oct. 1988, *Rebouh*, *RCDIP* 1989, p. 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; *Rép. Defrénois* 1989, p. 310, obs. J. Massip ; et *GAJFDIP* n°74-78 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 18 oct. 1988, *Schule*, *RCDIP* 1989, p. 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; *JCP* 1989, II, p. 21259, note J. Prévault ; et *GAJFDIP*, n°74-78.

¹⁹⁷⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 324.

¹⁹⁷⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 358.

¹⁹⁷⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 324.

¹⁹⁷⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 déc. 1990, *Coveco*, *RCDIP* 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau ; et *GAJFDIP*, n° 74-78.

¹⁹⁷⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, 358.

¹⁹⁸⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 324.

¹⁹⁸¹ Voir en ce sens : A. Ponsard, « L'office du juge et l'application du droit étranger », *RCDIP* 1990, spéc. p. 611 : « L'obligation du juge d'appliquer d'office la règle de droit international privé joue d'abord quelle que soit la source de cette règle ».

dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits (...) font l'objet de règles de conflit conventionnelles (...), de sorte ce second critère était exposé à être paralysé par le premier dans la plupart des cas »¹⁹⁸². C'est alors le 26 mai 1999, au travers de deux arrêts¹⁹⁸³ que « la Cour de cassation a restreint le domaine de l'application d'office au seul cas où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits »¹⁹⁸⁴. En effet, elle a énoncé dans l'arrêt *Mutuelle du Mans*, à propos d'un litige relatif à un recours en garantie, que « s'agissant de droits dont les parties ont la libre disposition, la cour d'appel a légalement justifié sa décision sur le fondement de la loi française, dès lors qu'aucune des parties n'avait invoqué la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour revendiquer l'application d'un droit étranger »¹⁹⁸⁵.

1456. L'office du juge établi depuis la jurisprudence *Mutuelle du Mans*. Depuis ces jurisprudences de 1999, il semblerait que la position de la Cour de cassation se cantonne à cette position consistant à ne rendre l'office du juge obligatoire qu'en matière de droits indisponibles. Il est cependant important de relever que la jurisprudence de la Cour de cassation a été relativement mouvante à l'égard de l'office du juge. Comme l'affirmait Lerebours-Pigeonnière, « la jurisprudence avan(çait) en « dents de scie » »¹⁹⁸⁶. Par conséquent, on peut supposer qu'aujourd'hui, dans la mesure où la jurisprudence s'est stabilisée, elle assure une véritable sécurité juridique en matière d'office du juge aux sujets de droit impliqué dans une situation internationale. De plus, cet office du juge semble parfaitement encadré au regard du critère des droits indisponibles.

b) *L'élaboration d'un office du juge au regard de l'unique critère des droits indisponibles*

1457. De la matière aux droits litigieux. La jurisprudence, depuis l'arrêt *Mutuelle du Mans*, a stabilisé sa position quant à l'office du juge en droit international privé et assure de cette façon une certaine sécurité juridique aux sujets de droit. De plus, cet objectif est également garanti par le critère choisi par la jurisprudence consistant à conditionner l'office du juge aux droits indisponibles. En effet, auparavant, notamment au regard de la

¹⁹⁸² A. Ponsard, *op. cit.*, spéc. p. 611.

¹⁹⁸³ Cass., Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, n°96-16.361, *RCDIP* 1999, p. 707, note H. Muir-Watt ; *Gaz. Pal.* 2000, n°61 et 62, p. 39, obs. M.-L. Niboyet ; et *GAJFDIP*, n°74-78 ; Cass., Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n°97-16.684, *RCDIP* 1999, p. 707, note H. Muir-Watt ; *JCP* 1999, II, p. 10192, note F. Mélin ; *Rép. Defrénois* 1999, p. 1261, note J. Massip, et *GAJFDIP*, n°74-78.

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁹⁸⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, préc.

¹⁹⁸⁶ J. Maury, « La condition de la loi étrangère en droit français », *TCFDIP*, 1948-1952, p. 135.

jurisprudence *Coveco*, il était question de rendre l'office du juge obligatoire dans les « matières » indisponibles. Or, avec la nouvelle formule issue de l'arrêt *Mutuelle du Mans*, « la jurisprudence (...) retient une distinction fondée sur la nature des droits litigieux »¹⁹⁸⁷. Par conséquent, elle « suggère de distinguer plutôt selon la nature des droits en cause eu sein d'une matière donnée »¹⁹⁸⁸. Ainsi, la Cour de cassation a réduit le curseur pour affiner le raisonnement applicable en matière d'office du juge en droit international privé.

1458. Un encadrement juridique strict vecteur de sécurité juridique. Recourir à la notion de « matière indisponible » est trop confus dans la mesure où « une matière donnée n'est pas uniformément impérative ou supplétive »¹⁹⁸⁹. En effet, « lorsqu'au sein d'une matière donnée coexistent des règles de deux types, l'attraction risque de se faire le régime des premières »¹⁹⁹⁰. Or, une telle appréhension des règles de conflit pourrait conduire indirectement à les dénaturer. C'est pourquoi la position adoptée par la Cour de cassation est justifiée et souhaitée puisqu'elle encadre strictement l'office du juge autour d'un critère plus précis à savoir la notion de « droits indisponibles ». De cette façon, elle a pu mettre en place un régime spécifique à l'office du juge en droit international privé.

2) La spécificité de l'office du juge en droit international privé au regard de la nature des droits en cause

1459. Depuis 1999, la Cour de cassation a maintenu l'office du juge en droit international privé autour d'un régime spécifique lequel opère une distinction entre les pouvoirs du juge au regard de la nature du droit en cause (a). Or, ce régime, par principe, se justifie parfaitement par la nature même des droits en cause (b).

a) *Un régime distinct selon la nature du droit en cause : de la faculté à l'obligation*

1460. En faisant du critère des droits indisponibles le fondement de la construction relative à l'office du juge en droit international privé, la Cour de cassation a bâti un régime propre à la discipline. De cette manière, dès lors qu'il est question de droits indisponibles, « le juge a non seulement la faculté, mais plus encore le devoir d'appliquer, le cas échéant d'office, la règle de conflit et la loi étrangère à laquelle cette dernière peut conduire »¹⁹⁹¹. Par conséquent, dans le cas où les parties se seraient tues quant à l'internationalité du litige, le

¹⁹⁸⁷ M. Farge, « Détermination du droit applicable », in *Le droit international privé de la famille*, *op. cit.*, § 512.230.

¹⁹⁸⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 325.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹⁹¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 359.

juge saisi doit d'une part relever l'internationalité du litige, et d'autre part, a l'obligation de lui appliquer les règles du droit international privé dès lors que sont en cause des droits indisponibles¹⁹⁹². *A contrario*, en matière de droits disponibles, « le juge n'est pas tenu, en cas de silence des parties, de trancher le conflit de lois »¹⁹⁹³. Il en a seulement la faculté, mais en aucun cas l'obligation¹⁹⁹⁴. En d'autres termes, « pour les droits indisponibles, la règle de conflit de lois est impérative, pour les parties et pour le juge, qui doit la mettre en œuvre et appliquer le droit étranger compétent »¹⁹⁹⁵ tandis que « pour les droits disponibles, les parties ont la faculté de renoncer au conflit de lois, et le juge n'est pas tenu de mettre en jeu la règle de conflit désignant le droit étranger »¹⁹⁹⁶. De cette façon, le régime applicable à l'office du juge est strictement encadré ce qui permet de renforcer la sécurité juridique à laquelle peuvent prétendre les justiciables. De la même façon, il garantit aux sujets de droit la prévisibilité juridique quant au traitement de leur situation. De plus, ce régime s'avère parfaitement cohérent avec la nature des droits en cause.

b) *Un régime a priori justifié par la nature du droit en cause*

1461. La distinction opérée entre les règles de conflit devant s'appliquer obligatoirement et celles devant s'appliquer facultativement se justifie par la nature même des droits en cause. En effet, en considérant que les règles de conflit relatives aux droits indisponibles sont d'office applicables, la Cour de cassation rapproche « la notion d'ordre public (...) au sens le plus général » des droits indisponibles, pour considérer que « les parties ne pouvant disposer de leur droit (divorce, filiation, par exemple) la loi qui définit ces droits est impérative, qu'elle soit française ou étrangère ». Ainsi, « ni les parties, ni les juges ne peuvent l'éluder ». En d'autres termes, la nature des droits litigieux justifie l'application d'office ou non des règles de conflit. Par conséquent, dès lors que ces droits sont d'ordre public, alors ils doivent nécessairement être régis d'office par les règles de droit international

¹⁹⁹² Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 16 mars 2016, n°15-14.365, *Dalloz* 2017, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon ; à propos d'une nullité de mariage dans lequel la Cour rappelle qu'« il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en œuvre la règle de conflit de lois et de rechercher le droit désigné par cette règle »

¹⁹⁹³ H. Muir-Watt, « Loi étrangère », *Rép. intern. Dalloz*, 2009, § 37.

¹⁹⁹⁴ Voir en ce sens : B. Ancel, « S'agissant de droits disponibles, le juge n'est tenu d'appliquer le droit étranger que s'il est expressément invoqué », *RCDIP* 2003, p. 462 : « S'agissant de droits disponibles, le juge n'est tenu de mettre en œuvre la règle de conflit adéquate et d'appliquer le droit étranger que dans la mesure où ce droit est expressément invoqué par une partie et non si, les parties ayant fondé leur argumentation sur le droit français, l'une d'elles fait référence au droit étranger en une simple allégation de laquelle aucune demande n'est déduite ».

¹⁹⁹⁵ J.-P. Ancel, « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 7.

¹⁹⁹⁶ *Ibid.*, p. 6.

privé applicables. Cela signifie bien que, s'agissant des droits indisponibles, dans la mesure où les parties ne peuvent en disposer, elles ne peuvent donc faire échec aux règles de droit international privé qui s'y appliquent. En revanche, en matière de droits disponibles, puisqu'elles peuvent librement disposer de ceux-là, les parties ne sont pas soumises à une application obligatoire des règles de droit international privé. Finalement, au regard du critère retenu, il semblerait que l'office du juge conçu par la Cour de cassation soit parfaitement légitime et qu'il assure la sécurité juridique. Cependant, il s'avère que l'encadrement retenu par la Cour de cassation à l'égard de l'office du juge fait l'objet de diverses contestations remettant en cause ses atouts.

B. UN OFFICE DU JUGE SYNONYME D'INSECURITE JURIDIQUE ET D'INEGALITE DE TRAITEMENT

1462. En réalité, si l'office du juge semble, *a priori*, construit sur des bases solides et encadrées, il s'avère qu'il ne garantit ni sécurité juridique ni égalité de traitement d'un point de vue théorique. En effet, une analyse approfondie conduit à considérer que le critère relatif à la disponibilité des droits est inadapté en droit international privé (1), et par conséquent le régime relativement hasardeux pour les règles de droit international privé (2).

1) Le critère inadapté des droits indisponibles en droit international privé

1463. Véritablement, le critère retenu par la Cour de cassation relatif à la nature des droits en cause manque de pertinence pour deux raisons. D'une part, ce concept demeure parfaitement incertain au sein même de l'ordre juridique interne, ce qui rend incontestablement son identification difficile (a). D'autre part, et par conséquent, la transposition de ce critère en droit international privé conduit finalement les juges du fond à une analyse nationale en vertu des conceptions du for (b).

a) L'incertitude constante du critère dans chaque ordre juridique interne

1464. Une distinction floue entre droits disponibles et indisponibles. La Cour de cassation semble, *a priori*, avoir établi un régime applicable à l'office du juge favorisant prévisibilité et sécurité juridiques. Cependant, il ne s'agit que d'une illusion dans la mesure où le critère sur la base duquel a été construit ce régime est relativement incertain¹⁹⁹⁷. En effet, il

¹⁹⁹⁷ Voir en ce sens : P. Lagarde, « Le juge doit appliquer d'office la convention de Rome du 11 juin 1980 », *RCDIP* 2005, p. 465, dans lequel l'auteur félicite la Cour de cassation (Cass., Civ. 1^{ère}, 31 mai 2005, *Dalloz* 2006, p. 1729, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke) d'avoir rappelé « aux juges du fond la seule méthode à suivre pour déterminer la loi applicable au contrat : l'application de la Convention de Rome », alors qu'il pourrait être considéré que la matière contractuelle relève des droits disponibles.

est classiquement admis que « le critère de la disponibilité ou indisponibilité des droits acquis évoque l'opposition entre les matières patrimoniales, d'une part, l'état et la capacité des personnes, d'autre part »¹⁹⁹⁸. Néanmoins, il n'est pas fait une parfaite assimilation entre ces types de droits c'est-à-dire que les droits disponibles/indisponibles ne coïncident pas parfaitement avec les droits patrimoniaux/extrapatrimoniaux en droit interne. De ce fait, il s'agit déjà en droit interne d'une « distinction (...) incertaine »¹⁹⁹⁹. Par conséquent, dans la mesure où cette distinction n'est pas d'une clarté absolue dans l'esprit du juge, il paraît difficilement souhaitable de vouloir transposer cette distinction à l'office du juge en droit international privé.

1465. L'incertitude engendrée par le critère de l'indisponibilité des droits. En effet, si la différence entre la nature des droits n'est pas nette alors le juge saisi pourra politiser son office en considérant que certaines règles de conflit relèvent des droits indisponibles ou inversement afin de favoriser sa politique législative. Or, comme l'a affirmé le Professeur Muir-Watt, « dans le cas des intérêts privés, (...) la jurisprudence a été (plutôt) instable ». Or, elle précise qu'« aujourd'hui, dans le dernier état de sa jurisprudence, la politique actuelle de la Cour régulatrice semble freiner la privatisation du conflit de lois en cas de droits disponibles, pour renforcer corrélativement l'office du juge »²⁰⁰⁰. Ceci atteste donc parfaitement de l'éventuelle instabilité jurisprudentielle qui peut être due à la malléabilité de la notion. Finalement, « en tout état de cause, quel que soit le mode de raisonnement retenu (matière par matière ou droit par droit), la notion de libre disponibilité génère l'incertitude, et il aurait été préférable de ne pas l'ériger en principe directeur de l'office du juge »²⁰⁰¹. De plus, outre l'incertitude qui existe relativement à la distinction en droit interne, le régime établi par la Cour de cassation invite à s'interroger à l'aune de quelle loi devra véritablement être appréciée la nature des droits en cause.

b) L'identification nationale des droits en cause en vertu des conceptions du for

1466. Un critère soumis aux conceptions internes du juge saisi. Si le critère relatif à la disponibilité des droits pose des problèmes d'identification en droit interne, il va en poser davantage en droit international privé. En effet, « la nouvelle primauté accordée au paramètre

¹⁹⁹⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 325.

¹⁹⁹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 358.

²⁰⁰⁰ H. Muir-Watt, « Loi étrangère », *op. cit.*, § 4.

²⁰⁰¹ B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse, Paris 2, 1994, LGDJ, 1996, § 63.

de la nature des droits litigieux aura immanquablement pour effet de remettre sur le tapis la question ardue de la loi applicable à la détermination de leur disponibilité »²⁰⁰². Or, « il semblerait naturel de consulter la loi compétente sur ce point ». La nature du droit en cause devrait être déterminée conformément à la loi compétente par souci de réalisme et de cohérence. Cependant, ce n'est pas ce qui se produit en pratique puisque soit « le juge qui est, par hypothèse, inconscient du caractère international du litige en raison du silence des parties, (...) le traitera (...) comme purement interne »²⁰⁰³ ; soit par « difficulté d'appréciation peu compatible avec le souci pratique de ménager les juges du fond », ceux-ci seront tentés par « la dispense d'appliquer d'office la loi étrangère »²⁰⁰⁴. Ainsi, l'approche opérée par les juges du fond sera cantonnée aux conceptions du for et/ou conduira à favoriser l'application de la loi du for par facilité.

1467. La remise en cause du critère en vertu de l'égalité de traitement. Eu égard aux résultats que peut produire le critère actuellement mis en place en matière d'office du juge, il serait préférable de le remettre en cause. Le droit international privé ne peut être l'objet d'un critère d'identification dont la définition ne peut être que nationale puisqu'elle conduit nécessairement à favoriser l'application de la loi du for. Une telle position est contraire à une mise en œuvre neutre des règles de droit international privé, et particulièrement celles relevant du droit des conflits de lois, laquelle s'inscrit dans un respect des objectifs de neutralité et d'égale application entre loi du for et loi étrangère. De plus, le régime applicable en matière d'office du juge est tout autant critiquable que l'est le critère relatif à la nature des droits en cause.

2) Un régime hasardeux pour les règles de droit international privé

1468. Dans la mesure où le critère de disponibilité des droits est inadapté en droit international privé, il conduit inévitablement à un régime hasardeux pour les règles de droit international privé. De la sorte, celles-ci sont soumises à l'aléa issu de la tendance internationaliste du juge saisi (a), lequel invite nécessairement au *forum shopping* (b).

a) L'aléa issu de la tendance internationaliste du juge saisi

1469. Un critère vecteur d'insécurité juridique. En l'absence d'encadrement relatif à la notion de droits disponibles, il a été considéré que l'office du juge serait variable d'un

²⁰⁰² H. Muir-Watt, « De la nature, disponible ou non, des droits litigieux comme paramètre exclusif de l'office du juge dans l'application de la loi étrangère », *RCDIP* 1999, p. 707.

²⁰⁰³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 358.

²⁰⁰⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 325.

ordre juridique à l'autre puisque d'une part, chaque ordre juridique se fera sa propre conception de la disponibilité des droits, et d'autre part, chaque ordre juridique appréciera son office probablement par rapport à sa loi interne et non par rapport à la loi étrangère applicable. Ce constat va nécessairement avoir pour conséquence de conduire à une véritable insécurité juridique puisque le résultat pourra être très variable d'un ordre juridique à l'autre. Or, ce phénomène pourrait être encore plus accentué dans la mesure où au sein même d'un ordre juridique, la solution pourrait varier d'une juridiction à une autre. En effet, même si l'ordre juridique français analyse l'office du juge conformément aux conceptions du droit français, il semblerait que cela ne suffise pas à unifier le droit international privé sur le territoire français dans la mesure où même en droit français, la notion demeure incertaine.

1470. Un critère fonction de la tendance internationaliste du juge saisi. Par conséquent, une double fragmentation juridique existera à des échelles différentes c'est-à-dire à la fois au sein d'un même ordre juridique et entre ordres juridiques. Ainsi, dans son application, l'office du juge sera simplement objet de la tendance internationaliste du juge saisi²⁰⁰⁵. En outre, cela signifie que les solutions relatives à cet office seront variables d'une juridiction à l'autre. Chaque juge sera libre de déterminer si la règle de conflit concerne des droits disponibles ou non, et par conséquent s'il l'applique d'office ou non. Or, il n'est pas souhaitable que les règles de droit international privé soient objet d'un aléa puisqu'il s'agit d'une contrariété à l'égalité de traitement entre les sujets de droit. De plus, cet aléa invite au *forum shopping*.

b) *L'incitation au forum shopping*

1471. L'invitation à la fraude. Si le régime actuellement établi en matière d'office du juge conduit à un aléa de solutions en fonction du juge saisi, il incite nécessairement au *forum shopping*. Chaque sujet de droit peut être tenté de saisir la juridiction qui fera droit au résultat souhaité. Ainsi, dans le cas où une juridiction pourrait taire le caractère international de la situation considérant qu'il s'agit de droits disponibles, ou simplement par souci de facilité, alors qu'une autre considérerait l'inverse, le sujet de droit aura le choix entre ces

²⁰⁰⁵ Voir en ce sens : F. Jault-Seseke, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP* 2005, p. 253 laquelle affirme notamment à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation que : « La mise en œuvre de la disposition de l'article 6 de la Convention de Rome paraît échapper, sous le couvert de la disponibilité des droits, au contrôle de la Cour de cassation et relever d'un pouvoir souverain des juges du fond, qui se fait volontiers divinatoire lorsqu'il s'agit de découvrir des choix de loi implicites, de déterminer le lieu d'exécution habituelle ou celui de l'établissement d'embauché ou encore de déclencher la clause d'exception, bien qu'une telle orientation qui côtoie la dénaturation et ruine l'effectivité de la règle de conflit, soit condamnable ».

juridictions. De cette façon, il pourra saisir celle qui lui permettra de parvenir au résultat escompté. Or, il n'est pas souhaitable, dans quelque système que ce soit, que les règles de droit soient l'objet de fraude opérée par les justiciables.

1472. Un critère malléable contraire à l'égalité de traitement. Finalement, le recours au critère de la disponibilité des droits pour déterminer l'office du juge est critiquable dans la mesure où il s'agit d'une notion trop malléable susceptible d'avoir des conséquences fâcheuses en termes de sécurité juridique, lesquelles seraient contraires à toute égalité de traitement. C'est pourquoi il est nécessaire de rechercher un encadrement juridique qui se marie mieux avec la règle de conflit classique et les objectifs qu'elle prône.

§ 2 – LA RECHERCHE D'UN OFFICE DU JUGE ADAPTE A LA REGLE DE CONFLIT TRADITIONNELLE GARANTE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

1473. Au regard de la dangerosité que présente l'office du juge en droit international privé en termes de sécurité juridique, doivent être recherchés les éléments qui sont véritablement incompatibles avec les règles de conflit c'est-à-dire avec le droit des conflits (A). L'identification de ces éléments conduira vraisemblablement à une révision de l'office du juge afin que ce dernier concorde avec les objectifs de neutralité et d'égalité (B).

A. DES REGLES PROPRES A L'OFFICE DU JUGE INCOMPATIBLES AVEC LA DISCIPLINE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

1474. Dans l'objectif de vider l'office du juge de ses vices en droit international privé, il convient tout d'abord de relever que celui-ci s'avère parfaitement désuet au regard de la modernisation du droit international privé (1). De la même manière, il s'agit d'un encadrement absolument impertinent au regard de la spécificité de la discipline du droit international privé (2).

1) Un office du juge désuet au regard de la modernisation de la discipline

1475. Outre les aspects théoriques qui invitent à douter de la performance de l'office du juge actuel, il paraît également désuet d'un point de vue pratique dans la mesure où il présente diverses incohérences au regard de la diversification récente des règles de conflit (a). Ce phénomène invite alors à un resserrement de l'office du juge conforme à l'arsenal juridique du droit international privé (b).

a) Un office du juge incohérent avec la diversification récente des règles de conflit

1476. Un office envisagé à l'aune de règles de conflit classiques. La méthode relative à l'office du juge depuis 1999 présente des inconvénients majeurs, outre sa

construction de principe, dans la mesure où elle a été élaborée à l'aune des règles de conflit classiques c'est-à-dire abstraction faite de la nouvelle structure des règles de conflit modernes et de leurs sources. Il semble que l'office du juge préconisé par la Cour de cassation soit plus facile à mettre en œuvre à l'égard d'une règle conflictuelle bilatérale classique à rattachement simple qu'à l'égard d'une règle conflictuelle bilatérale moderne à rattachements multiples et/ou à caractère substantiel.

1477. Un office inadapté aux règles de conflit modernes. En effet, « la diversification moderne des règles de conflit quant à leur structure complique leur éventuelle application d'office par le juge »²⁰⁰⁶. Le travail du juge s'amplifie inévitablement puisque « les règles à forme alternative appellent (un travail plus complexe) que les règles de conflit de facture bilatérale classique »²⁰⁰⁷ afin de déterminer s'il est question de droits indisponibles. Plus vraisemblablement, dans la mesure où la structure des règles de conflit s'est modifiée, le juge sera souvent invité, dans l'hypothèse de règles à caractère substantiel, à rechercher « la teneur des lois en présence afin de déterminer le résultat auquel elles conduisent »²⁰⁰⁸. Or, « si une règle de conflit alternative donne le choix à une partie, le juge ne saurait lui en imposer un autre ; mais il pourrait attirer son attention sur l'existence du choix et même peut-être sur le fait que celui opéré n'est pas le plus conforme à ses intérêts »²⁰⁰⁹. En d'autres termes, si le travail du juge se complexifie, il sera conduit par le résultat substantiel recherché par la règle de conflit, mais aussi par les parties. Ainsi, l'office du juge serait fonction d'un résultat substantiel.

1478. Un office vecteur d'aléa eu égard à la modernisation de la discipline. De plus, « s'agissant des règles de conflit de lois issues des règlements européens (...) les Etats membres jouissent de l'autonomie procédurale »²⁰¹⁰. Par conséquent, l'office du juge en droit positif, s'il se complexifie et qu'il se lie au résultat substantiel visé, demeurera variable. Chaque juge déterminera, à sa propre façon, quelle loi est la plus à même de rendre au justiciable le résultat espéré, et ainsi de déterminer si la règle de conflit est applicable d'office ou non. La méthode ne va donc qu'aggraver l'aléa de solutions déjà existant à l'égard des règles de conflit classiques. En vérité, théorie et pratique invitent plutôt à évincer le critère de

²⁰⁰⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 326.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁰⁹ *Ibid.*

²⁰¹⁰ *Ibid.*, § 325.

disponibilité des droits et à resserrer l'office du juge conformément au droit international privé.

b) Le resserrement juridique souhaité de l'office du juge

1479. La nécessaire réformation de l'office du juge. Dans la mesure où les règles actuellement appliquées à l'office du juge en droit international privé sont incompatibles avec les nouvelles règles de droit international privé, il serait préférable d'opérer un resserrement des règles autour de l'office du juge. En effet, celui-ci doit indubitablement faire l'objet d'une évolution juridique. Comme l'a affirmé le Professeur Muir-Watt, « il est fort probable que le droit communautaire (induite) des changements importants dans l'état actuel du droit positif » dans la mesure où « l'avènement d'instruments de droit dérivé communautaire va sans doute conduire à un renforcement de l'office du juge national » eu égard aux « objectifs sociétaux portés par les règles de conflit »²⁰¹¹. De même, « il est également probable que la mise en œuvre d'un droit fondamental, notamment du droit d'accès à la justice, (soit) de nature à induire un renforcement de l'office du juge du for lorsque l'action en justice imposée en vertu d'un droit d'accès au juge postule la mise en œuvre d'une loi étrangère ».

1480. Une réformation nécessitée par son incompatibilité avec l'évolution de la discipline. Véritablement, l'auteur ne fait que mettre en lumière l'incompatibilité qui existe entre l'office du juge actuellement conçu avec les nouvelles règles de conflit issues de l'Union européenne. C'est pourquoi au regard de ses propos, l'office du juge devrait effectivement faire l'objet d'un renforcement plus conforme à toutes les règles de conflit qui composent la discipline du droit international privé. Plus profondément, il doit être réformé afin d'une part, d'être applicable quelle que soit la règle de conflit concernée, et d'autre part, de respecter les objectifs du droit des conflits de lois c'est-à-dire la neutralité et l'égalité de traitement. De cette façon, il faut en amont revoir la manière d'appréhender les règles de conflit du droit international privé dans l'optique de mettre un terme à l'encadrement relativement tangent auquel elles sont assorties.

2) Un encadrement juridique impertinent au regard de la spécificité du droit international privé

1481. Au-delà du fait que l'office du juge soit conçu au regard d'un critère contestable et qu'il manque d'adaptabilité, il ne fait tout simplement pas l'objet d'un encadrement juridique pertinent au regard de la particularité que présente la matière du droit

²⁰¹¹ H. Muir-Watt, « Loi étrangère », *op. cit.*, § 7.

international privé. En effet, d'une part, la Cour de cassation relègue la règle de conflit à un rang supplétif par rapport aux autres règles de droit. Or, une telle appréhension de ces règles est inadmissible dans n'importe quel ordre juridique (a). D'autre part, elle fait totalement abstraction du caractère international de la situation. Ce raisonnement ne peut être toléré puisqu'il a nécessairement pour conséquence de mettre un terme à l'effectivité dont doivent se prévaloir les règles de conflit (b).

a) *La relégation inadmissible de la règle de conflit à un rang supplétif*

1482. L'assimilation des règles de conflit à un rang supplétif. Si les règles imputables à l'office du juge sont discutables tant au regard de ses fondements que de son adaptabilité, c'est parce que les règles du droit international privé ne sont pas reconnues à leur juste valeur. En effet, en considérant que certaines règles sont obligatoires pour le juge et que d'autres ne le sont pas, les règles de droit international privé, c'est-à-dire principalement de conflit sont reléguées à un rang supplétif par rapport aux règles de droit²⁰¹². Ainsi, « ne pas imposer cette application revient à faire de la règle de conflit – dans sa forme bilatérale – une règle dépourvue de sanction, une *lex imperfection* ou encore facultative »²⁰¹³.

Motulsky considérait, à ce sujet, qu'« en reconnaissant à la règle de conflit un caractère impératif, on lui attribue la nature d'une norme juridique ; mais en la traitant comme facultative, on lui dénie ce caractère »²⁰¹⁴. Or, « il n'y a pas de règle de droit facultative pour le juge »²⁰¹⁵ puisqu'« impérative ou supplétive, une règle de droit devient applicable et donc obligatoire pour le juge dès lors que ses conditions d'application sont réunies »²⁰¹⁶. Comme l'affirmait Motulsky, « elle est toujours obligatoire pour le juge, ou elle n'est pas une règle de droit »²⁰¹⁷. Par conséquent, en opérant une distinction dans l'office du juge à propos d'une application obligatoire ou facultative des règles de conflit à son égard, la Cour de cassation tend à reléguer ces règles à une échelle inférieure à celle des règles de droit.

1483. La reconnaissance de la règle de conflit comme véritable règle de droit.

Cependant, les règles de droit international privé, bien qu'elles présentent un caractère

²⁰¹² Voir en ce sens : Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la Première Ch. civile des 11 et 18 oct. 1988) », *RCDIP* 1989, p. 279, lequel affirmait notamment que : « la jurisprudence *Bisbal* méconnaissait que la règle de conflit de lois était une règle de droit français applicable à ce titre d'office sans qu'il fût besoin de se demander si elle était ou non d'ordre public ».

²⁰¹³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 322.

²⁰¹⁴ H. Motulsky, « La condition de la loi étrangère en France », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, § 10.

²⁰¹⁵ *Ibid.*

²⁰¹⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 322.

²⁰¹⁷ H. Motulsky, *op. cit.*, § 10.

particulier dans la mesure où elles ont pour fonction essentielle de déterminer le champ d'application dans l'espace des lois en conflit (et non de résoudre au fond le litige), elles font partie intégrante de tout ordre juridique. Par conséquent, elles sont des règles de droit, et ceci, au même titre que les règles de fond issues du droit interne et/ou du droit supranational. De ce constat, il convient d'en déduire que « la mise en jeu de la règle de droit objectivement applicable s'impose au juge parce qu'il s'agit d'une règle de droit »²⁰¹⁸. Cela signifie bien que « respecter la norme, pour le juge, c'est l'appliquer d'office »²⁰¹⁹.

1484. La confusion de l'office du juge avec les caractères supplétif et impératif des règles de droit. En vérité, il semblerait que l'office du juge en droit international privé se soit construit sur un raisonnement quelque peu erroné dans la mesure où apparaît une confusion avec les caractères impératif et supplétif qui sont reconnus aux règles de droit. Comme l'expliquait Motulsky, « une règle supplétive peut, certes, être écartée par la volonté des particuliers ; elle est, dans ce sens, facultative ; mais si une telle volonté ne s'est pas manifestée, le juge est tenu de respecter cette norme, toute « dispositive » qu'elle puisse être »²⁰²⁰. Ainsi, l'office du juge en droit international privé serait confondu avec la faculté dont les parties peuvent parfois se prévaloir pour écarter une règle de droit supplétive. Or, les pouvoirs du juge doivent être parfaitement distingués de ceux des parties et les règles de droit international privé doivent retrouver leur rang de règles de droit afin d'être traitées conformément à leur nature première. En outre, l'état de la jurisprudence en matière d'office du juge ne fait que confirmer que le problème est pris à contrepied. En effet, « l'application d'office de la loi étrangère (...) a donné et donne encore lieu à une jurisprudence abondante et malheureusement très fluctuante et incertaine »²⁰²¹. Il s'agit sans doute là des conséquences issues d'un régime construit sur des bases relativement erronées. C'est pourquoi il faut absolument repenser l'office du juge en droit international privé pour rendre aux règles de droit international privé leur juste valeur de règles de droit, mais également prendre en compte leur nature particulière.

b) L'abstraction intolérable du caractère international de la situation

1485. La spécialité des règles de conflit à raison de l'extranéité du litige. Si les règles de droit international privé sont des règles de droit, elles sont aussi, essentiellement, des

²⁰¹⁸ H. Motulsky, *op. cit.*, § 11.

²⁰¹⁹ *Ibid.*

²⁰²⁰ *Ibid.*, § 10.

²⁰²¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 357.

règles de conflit c'est-à-dire qu'elles ont pour objet de s'appliquer à une situation internationale de laquelle ressort un ou plusieurs éléments particuliers. C'est pourquoi ces règles de droit sont considérées comme spéciales. Or, le Professeur Mayer a considéré que l'élément d'extranéité possédait « une position procédurale spéciale (...) qui conditionne le droit applicable »²⁰²². Selon lui, l'élément d'extranéité constitue un fait qui conditionne « l'existence même, le contenu même de la majeure du syllogisme » c'est-à-dire qu'« il s'agit de faire entrer dans le syllogisme, en tant que majeure, une règle de droit plutôt qu'une autre »²⁰²³. Ainsi, l'élément d'extranéité, spécifique aux situations internationales, invite à l'application d'office des règles de conflit. En d'autres termes, « contrairement aux autres faits (...), l'élément d'extranéité n'est pas à la disposition des parties » et « dès lors, on peut obliger le juge à relever d'office l'élément d'extranéité sans contrevenir au principe dispositif »²⁰²⁴. Il faut voir dans ce raisonnement que l'élément d'extranéité constitue un fait spécial qui ne relève pas des éléments de fait « à la disposition des parties ». Or, il s'agit d'une remarque pertinente dans la mesure où véritablement les éléments d'extranéité conditionnent le déclenchement du droit international privé. C'est pourquoi ils ne peuvent être traités comme de simples faits classiques sur lesquels les parties fondent leurs prétentions. Il s'agit de faits spéciaux qui commandent effectivement la mise en œuvre des règles de conflit.

1486. L'élément d'extranéité comme élément spécifique au statut procédural de la discipline. Les règles de conflit constituent des règles de droit et leur application est conditionnée par l'existence d'un élément d'extranéité. Par conséquent, même s'il s'agit d'un élément de fait en principe, il s'agit d'un élément spécifique au statut procédural du droit international privé. C'est pourquoi il doit être traité de manière différente par rapport aux autres faits, et être relevé d'office, quelle que soit la situation, afin que les règles de droit international privé, c'est-à-dire les règles de droit de l'ordre juridique saisi, soient appliquées, comme n'importe quelle autre règle de droit. En imposant au juge de relever d'office l'élément d'extranéité, son office en droit international privé correspondra et respectera la nature même des règles de droit international privé. D'ailleurs, certains auteurs relevaient qu'en adoptant cette formule, la structure même des règles de conflit bilatérales serait respectée puisqu'« une véritable égalité de traitement entre la loi étrangère et la loi

²⁰²² P. Mayer, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *TCFDIP*, 1975-1977, p. 234.

²⁰²³ *Ibid.*, p. 250.

²⁰²⁴ B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, § 259.

française »²⁰²⁵ serait engendrée. En effet, en adoptant un office du juge fonction de la nature internationale du litige, loi du for et loi étrangère seront traitées de manière identique. Ainsi, il pourrait éventuellement être mis fin à l'inégalité de traitement existante entre ces lois avec la jurisprudence actuelle. Véritablement, en considérant d'une part que la jurisprudence actuelle n'est pas adaptée aux règles de droit international privé, et d'autre part qu'elle ne traite pas ces règles conformément à leur nature, il est absolument nécessaire d'envisager une révision de l'office du juge.

B. LA REVISION DE L'OFFICE DU JUGE SUGGEREE PAR L'EGALITE DE TRAITEMENT

1487. Dans la mesure où l'office du juge actuellement pratiqué par la jurisprudence présente des défauts véritablement regrettables, il convient de le réviser. C'est pourquoi il est nécessaire d'établir un office du juge compatible avec les préceptes du droit international privé, lequel devra toutefois demeurer conforme aux principes directeurs du procès (1). De cette façon, il sera mis fin à la distinction relative à la disponibilité des droits pour rendre aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement toute leur vigueur (2).

1) L'application obligatoire des règles de conflit respectueuse des principes directeurs du procès

1488. Au regard de tous les éléments défectueux imputables à l'office du juge actuel, il est inéluctable de procéder à son remplacement afin de rendre l'intégralité des règles de droit international privé obligatoires (a). L'admission de cette application d'office des règles de conflit s'inscrit simplement en toute conformité avec les principes directeurs du procès (b).

a) Le remplacement de l'office du juge par l'application obligatoire des règles de conflit

1489. La révision intégrale de l'office du juge. Les nombreux défauts imputables à l'office du juge établi par la Cour de cassation, tant sur le plan théorique que sur le plan pratique, invitent à plusieurs considérations afin d'encadrer l'office du juge en droit international privé. Tout d'abord, il s'avère que l'office du juge ne doit en aucun cas être fondé sur une distinction relative à la nature des droits en cause. En effet, eu égard à l'insécurité juridique et à l'aléa de solutions qu'elle engendre, elle doit tout bonnement être supprimée de l'office du juge. Ensuite, il est nécessaire d'abolir l'idée selon laquelle les règles de droit international privé doivent être traitées différemment de n'importe quelle autre règle

²⁰²⁵ B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006, n°33-35, spéc. p. 269.

de droit. Il s'agit de règles de droit dont l'application doit être identique à celles des règles de fond. Enfin, doit être prise en compte la particularité de leur mise en œuvre procédurale laquelle est conditionnée par l'élément d'extranéité. Il doit être admis qu'il s'agit d'un fait spécial, qui n'est pas aux mains des parties, mais de celles du juge, lequel se doit de relever d'office leur existence. Son office doit donc être relatif à cet élément d'extranéité afin que les règles de conflit soient appliquées comme toute autre règle de droit.

1490. Un office du juge fidèle au caractère international des situations litigieuses. En résumé, cela signifie que l'office du juge ne doit plus être conditionné par la nature des droits en cause mais par le caractère international que présente la situation soumise au juge saisi. Ainsi, dès lors que la situation est internationale, le juge doit le relever d'office, et par conséquent, toute règle de conflit sera appliquée d'office. Une fois que les règles de conflit seront appliquées, réapparaîtra la question de la disponibilité des droits, puisque les règles de conflit elles-mêmes prennent en compte la nature des droits en cause pour permettre aux parties, dans le cadre de droits disponibles, de déjouer le jeu classique de ces règles, afin de laisser l'autonomie de la volonté prévaloir. De cette manière, l'office du juge serait plus respectueux de la discipline du droit international privé et de ses règles. La différence entre règles impératives et règles supplétives ne se poserait qu'à un stade postérieur. En outre, ce système se justifie au regard des principes directeurs du procès et les respecte.

b) L'application d'office des règles de conflit conformément aux principes directeurs du procès

1491. Une application d'office au nom des principes directeurs du procès. Il convient de préciser qu'en adoptant le principe selon lequel les règles de conflit doivent être appliquées d'office par le juge, ce cadre se conformerait simplement aux principes directeurs du procès et aux règles de droit applicables en droit processuel français. En effet, en considérant à la fois que les règles de conflit doivent être appliquées au même titre que les règles de droit, et qu'elles doivent être appliquées parce que le juge se doit de relever obligatoirement un élément d'extranéité, sont respectés l'article 12 du Code de procédure civile, ainsi que le principe du dispositif.

1492. Une application d'office conforme à l'article 12 du CPC. D'une part, l'article 12 du CPC prévoit que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ». Par conséquent, il convient que le juge tranche tout litige international conformément aux règles de droit applicables c'est-à-dire conformément aux règles de droit international privé. Ainsi, il s'agit « d'appliquer d'office la loi parce qu'elle est

la loi, et non pas parce qu'elle est d'ordre public »²⁰²⁶. Les règles de conflit sont appliquées obligatoirement parce qu'elles sont des règles de droit, et non parce qu'elles présentent un caractère impératif.

1493. Une application d'office conforme au principe du dispositif. D'autre part, pour que les règles de conflit soient appliquées, il convient que le juge, dans le silence des parties relève d'office le ou les éléments d'extranéité qui conditionnent leur mise en œuvre. Néanmoins, il pourrait être considéré qu'il s'agisse d'une méthode contraire au principe du dispositif lequel octroie la maîtrise des faits aux parties. Cependant, « l'office du juge ne se définit pas uniquement par une interdiction (celle de puiser des éléments de faits hors du dossier) et par une obligation (celle de statuer conformément aux règles de droit qui lui sont applicables) puisqu'« entre deux, il y a une place pour un pouvoir, celui de prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions »²⁰²⁷. Or, lorsqu'il s'agit de faits présentant un caractère spécial consistant à conditionner l'état procédural des règles de droit international, il semble que son relevé soit justifié par sa spécificité même. Il ne s'agit plus d'un fait quelconque, mais d'un fait spécial lié à l'application des règles de conflit. Il leur est en quelque sorte indissociable.

De plus, cette méthode ne conduira pas à remettre en cause le principe du dispositif dans la mesure où « relever d'office l'élément d'extranéité est pour le juge le moyen de remplir sa fonction de serviteur de la loi, sans modifier la nature, et sans élargir l'objet du différend qui lui est soumis »²⁰²⁸. Par conséquent, le principe du dispositif ne serait en aucun cas remis en cause puisque la matière litigieuse déterminée par les parties ne sera pas étendue. Elle sera simplement analysée différemment.

1494. Une application d'office sous l'hospice du contradictoire. Enfin, si « la loi étrangère (est) du droit au regard de l'office du juge, ce dernier est obligé d'appliquer la loi compétente quand bien même les parties ne l'y inviteraient point, sous réserve cependant des droits de la défense, qui l'obligent, le cas échéant, à interpeller les plaideurs »²⁰²⁹. « Il est donc nécessaire que le juge fasse connaître aux parties le droit étranger qu'il a à appliquer, et leur

²⁰²⁶ H. Motulsky, *op. cit.*, § 12.

²⁰²⁷ B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, § 258.

²⁰²⁸ *Ibid.*, § 259.

²⁰²⁹ H. Motulsky, « L'office du juge et la loi étrangère », in *Mélanges offerts à Jacques Maury, op. cit.*, spéc. p. 337 et s., § 62.

donne la possibilité d'assurer la défense de leurs intérêts selon ce droit »²⁰³⁰. Ainsi, si l'article 12 du Code de procédure civile et le principe du dispositif justifient l'application d'office des règles de conflit, et sont respectés, doit être préservé *a contrario* le principe du contradictoire à l'égard des parties²⁰³¹, lequel demeure protégé sous l'égide du droit au procès équitable²⁰³². C'est pourquoi comme tel est le cas en droit positif, « le principe du contradictoire, (...) s'impose au juge dès lors qu'il prend l'initiative de soulever le conflit de lois (et) de déterminer la règle de conflit applicable »²⁰³³. Ainsi, en imposant que toutes les règles de conflit soient obligatoires pour le juge, sont respectés les principes directeurs du procès dans leur intégralité, mais également sont préservés les objectifs spécifiques à la méthode bilatérale, à savoir neutralité et égalité de traitement.

2) L'extinction de la distinction conforme aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement

1495. La suppression de la distinction relative à l'office du juge en droit positif se justifie au regard de la nature même de la règle de conflit, mais également des principes directeurs du procès. Cependant, cette abolition présente bien d'autres avantages puisque d'une part, elle préserve le principe de neutralité (a), et d'autre part, elle garantit un traitement égalitaire dans la mise en œuvre de la règle de conflit par le juge (b).

a) Le principe de neutralité préservé par le déclenchement d'office de la règle de conflit

1496. En considérant que le juge, dès lors que la situation présente un caractère international, doit appliquer les règles du droit international privé, à savoir les règles de conflit, la neutralité de la méthode sera nécessairement préservée. En effet, « admettre cette directive c'est justement imposer au juge d'appliquer d'office le droit étranger, c'est adopter le système qui correspond parfaitement à l'idée à la base du conflit des lois dans l'espace, et

²⁰³⁰ M. K. Yasseen, « L'office du juge dans l'application du droit étranger et la preuve de ce droit », *RCADI*, 1962, vol. n°109, spéc. p. 566.

²⁰³¹ Voir en ce sens : CA de Paris, 11 sept. 2018, n°16/19913 dans lequel les juges du fond ont veillé au respect du principe du contradictoire et de l'égalité des armes dans un litige de droit international privé, en considérant en l'espèce que : « la circonstance que l'arbitrage ait eu lieu en anglais, alors que ce n'est pas la langue maternelle de l'appelant, ne peut être regardée comme une atteinte aux principes de la contradiction et de l'égalité des armes dès lors qu'elle a été choisie par les parties dans une relation commerciale à caractère international et que des délais procéduraux raisonnables (...) ont été fixés pour l'instruction de la cause ».

²⁰³² CEDH, 22 janv. 2019, *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c/ Suisse*, n°65048/13, *D. actualité*, 7. fév. 2019, note A. Bolze, dans lequel la Cour rappelle que « la décision prise par le Tribunal fédéral de priver les requérants de représentation, sans les informer et sans qu'ils aient été entendus pour remédier à l'irrégularité a porté atteinte à leur droit à un procès équitable ».

²⁰³³ H. Muir-Watt, « Loi étrangère », *op. cit.*, § 5.

met mieux en valeur les règles de conflit »²⁰³⁴. Ainsi, si pour chaque situation internationale, les règles de conflit sont appliquées, aucune préférence ne sera adressée à la loi du for ou à la loi étrangère, de la même façon que la loi applicable sera déterminée conformément à une approche de localisation du rapport de droit. En aucun cas les conceptions propres d'un ordre juridique ne seront prises en compte comme cela peut être le cas aujourd'hui avec un office opérant une distinction selon qu'il s'agisse de droits disponibles ou indisponibles. Finalement, il s'agit simplement de respecter la fonction même du droit des conflits de lois consistant à déterminer le champ d'application dans l'espace des lois en conflit sous l'égide de la neutralité. De plus, l'application d'office de toutes les règles de conflit garantit l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale identique.

b) L'égalité de traitement garantie par la mise en œuvre d'office de la règle de conflit

1497. Si l'application d'office des règles de conflit permet de préserver la neutralité de la méthode, elle garantit également l'égalité de traitement. Si chaque juge applique d'office, dès lors que la situation présente un caractère international, les règles de conflit qui lui sont applicables, alors chaque situation sera traitée de manière identique, quelle que soit la juridiction saisie. Si aucune distinction n'est opérée entre droits disponibles et indisponibles, il sera mis fin à l'aléa de solutions émanant de l'incertitude de la notion. Chaque règle de conflit sera appliquée à juste titre, tout comme n'importe quelle autre règle de droit, dès lors qu'elle peut légitimement entrer en jeu c'est-à-dire chaque fois que la situation présente un caractère international. En d'autres termes, seule l'application d'office de toutes les règles de conflit, dès lors que la situation révèle des éléments d'extranéité, paraît justifiée et à même de respecter les aspirations prônées par la méthode conflictuelle classique. Néanmoins, cela ne vaut que lorsque la règle de conflit ne fait pas l'objet de contrariétés au stade de sa mise en œuvre par le juge.

SOUS-SECTION 2 : LA LEVEE DES EXCEPTIONS A L'OFFICE DU JUGE PAR RECOURS A LA LOI DES LIENS LES PLUS ETROITS

1498. Classiquement les règles de droit international privé, c'est-à-dire essentiellement les règles de conflit, sont mises en œuvre par le juge conformément à son office. Cependant, il se produit parfois certaines situations dans lesquelles le déclenchement de la règle de conflit est perturbé. D'une part, celui-ci peut s'avérer impossible à raison

²⁰³⁴ M. K. Yasseen, *op. cit.*, spéc. p. 565.

d'obstacles qualifiés d'insurmontables, qui se traduisent par une absence d'éléments de rattachement. Or, il ne s'agit là que d'un qualificatif, lequel est absolument surmontable grâce à la méthode conflictuelle (§ 1). D'autre part, l'application de la règle de conflit peut également être déjouée par le recours des parties à un accord procédural, lequel s'avère discutable au regard de la méthode conflictuelle (§ 2).

§ 1 – L'IMPOSSIBLE EXECUTION DE LA REGLE DE CONFLIT A RAISON D'OBSTACLES A PRIORI INSURMONTABLES

1499. L'office du juge dans son application classique peut être perturbé lorsque la règle de conflit retenue à l'égard de la situation internationale possède des éléments de rattachement qui font défaut en l'espèce. Afin de remédier à ce type d'obstacles, la jurisprudence a naturellement considéré qu'il convenait d'appliquer subsidiairement la *lex fori* (A). Or, si cette vocation peut être défendue, elle s'avère toutefois critiquable en termes de légitimité et de réalisme. Par conséquent, il serait préférable de lui substituer un autre rattachement, voire tout simplement de supprimer ce rattachement subsidiaire en adoptant une méthode universelle garante de l'égalité de traitement (B).

A. LA VOCATION SUBSIDIAIRE NATURELLE DE LA LOI DU FOR EN CAS DE DEFAILLANCE DES ELEMENTS DE RATTACHEMENT

1500. Il est des cas dans lesquels le juge est contraint d'appliquer la *lex fori* parce que les éléments de rattachement retenus par la règle de conflit initialement applicable sont défaillants (1). Or, par mesure de nécessité, il a été admis par la jurisprudence, que la loi de la juridiction saisie devait s'appliquer à titre subsidiaire (2).

1) L'inapplication de la règle de conflit en cas de défaillance des rattachements

1501. Si l'office du juge peut faire l'objet de certaines contrariétés, il convient d'en étudier les hypothèses et leurs solutions en amont, afin d'en comprendre l'opportunité dans un système conflictuel classique. Ainsi, il apparaît qu'il est fait application subsidiaire de la *lex fori* en cas de défaillance du rattachement retenu par la règle de conflit (a). Néanmoins, il semble que cette application soit limitée à certaines catégories de rattachement (b).

a) L'application subsidiaire de la lex fori en cas de défaillance du rattachement

1502. L'application de la *lex fori* à défaut de rattachement. Il arrive que l'exécution de la règle de conflit par le juge s'avère impossible. En effet, il se peut que, lorsque le juge fait application de la règle de conflit, il se heurte à un obstacle issu de la défaillance des éléments de rattachement. Par conséquent, « la loi étrangère compétente ne

peut être déterminée parce que les éléments de rattachement font défaut »²⁰³⁵. Face à cette situation, la jurisprudence, depuis les arrêts *Bisbal*²⁰³⁶, puis *Masson*²⁰³⁷, a admis le principe de vocation subsidiaire de la loi du for c'est-à-dire que la loi du for est « appliquée chaque fois que dans diverses circonstances accidentelles, il est pratiquement impossible d'éviter que la règle de conflit échoue dans la désignation de la loi applicable »²⁰³⁸. Il ne s'agit donc que d'une « compétence subsidiaire » laquelle « n'est qu'une vocation (qui) ne se manifeste que dans la mesure où la méthode adéquate de règlement de conflit ne permet pas d'établir un rattachement à la loi d'un Etat membre déterminé »²⁰³⁹.

1503. L'application de la *lex fori* à titre subsidiaire. L'office du juge peut donc être perturbé par la défaillance de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit. C'est pourquoi la jurisprudence, face à ce type d'hypothèses, a résolu la difficulté par le recours subsidiaire à la loi du for. En effet, si les situations internationales sont en principe soumises aux règles de conflit de l'ordre juridique dont elles relèvent, elles ne peuvent, par exception, n'être encadrées par aucune loi lorsque le rattachement retenu fait défaut. Ceci justifie donc qu'il faille appliquer, subsidiairement, une autre loi qui selon la jurisprudence française est celle du for. Fort heureusement, la vocation subsidiaire de la loi du for ne se limite qu'à quelques cas particuliers.

*b) L'application subsidiaire limitée de la *lex fori* à certaines catégories de rattachement*

1504. La défaillance des rattachements limitée à certaines catégories de rattachement. En général, « la défaillance des éléments de rattachement se présente essentiellement pour le statut le personnel » notamment parce qu'il existe « des apatrides, dont l'état et la capacité doivent (...) être régis par une loi »²⁰⁴⁰. Il s'agit des cas dans lesquels, « le rattachement n'existe pas en l'espèce »²⁰⁴¹. Or, ce domaine se cantonne au statut personnel. Il peut également s'agir de cas dans lesquels « le rattachement existe mais est inconnu » notamment lorsqu'on « ignore la situation dans l'espace à un moment donné » d'un meuble²⁰⁴². Ou bien, il peut encore être question de l'hypothèse dans laquelle le rattachement

²⁰³⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 346.

²⁰³⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 12 mai 1959, *Bisbal*, préc.

²⁰³⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1991, *Masson*, *RCDIP* 1992, p. 314, note Muir-Watt.

²⁰³⁸ P. Gothot et P. Lagarde, *op. cit.*, § 101.

²⁰³⁹ J.-G. Mahinga, « L'office du juge français et la règle de conflit », *P. A.*, 16 mai 2008, n°99, p. 16, à propos de l'arrêt suivant : Cass., Civ. 1^{ère}, 9 janv. 2008, n°06-19.659, *Dalloz* 2009, p. 1557, note P. Courbe.

²⁰⁴⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 347.

²⁰⁴¹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 176.

²⁰⁴² *Ibid.*

est connu « mais n'est pas de nature à désigner un ordre juridique »²⁰⁴³. Il s'agit du cas où « un bien se trouve dans un espace non soumis à la souveraineté d'un Etat (haute mer) ou disputé entre deux Etats »²⁰⁴⁴.

1505. Des hypothèses de défaillance réduites. Il semble donc que les hypothèses dans lesquelles le rattachement peut faire défaut se cantonnent au statut personnel et au statut réel mobilier. En effet, à l'inverse, « pour le statut réel immobilier, l'élément de rattachement ne saurait faire défaut »²⁰⁴⁵ puisque l'immeuble est nécessairement localisable. Finalement, il semble que les catégories de rattachement concernées par une possible défaillance des éléments de rattachement soient relativement réduites. C'est pourquoi eu égard à ces quelques exceptions, la jurisprudence s'est contentée d'un principe général d'application subsidiaire de la loi du for plutôt que d'une solution casuistique selon le problème en cause. En outre, l'établissement de ce principe par la jurisprudence constituait une nécessité à la réussite d'un système de droit des conflits de lois fonctionnel.

2) L'application subsidiaire de la loi de la juridiction saisie par nécessité

1506. Le choix opéré en faveur d'une application subsidiaire de la *lex fori* semble se justifier au regard de la juridiction saisie, c'est-à-dire au regard du rattachement que présente la situation internationale avec la juridiction (a). Or, outre cet argument pertinent, l'application subsidiaire de la *lex fori* assure au sujet de droit une véritable sécurité juridique dans la mesure où pour chaque litige il y a une solution (b).

a) L'application subsidiaire de la lex fori en tant que rattachement juridictionnel

1507. Le recours à la *lex fori* justifié par le rattachement juridictionnel. Il importe de considérer que le recours à la *lex fori* de manière subsidiaire se justifie. Dans la mesure où la règle de conflit initialement applicable n'a pas vocation à s'appliquer en raison de la défaillance du rattachement retenu, il convient d'appliquer la loi du for puisqu'il s'agit de la loi de la juridiction saisie. Plus précisément, la compétence de la *lex fori* découle simplement du rattachement juridictionnel à la juridiction du for. En effet, « la circonstance qu'un tribunal est saisi transforme la relation juridique qui lui est soumise en un rapport juridique »²⁰⁴⁶. Par conséquent « en raison de cet aspect judiciaire pris par le rapport, (...) l'Etat dont le tribunal est saisi (...) aurait à le surveiller en y appliquant sa propre loi, comme

²⁰⁴³ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 176.

²⁰⁴⁴ *Ibid.*

²⁰⁴⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 347.

²⁰⁴⁶ P. Gothot et P. Lagarde, *op. cit.*, § 103.

il l'applique, en principe, à tout rapport venant à se localiser dans l'espace dont il a la charge »²⁰⁴⁷. Il s'agirait en quelque sorte d'une vocation naturelle de la loi du for à s'appliquer à la situation qui lui est soumise.

1508. La vocation naturelle et universelle de la *lex fori*. Foncièrement, il suffit seulement de considérer que dans la mesure où le rattachement retenu fait défaut, il convient de retenir le rattachement juridictionnel, lequel peut s'appliquer à n'importe quelle situation. De plus, il est possible d'avancer aussi l'argument selon lequel la loi du for a une « vocation universelle » c'est-à-dire qu'elle permet « au juge auquel (la) situation est soumise d'appliquer la loi française, car elle représente un modèle de comportement toujours convenable, à défaut d'une autre mieux adaptée »²⁰⁴⁸. En d'autres termes, au regard du rattachement juridictionnel que présente la situation internationale avec la juridiction saisie, ainsi que de la vocation universelle de la loi du for, ces éléments suffisent à considérer l'application subsidiaire de la loi du for comme légitime. En outre, celle-ci assure au droit des conflits de lois et aux sujets de droit un traitement sécurisé.

b) L'application subsidiaire de la loi du for par mesure de sécurité juridique

1509. Un traitement sécurisé de toute situation internationale. L'application subsidiaire de la loi du for s'avère d'autant plus pertinente en ce qu'elle assure une véritable sécurité juridique aux sujets de droit. En effet, il paraîtrait inconcevable, lorsque le rattachement de la règle de conflit applicable fait défaut, que la situation ne soit pas résolue par une quelconque solution. Ainsi, en appliquant la loi du for, la solution « montre que l'objectif final du problème n'est pas de répartir des compétences législatives, mais de résoudre des questions civiles ou commerciales ». Si les sujets de droit, dans une situation internationale, sont soumis aux règles du droit international privé, ils saisissent avant tout les juridictions dans le but de régler les problèmes de fond auxquels ils sont confrontés. C'est pourquoi en appliquant la loi du for, ils ne devront pas faire face à un vide juridique. Leur litige fera bien l'objet d'un encadrement juridique.

1510. Un traitement similaire de chaque situation internationale. En outre, l'application subsidiaire, mais générale de la loi du for conduit à traiter tous les sujets de droit de manière identique devant les juridictions françaises. Ainsi, quelle que soit la règle de conflit en cause, dès lors que son rattachement fait défaut, le sujet de droit se verra appliquer

²⁰⁴⁷ P. Gothot et P. Lagarde, *op. cit.*, § 103.

²⁰⁴⁸ *Ibid.*, § 102.

la *lex fori*. Par conséquent, tout effet de surprise est écarté et chacun est traité de manière équivalente. Ainsi, il va sans dire que l'application subsidiaire de la loi du for semble relativement cohérente et présente de nombreux avantages en termes de sécurité juridique. Néanmoins, si cette solution paraît légitime, elle est toutefois contestable à raison de son manque de réalisme eu égard aux situations internationales.

B. DE LA SUBSTITUTION A LA SUPPRESSION DU RATTACHEMENT SUBSIDIAIRE A LA LEX FORI

1511. En réalité, si le recours subsidiaire à la *lex fori* peut être défendu, il est tout de même critiquable au regard de son manque de légitimité et de réalisme qui pourrait alors le conduire à être substitué aux liens les plus étroits (1). Néanmoins, il serait possible, plutôt que d'opérer cette substitution, de simplement le supprimer en adoptant la méthode universelle à rattachement unique aux liens les plus étroits (2).

1) Le recours illégitime et irréaliste à la *lex fori* en tant que rattachement subsidiaire

1512. Malgré les justifications et les avantages imputables à l'application subsidiaire de la loi du for en cas de défaillance des éléments de rattachement, son recours est toutefois contestable tant au regard de la situation internationale que du principe même de la méthode conflictuelle. L'application de la *lex fori* ne peut être considérée comme légitime en termes de rattachement eu égard aux différents points de rattachement constituant la situation internationale (a). Afin de correspondre à la réalité du cas d'espèce, et à l'idéologie de la méthode conflictuelle, il serait préférable de recourir à un rattachement subsidiaire en faveur des liens les plus étroits (b).

*a) L'absence de légitimité de la *lex fori* en termes de rattachement*

1513. Si le recours subsidiaire à la *lex fori* peut se justifier en termes de sécurité juridique, il est toutefois critiquable en termes de points de rattachement. Certes, dès lors qu'une situation internationale est soumise à une juridiction, elle présente un rattachement juridictionnel avec celle-ci. Néanmoins, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si ce rattachement est pertinent eu égard à la situation considérée. En effet, l'aspect pragmatique du recours subsidiaire à la *lex fori* ne doit pas forcément primer face à son absence de légitimité au regard de la situation internationale. D'ailleurs, et à titre d'exemple, en matière de statut personnel, dans l'hypothèse d'une personne apatride, le rattachement subsidiaire à la loi nationale n'est pas en premier lieu la loi du for, mais bien la loi du domicile ou de résidence

connue²⁰⁴⁹. Une telle solution semble plus légitime que le recours à la loi du for dans la mesure où il est admis que les attributs relatifs à la catégorie du statut personnel se constituent au travers de la nationalité et du domicile. Par conséquent, il pourrait être préféré d'opter pour une solution plus légitime, c'est-à-dire véritablement réaliste, conformément à l'objectif du droit des conflits de lois, lequel consiste à localiser de manière neutre et au travers du principe de proximité la situation juridique.

b) *L'application plus réaliste du rattachement aux liens les plus étroits*

1514. L'abandon de la *lex fori* comme rattachement subsidiaire. Afin de garantir, en cas de défaillance des éléments de rattachement, une localisation neutre, mais réaliste du rapport de droit, il convient d'abandonner le principe selon lequel la *lex fori* aurait vocation subsidiaire à s'appliquer. En effet, « si la situation juridique est née à l'étranger et n'a aucune attache avec la France, hormis le fait qu'elle y est soumise à ses juges, le choix de la loi française est particulièrement malvenu »²⁰⁵⁰. En vérité, « il est toujours possible d'imaginer un rattachement subsidiaire qui conviendrait mieux »²⁰⁵¹.

1515. Le recours subsidiaire à la loi des liens les plus étroits. En considérant, dans le cas où le rattachement retenu par la règle de conflit fait défaut, que le rattachement subsidiaire correspond davantage à la réalité de la situation juridique, il faut nécessairement retenir le rattachement aux liens les plus étroits. En retenant ce rattachement comme rattachement subsidiaire sont conservés les avantages que présentait la *lex fori*. L'application subsidiaire de ce rattachement peut également être générale et garantir un traitement sécurisé puisqu'aucun litige ne peut pas faire l'objet d'une impasse. De plus, l'application de ce rattachement permet de répondre à la réalité de la situation internationale, et plus vraisemblablement de l'approche prônée par la méthode conflictuelle classique. Ainsi, si le rattachement retenu par la règle de conflit fait défaut, le rattachement subsidiaire prend le relais pour assurer une localisation du rapport de droit au regard de la proximité qu'il présente avec le territoire d'un Etat dans l'espace. Il ne s'agit donc plus d'un choix arbitraire motivé seulement par un rattachement juridictionnel.

1516. La garantie d'un traitement neutre et égalitaire. En adoptant le rattachement subsidiaire aux liens les plus étroits, la neutralité de la méthode conflictuelle est

²⁰⁴⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 347.

²⁰⁵⁰ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, § 177.

²⁰⁵¹ *Ibid.*

préservée, tout comme l'égalité de traitement est assurée. Effectivement, loi étrangère et loi du for sont traitées sur un pied d'égalité, ce qui n'était pas le cas avec le recours subsidiaire à la *lex fori*. De la même façon que chaque sujet de droit est traité de manière identique. D'ailleurs, cette solution ne semble pas totalement contradictoire eu égard à certaines législations européennes de droit international privé. A titre d'exemple, le règlement Rome I prévoit une série de rattachements spécifiques à chaque type de contrat dans son article 4 aux paragraphes 1 et 2, mais prévoit que « lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits »²⁰⁵². Le règlement a donc opté pour le rattachement aux liens les plus étroits en tant que rattachement subsidiaire. Or, cette démarche s'avère pertinente dans la mesure où il semble plus conforme d'appliquer à un contrat la loi avec laquelle il présente les liens les plus étroits que la *lex fori*. En d'autres termes, par souci de réalisme, mais également de neutralité et d'égalité, devrait être retenu le rattachement subsidiaire aux liens les plus étroits. En vérité, en adoptant une méthode conflictuelle à rattachement unique, le problème est réduit à néant.

2) Le recours suggéré à la méthode universelle des liens les plus étroits

1517. Véritablement, plutôt que de substituer un rattachement subsidiaire à un autre, il serait préférable de tout bonnement supprimer ce rattachement subsidiaire en recourant à une méthode conflictuelle à rattachement unique aux liens les plus étroits (a). De cette façon, les préceptes de la méthode conflictuelle seraient respectés et les objectifs de neutralité et d'égalité réalisés (b).

a) *La suppression du rattachement subsidiaire par recours à un rattachement unique*

1518. S'il paraît plus pertinent et réaliste de substituer à la *lex fori*, le rattachement aux liens les plus étroits, il serait encore plus intéressant de recourir à une règle de conflit de lois unique dont le rattachement serait celui des liens les plus étroits. De cette façon, la question même d'un rattachement subsidiaire en cas de défaillance des éléments de rattachement est supprimée. Le rattachement aux liens les plus étroits empêche la création de situations dans lesquelles le rattachement n'est pas possible à déterminer. Toute situation internationale présente des points de rattachement avec le territoire d'un ou plusieurs Etats. Il suffit donc simplement de déterminer avec lequel elle présente des liens plus étroits. Or, dans

²⁰⁵² Art. 4§4 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I*.

le cas où le seul lien présent s'illustre au travers du rattachement juridictionnel, alors la vocation subsidiaire se dirigera en faveur de la *lex fori*. En sus, la sécurité juridique est garantie, car aucun sujet de droit ne peut être confronté à une règle de conflit qui ne peut lui être appliquée parce que son rattachement fait défaut. Cette méthode est donc la plus à même de garantir l'égalité de traitement.

b) Le retour de l'égalité de traitement par abolition du rattachement subsidiaire

1519. En supprimant simplement la nécessité de recourir à un rattachement subsidiaire en adoptant une méthode conflictuelle à rattachement unique aux liens les plus étroits, les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement sont préservés²⁰⁵³. En effet, la suppression de la vocation subsidiaire de la *lex fori* invite à protéger la neutralité de la méthode en maintenant une approche localisatrice de proximité du rapport de droit. De la même façon, chaque sujet de droit est traité de manière équivalente et peut se voir attribuer tant la loi du for que la loi étrangère. Toutefois, si cette méthode semble être la plus performante en termes de neutralité et d'égalité de traitement, la pratique en est éloignée. C'est pourquoi à défaut, il serait tout de même préférable, dans un premier temps, d'évincer la vocation subsidiaire de la loi du for pour lui substituer la vocation subsidiaire des liens les plus étroits. En outre, si l'office du juge classique peut être contrarié par la défaillance des éléments de rattachement, il peut aussi être perturbé par l'accord procédural que peuvent conclure les parties au moment du litige.

§ 2 – L'ÉVICTION DE LA RÈGLE DE CONFLIT APPLICABLE PAR LE RECOURS DISCUTABLE À L'ACCORD PROCÉDURAL

1520. Si la mise en œuvre classique de la règle de conflit par le juge peut être perturbée par la défaillance des rattachements, elle peut également l'être par les parties. En effet, il est reconnu à celles-ci le droit de recourir, dans certains cas, à un accord procédural dont l'objet consiste à rendre compétente une loi autre que celle désignée par la règle de conflit normalement applicable. Or, cette permission, qui consiste à fausser le jeu classique de la règle de conflit, est vraisemblablement autorisée par la nature des droits en cause (A). Néanmoins, malgré les justifications imputables à son recours, cet instrument demeure aux antipodes d'une méthode conflictuelle neutre et égalitaire (B).

²⁰⁵³ Cf. *supra* § 988 et s.

A. LA MISE A L'ECART DE LA REGLE DE CONFLIT AUTORISEE PAR LA NATURE DES DROITS EN CAUSE

1521. Parallèlement à la défaillance des rattachements, l'accord procédural peut également constituer un élément perturbateur de l'office du juge. En effet, l'accord procédural peut conduire, contrairement à l'application qui peut être faite par le juge des règles de droit international privé, à remettre en cause la loi normalement applicable. Néanmoins, ce procédé demeure parfaitement compatible avec la construction actuelle de l'office du juge (1). De plus, l'admission de l'accord procédural au sein de cet encadrement juridique se justifie au regard de la nature des droits en cause c'est-à-dire les droits disponibles (2).

1) La remise en cause de la loi applicable compatible avec l'office du juge

1522. En droit positif, la remise en cause de la loi initialement applicable est admise dans l'hypothèse d'un accord procédural, lequel consiste à fausser le résultat éconduit en principe par la règle de droit international privé (a). Néanmoins, l'admission jurisprudentielle de ce type d'accord s'installe en parfaite cohérence avec les règles actuelles pratiquées en matière d'office du juge (b).

a) L'éviction du résultat éconduit par la règle de conflit grâce à l'accord procédural

1523. L'admission jurisprudentielle de l'accord procédural. L'office du juge peut être perturbé par la production d'un accord procédural lequel a été consacré par la Cour de cassation depuis l'arrêt *Hannover International* de 1997²⁰⁵⁴. L'accord procédural permet « aux plaideurs (...) de demander l'application au fond du litige d'une loi différente de celle que désigne la règle de conflit de lois »²⁰⁵⁵. En effet, la Cour de cassation, sur la base de l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile²⁰⁵⁶, a autorisé les parties « à substituer une autre règle à celle qui est normalement applicable »²⁰⁵⁷.

1524. Une reconnaissance cantonnée aux droits disponibles. Ainsi, dès lors que les parties ont la libre disposition de leurs droits²⁰⁵⁸, elles peuvent, à l'occasion d'un litige, passer un accord exprès permettant d'appliquer à leur différend une autre loi que celle désignée par

²⁰⁵⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, *Hannover International*, n°95-15.309, *RCDIP* 1997, p. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; *JDI* 1997, p. 804, note D. Bureau ; *GAJFDIP*, n°84.

²⁰⁵⁵ D. Bureau, « L'accord procédural à l'épreuve », *RCDIP* 1996, p. 587.

²⁰⁵⁶ « Toutefois, (le juge) ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès, et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ».

²⁰⁵⁷ B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, § 102.

²⁰⁵⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 19 avr. 1988, *Roho*, n°85-18.715, *RCDIP* 1989, p. 68, note H. Batiffol ; *Dalloz* 1988, somm. 345, obs. B. Audit.

la règle de conflit normalement applicable par le juge. Pour cela, l'accord procédural doit revêtir une forme « d'accord exprès » c'est-à-dire qu'il doit être « simplement clair ou manifeste »²⁰⁵⁹. De plus, il doit porter sur des droits dont les parties ont la libre disposition, dont la nature sera appréciée « strictement (au regard) du seul objet du litige soumis au juge »²⁰⁶⁰. Il s'agit d'une « approche analytique »²⁰⁶¹ dont l'objet consiste à ne pas se référer purement et simplement à des matières disponibles, mais à décortiquer, dans chaque cas, s'il est question d'un droit (et non d'une matière) disponible. En outre, il est parfaitement reconnu la possibilité pour les parties d'écarter le jeu des règles de conflit par le biais d'un accord procédural. En d'autres termes, cela signifie que l'office du juge tel qu'il est conçu en droit positif français peut être contrarié par la volonté des parties. Néanmoins, il semble que cette contrariété soit cohérente avec la construction du système actuel.

b) *La cohérence de l'accord procédural avec l'office du juge*

1525. Il est admis que les règles de conflit relatives à des droits indisponibles doivent obligatoirement être appliquées par le juge dans l'hypothèse du silence des parties. *A contrario*, lorsque ces règles se réfèrent à des droits disponibles, le juge n'a pas l'obligation de les appliquer. Dans la mesure où le juge n'est pas obligé d'appliquer les règles de conflit parce qu'il s'agit de droits disponibles c'est-à-dire de droits dont les parties peuvent librement disposer, il semble cohérent d'admettre que celles-ci aient la possibilité de conclure un accord procédural à l'occasion d'un litige. En effet, puisque les règles de conflit en matière de droits disponibles ne sont pas obligatoires, il paraît logique que les parties puissent conclure un accord dont l'effet consistera à appliquer une autre loi que celle normalement applicable. De plus, même si les parties ne concluent pas un accord procédural, si elles ne soulèvent pas l'internationalité du litige, et que le juge n'use pas de sa faculté d'appliquer les règles du droit international privé, il est tout aussi probable que le résultat soit différent que celui escompté par l'application des règles de droit international privé. En effet, dans cette hypothèse, sera appliquée la loi du for alors qu'il ne s'agit pas nécessairement de la loi applicable en vertu des règles de conflit. Par conséquent, dans la mesure où les règles de conflit relatives aux droits disponibles sont par nature facultatives, il est totalement correct d'admettre les accords procéduraux au regard de l'office du juge actuel. De plus, outre l'adéquation de cette

²⁰⁵⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 327.

²⁰⁶⁰ P. Hammje, « L'accord procédural des époux sur la compensation du divorce », *RCDIP* 2010, p. 344.

²⁰⁶¹ *Ibid.*

reconnaissance juridique avec l'office du juge actuel, l'admission de l'accord procédural se justifie par la nature même des droits en cause.

2) L'admission de l'accord procédural au regard de la nature des droits en cause

1526. Inséré dans une construction juridique spécifique à l'office du juge en droit international privé, le recours à l'accord procédural semble parfaitement justifié pour d'autres raisons que celle de la cohérence. En effet, l'accord procédural est admis au regard de la prise en compte naturelle de l'autonomie de la volonté en matière de droits disponibles (a). Ainsi, eu égard à la volonté des parties, l'accord procédural doit être reconnu afin de constituer un correctif au pouvoir facultatif du juge en matière de droits disponibles (b).

a) *La prise en compte naturelle de l'autonomie de la volonté*

1527. L'accord procédural justifié par la libre disposition des droits en cause. La reconnaissance de l'accord procédural se justifie par la vocation naturelle de laisser une part d'autonomie à la volonté des parties au regard des droits dont elles ont la libre disposition. En effet, au regard de la jurisprudence établie par la Cour de cassation, « le champ d'application (de l'accord procédural) n'est pas limité à la matière contractuelle (...) mais s'étend à tout différend portant sur un droit disponible »²⁰⁶². Dans la mesure où les parties possèdent la libre disposition de leurs droits, il est naturel que leur volonté soit prise en compte quant à la loi qui sera appliquée à leur situation internationale. C'est pourquoi sous couvert de l'autonomie de la volonté, il est admis que les parties puissent conclure un accord procédural à l'occasion d'un litige lorsque celui-ci vise des droits disponibles.

1528. L'accord procédural justifié par la prise en compte de la volonté des parties. De plus, si les règles de droit international privé sont écartées en matière de droits disponibles, et que le jeu de la méthode conflictuelle est faussé, c'est bien parce qu'il est laissé ou plus précisément qu'il doit être laissé une place à l'autonomie de la volonté. Or, si celle-ci entache la fonction conflictuelle en détournant son objectif de localisation, elle assure à l'inverse une fonction substantielle permettant aux parties d'atteindre le résultat auquel elles pouvaient légitimement prétendre. Ainsi, ce sont la nature des droits en cause qui justifient, au regard de l'autonomie de la volonté, d'admettre la possibilité de recourir à un accord procédural. En outre, il s'agit également d'un correctif au pouvoir facultatif du juge.

²⁰⁶² C. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, 2013, vol. n°359, § 25.

b) *Le correctif au pouvoir facultatif du juge en matière de droits disponibles*

1529. Si l'admission de l'accord procédural s'inscrit en parfaite cohérence avec la construction de l'office du juge actuel, ce n'est pas seulement à raison du fait que le juge n'a pas l'obligation d'appliquer les règles de droit international privé en matière de droits disponibles. Il s'agit, plus précisément, d'un correctif au pouvoir facultatif dont peut user le juge de soulever la règle de droit international privé dans l'hypothèse du silence des parties à propos d'un litige relatif à des droits disponibles. En effet, « le caractère facultatif de la règle de conflit en matière de droits disponibles va de pair avec la possibilité laissée aux parties d'exclure d'un commun accord l'application de la règle de conflit »²⁰⁶³. Ainsi, il a été considéré que, dans la mesure où le juge n'a pas l'obligation d'appliquer la règle de droit international privé en matière de droits disponibles, il semble parfaitement cohérent de laisser la possibilité aux parties de conclure un accord procédural. De surcroît, puisque le juge possède la faculté d'appliquer tout de même la règle de conflit, il doit être permis aux parties de contrecarrer ce pouvoir en recourant à un accord procédural. Ceci se justifie au regard de la nature des droits en cause, lesquels étant à la libre disposition des parties, doivent garantir la prise en compte de leur volonté. En outre, ces règles étant considérées par nature facultatives au regard de l'office du juge actuel, elles ne peuvent être imposées aux parties. Ainsi, la construction juridique de l'office du juge basée sur la distinction des droits disponibles et indisponibles justifie l'admission de l'accord procédural en droit positif. Cependant, si son recours est motivé par l'encadrement juridique existant, il est toutefois contestable au regard de la méthode conflictuelle protectrice des objectifs de neutralité et d'égalité.

B. UN INSTRUMENT AUX ANTIPODES DES OBJECTIFS DE LA METHODE BILATERALE

1530. Bien que l'accord procédural présente de nombreux avantages et s'accorde bien avec les règles applicables à l'office du juge, il demeure un outil procédural particulier qui peut être remis en cause eu égard aux imperfections qui lui sont inhérentes (1). C'est pourquoi afin de respecter l'égalité de traitement, il serait sans doute préférable que ce mécanisme soit tout simplement évincé de la méthode conflictuelle (2).

²⁰⁶³ A. Frignati et H. Muir-Watt, « Loi étrangère : autorité de la règle de conflit de lois », *Rép. intern. Dalloz*, avr. 2017, § 45.

1) Un outil procédural à éradiquer eu égard à ses malformations inhérentes

1531. Si l'accord procédural constitue un instrument cohérent et compatible avec l'office du juge, il n'en demeure pas moins atteint par des imperfections qui conduisent à le remettre en cause en droit positif. D'une part, il s'avère que sa réalisation est vraisemblablement confuse et complexe (a). D'autre part, il constitue une option procédurale relativement contestable eu égard au caractère obligatoire de toute règle de droit (b).

a) *La réalisation confuse et complexe de l'accord procédural*

1532. Les incertitudes issues de l'accord procédural. Malheureusement si l'accord procédural coïncide et répond de l'office du juge en droit français, il soulève de nombreuses difficultés quant à son régime. En effet, si son admission de principe ne fait plus l'objet de discussion, sa mise en œuvre semble relativement floue à l'égard de différents points. Par conséquent diverses interrogations sont suscitées à propos de l'accord procédural, notamment les suivantes : « celui-ci étant lié à la libre disposition des droits, faut-il déterminer ce caractère en contemplation de la *lex fori* ou de la *lex causae* ? Les parties peuvent-elles écarter seulement la règle de conflit du for, ou peuvent-elles désigner une autre loi ? L'accord doit-il être exprès ou peut-on se contenter d'un accord certain ? La dérogation demeure-t-elle concevable lorsque la matière est régie par une convention internationale ? »²⁰⁶⁴. Ainsi, toutes ces problématiques conduisent à considérer que le régime de l'accord procédural fait encore l'objet de nombreuses incertitudes.

1533. Les interrogations issues du critère de droits disponibles. Premièrement, le problème de la référence à la disponibilité des droits relatif à l'office du juge se transcrit à l'hypothèse de l'accord procédural. En effet, se pose la question de savoir selon quelle loi doivent être identifiés les droits disponibles c'est-à-dire la loi du for en tant qu'« interprétation de la règle de conflit » ou la loi étrangère en tant que loi « qu'il s'agit de faire respecter »²⁰⁶⁵. Plus fondamentalement, « cela revient à se demander à quoi les parties renoncent exactement : la règle de conflit ou la loi éventuellement désignée »²⁰⁶⁶. De plus, si un choix est opéré en faveur de l'une ou l'autre loi, il demeure que l'identification reste relativement complexe puisqu'il n'existe pas de définition spécifique des droits disponibles

²⁰⁶⁴ D. Bureau, « L'accord procédural à l'épreuve », *op. cit.*, § 3.

²⁰⁶⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 327.

²⁰⁶⁶ *Ibid.*

permettant une reconnaissance parfaite²⁰⁶⁷. Les défauts imputables à l'office du juge se présentent également pour l'accord procédural²⁰⁶⁸. En outre, afin de déterminer la nature des droits, la Cour de cassation a considéré qu'il fallait se livrer à une approche analytique selon les droits en cause c'est-à-dire par référence au seul objet du litige soumis au juge. Or, une telle méthode « tend à compliquer la mise en œuvre de l'office du juge » et en pratique « conduit au dépeçage d'un même litige, soit du fait de la coexistence en celui-ci de droits disponibles et indisponibles, soit du fait des contingences procédurales d'un degré à l'autre »²⁰⁶⁹. Par conséquent, la mise en pratique de l'accord procédural eu égard à la notion de droits disponibles complexifie véritablement la tâche du juge et invite à un traitement variable selon la juridiction saisie.

1534. L'effet incertain de l'accord procédural. Deuxièmement, demeure le problème de savoir si l'accord procédural a pour objet d'évincer la règle de conflit applicable, ou en vérité le résultat auquel conduit la règle de conflit normalement applicable. Ce problème découle du fait de l'incertitude quant à la loi de référence pour l'appréciation de la disponibilité des droits en cause. Or, il s'avère qu'en pratique, l'accord procédural a sans doute pour effet d'écarter la règle de conflit puisque la disponibilité des droits est appréciée eu égard à la *lex fori* et conformément au caractère facultatif attribué aux règles de conflit en matière de droits disponibles. Il s'agit toutefois d'une supposition laquelle demeure contestable en ce qu'elle privilégie l'approche de l'ordre juridique saisi et bloque tout traitement égalitaire quelle que soit la juridiction saisie.

1535. La forme controversée de l'accord procédural. Troisièmement et dernièrement, d'autres questions ont pu être soulevées quant à la forme que doit revêtir l'accord procédural et au fondement juridique à son appui. Originellement, l'accord procédural, en droit international privé interne, a été fondé sur l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile, lequel exige un accord exprès. Or, l'avènement des conventions internationales, prévoyant la possibilité de faire échec, lors du procès à leur application, est

²⁰⁶⁷ Voir en ce sens : P. Hammje, « L'accord procédural des époux sur la compensation du divorce », *op. cit.*, p. 344 : « Depuis les jurisprudences *Mutuelle du Mans* (Cass., Civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, n°96-16.361, préc.) et *Hannover international* (Cass., Civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, n° 95-15.309, préc.), le critère de répartition de l'office du juge et du pouvoir des parties face à la règle de conflit de lois, tient exclusivement à la libre disponibilité des droits litigieux. Sans donner de définition de l'évanescence notion de droit disponible, la Cour de cassation précise (...) les modalités d'appréciation du critère. La nature disponible ou non des droits dépend strictement du seul objet du litige soumis au juge » dont l'appréciation demeure « fractionnée ».

²⁰⁶⁸ Cf. *supra* § 1473 et s.

²⁰⁶⁹ P. Hammje, « L'accord procédural des époux sur la compensation du divorce », *op. cit.*, p. 344.

venu remettre en cause ce régime interne. En effet, il semblerait que la jurisprudence soit allée « au-delà des bornes posées à l'article 12 alinéa 3 (...) en se déliant des contraintes imposées par cet article » puisque la Cour de cassation, dans l'arrêt *Hannover International*, « a pu admettre que l'accord procédural pouvait résulter de la simple concordance des conclusions des parties, ce qu'exclut l'article 12 alinéa 3 en droit interne »²⁰⁷⁰. Ainsi, si originellement l'encadrement juridique de l'accord procédural se contentait de l'article 12 alinéa 3 du Code de procédure civile, cela ne semble plus être le cas aujourd'hui. En réalité, il semblerait que le droit international privé ait conduit à opérer une distinction, relativement floue entre l'accord procédural de droit interne fondé sur cet article du Code de procédure civile, et l'accord procédural de droit international qui peut être fondé par des règles du droit international privé interne et du droit international privé supranational. Par conséquent, « le traitement dualiste des accords procéduraux en droit interne et en droit international oblige donc les juges, tant qu'il persistera, à analyser avec précision la nature de l'accord sur le droit applicable qu'ils auront relevé, pour en déterminer l'efficacité »²⁰⁷¹. De cette manière, l'accord procédural, en droit international privé ne sera recevable que lorsqu'il aura pour objet de viser « l'application d'une loi différente de celle qui serait résultée de l'application de la règle de conflit applicable »²⁰⁷². Au regard de ces remarques, outre la complexité du raisonnement relative aux droits disponibles, le juge devra également distinguer s'il s'agit bien d'un accord procédural de droit international privé ou de droit interne. De plus, il devra également se demander si l'accord procédural de droit international privé est valable conformément à une disposition internationale contenue dans un règlement européen ou une convention internationale. A défaut, il devra fonder son raisonnement sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui demeure relativement incertaine puisqu'il n'est plus de droit positif de considérer que l'article 12 du Code de procédure civile soit le fondement juridique de l'accord procédural de droit international, mais bien de droit interne.

1536. Un régime confus vecteur d'aléa. Il ressort de tous ces éléments que le régime applicable à l'accord procédural est à la fois confus et compliqué à mettre en œuvre. Ce manque d'encadrement est critiquable dans la mesure où il invite à un aléa de solutions puisqu'en fonction du juge saisi, l'analyse de ces différents points sera totalement variable. En

²⁰⁷⁰ A. Frignati et H. Muir-Watt, *op. cit.*, § 47, spéc. à propos de l'arrêt suivant : Cass., Civ. 2^{ème}, 14 sept. 2006, n°05-10.086, *Dalloz* 2007, p. 1380, note P. Julien.

²⁰⁷¹ M.-N. Bachellier, « De la distinction nécessaire entre l'accord procédural interne et l'accord procédural international, en présence même d'éléments d'extranéité », *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2001, n°347, p. 13.

²⁰⁷² *Ibid.*

outre, toutes ces incertitudes sont sûrement dues à la confusion originelle entre le caractère facultatif et supplétif des règles de droit international privé.

b) *Une option procédurale contestable au regard du caractère obligatoire des règles de conflit*

1537. Une option procédurale issue du caractère confus des règles de conflit en matière d'office du juge. En admettant à l'origine l'accord procédural en droit international privé sur la base de l'article 12 alinéa 3 du CPC, le pouvoir accordé aux parties, relativement au principe du dispositif, a été largement étendu. En effet, « loin de leur offrir la simple faculté de limiter le débat, ce texte leur permet d'obliger le juge à régler le litige par référence à des règles de droit qui, dans la rigueur des principes, ne sont pas applicables »²⁰⁷³. Toutefois, cette façon d'envisager l'accord procédural en droit international est possiblement issue d'une confusion déjà existante au sein de l'office du juge.

Il est considéré, au regard de l'office du juge que certaines règles sont, à son égard, obligatoires et d'autres facultatives. Or, il est contestable de considérer que certaines règles sont facultatives à son égard, dans la mesure où, en principe, toute règle de droit est fondamentalement obligatoire pour le juge²⁰⁷⁴. En revanche, certaines règles de droit sont impératives, et d'autres supplétives, laissant la possibilité aux parties, pour les règles supplétives de les écarter en déterminant au préalable par le biais d'une clause de quelle manière seront régies leurs relations. Malheureusement, il semblerait que le régime de l'accord procédural se soit construit à l'aune de l'office du juge. Ainsi, parce que certaines règles de droit international privé, notamment de conflit, sont considérées comme facultatives, elles peuvent être écartées par les parties *via* l'accord procédural. Est opérée une sorte d'amalgame entre le caractère facultatif des règles de conflit à l'égard de l'office du juge et le caractère supplétif qui pourrait être reconnu à l'égard de ces mêmes règles. Cette confusion a alors conduit à construire un système entier relatif à l'office du juge et à l'accord procédural sur des bases potentiellement contestables puisque les règles de droit international privé sont avant tout, par définition, toutes obligatoires pour le juge. En aucun cas, elles ne sont facultatives. Par conséquent, l'assimilation postérieure de règles facultatives à des règles supplétives que les parties peuvent légitimement écarter semble quelque peu hâtive.

²⁰⁷³ B. Fauvarque-Cosson, *op. cit.*, § 102.

²⁰⁷⁴ Cf. *supra* § 1481 et s.

1538. L'amalgame de l'accord procédural avec l'accord de fond. Véritablement, l'accord procédural en droit international ne constitue pas une extension de l'accord procédural en droit interne, lequel consiste pour les parties à passer un accord « sur les qualifications et points de droit venant limiter le débat judiciaire »²⁰⁷⁵. Il s'agirait plutôt d'une sorte de confusion avec l'accord de fond qui consiste lui aussi à déterminer le droit applicable à la situation internationale, si ce n'est que celui-ci se prend « hors contentieux, lors de la naissance ou pendant le temps des relations, le plus souvent contractuelles »²⁰⁷⁶ entre les parties. Or, il pourrait être contesté sur le plan procédural de recourir à une sorte d'accord de fond au moment du litige dans la mesure où celui-ci a pour objet d'outrepasser l'un des principes directeurs du procès, à savoir le principe du dispositif. De plus, il semblerait que cette question soit d'autant plus litigieuse que les matières faisant l'objet de droits disponibles, en droit international privé, laissent la possibilité aux parties de choisir quelle sera la loi applicable à leurs relations juridiques²⁰⁷⁷.

1539. Vers une suppression souhaitée de l'accord procédural. Finalement, tant au regard des difficultés de mise en œuvre de l'accord procédural que de sa justification relative issue du caractère facultatif des règles de conflit, il semble qu'il soit quelque peu contestable quant à son maintien en droit positif. En effet, outre l'amalgame dont il est issu, il demeure en tout état de cause, relativement difficile à réaliser en pratique. Par conséquent, il est susceptible d'aléa en termes d'application, mais aussi de favoritisme en fonction de la politique législative prônée par le juge saisi ou l'ordre juridique en cause. Simplement au regard de ces considérations, il serait sans doute préférable d'en faire un usage très mesuré, voire même de le supprimer. Or, il semble qu'en abolissant l'office du juge actuel, il soit également envisageable de supprimer l'accord procédural de droit international.

2) L'éviction suggérée de l'accord procédural par respect de l'égalité de traitement

1540. En considérant un système un et entier construit sur une méthode conflictuelle unique consistant à retenir le rattachement aux liens les plus étroits quelle que soit la situation en jeu, il serait envisageable de supprimer l'accord procédural (a). Or, cette abolition

²⁰⁷⁵ M.-N. Bachellier, *op. cit.*, p. 13.

²⁰⁷⁶ *Ibid.*

²⁰⁷⁷ Par ex. art. 3 du règlement (CE) n°591/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelle, *Rome I*, lequel prévoit que « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ».

permettrait de préserver la fonction conflictuelle du droit international privé, et conséquemment, neutralité et égalité de traitement (b).

a) *La suppression de l'accord procédural par la méthode unique des liens les plus étroits*

1541. En reprenant le concept selon lequel toutes les règles de conflit doivent être appliquées dans la mesure où elles sont des règles de droit, et en considérant que la méthode conflictuelle doit s'en tenir au rattachement unique aux liens les plus étroits²⁰⁷⁸, il serait possible d'envisager l'abandon de l'accord procédural de droit international. En effet, si dans chaque situation internationale est appliquée l'unique règle de conflit des liens les plus étroits, il n'est plus nécessaire de recourir à l'accord procédural. Or, si le droit des conflits de lois retient cette règle de conflit, elle doit être encadrée par un faisceau d'indices propres à la catégorie de rattachement en cause. Ainsi, pour les matières où les parties possèdent la libre disposition de leurs droits, l'un des facteurs de rattachement à prendre en compte est par nature celui de l'autonomie de la volonté. Il s'agit d'un critère de rattachement primordial dans la détermination des liens les plus étroits. Par conséquent, en admettant que la loi qui présente les liens les plus étroits, en matière de droits disponibles, prenne en compte l'autonomie de la volonté, il n'est plus véritablement nécessaire de donner la possibilité aux parties de recourir à un accord procédural au moment du litige puisque leur volonté est prise en compte quoi qu'il en soit. De cette manière la vocation naturelle à prendre en compte la volonté des parties en matière de droits disponibles est respectée malgré l'absence d'accord procédural. En outre, en recourant à la méthode unique des liens les plus étroits, est également respectée la méthode conflictuelle.

b) *L'abolition de l'accord procédural nécessitée par la justice conflictuelle*

1542. Une abolition justifiée par la fonction localisatrice de la discipline. En adoptant la méthode unique des liens les plus étroits, l'autonomie de la volonté sera prise en compte en matière de droits disponibles, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un accord procédural. Cependant, cette méthode ne va pas se contenter de prendre en compte le facteur de rattachement tenant à l'autonomie de la volonté, elle va respecter la justice conflictuelle en permettant une approche, non plus substantielle, mais localisatrice du rapport de droit. Ainsi, cette technique sera plus à même de traiter de manière réaliste la situation internationale qui lui est soumise. En effet, le risque en recourant à un accord procédural consiste pour les

²⁰⁷⁸ Cf. *supra* § 985, 986 et 987.

parties à rendre une loi applicable qui ne présente aucun rattachement avec la situation internationale. Par conséquent sera privilégiée la justice substantielle à la justice conflictuelle. Or, une telle conception est contraire à l'esprit de la discipline qui tend à soumettre le rapport de droit à une loi avec laquelle il présente un lien. Plus précisément, l'accord procédural pourrait finalement ouvrir la voie à la fraude à la loi en appliquant une loi parfaitement étrangère à la situation internationale.

1543. Une abolition souhaitée au regard de l'égalité de traitement. De surcroît, la suppression de l'accord procédural mettra un terme à l'aléa qu'il peut engendrer. Tout comme pour l'office du juge, sera supprimée l'éternelle interrogation relative à la disponibilité des droits en cause et ainsi les solutions divergentes n'auront plus lieu d'être. Finalement, le recours à la méthode des liens les plus étroits permettra de préserver la justice conflictuelle à laquelle aspire le droit des conflits de lois consistant à analyser de manière neutre le rapport de droit et à appliquer une méthode équivalente, quelle que soit la situation.

1544. La réformation inévitable du régime d'application de la règle de conflit. En conclusion, le régime applicable à la règle de conflit au moment de son déclenchement est contestable sous l'angle des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. En effet, qu'il soit question de l'office du juge, de la vocation subsidiaire de la *lex fori*, ou encore de l'accord procédural, chacun de ces points de droit se concilie mal avec l'idéologie que prône la méthode conflictuelle dans la mesure où ils engendrent un gros risque d'arbitraire du juge et d'aléa dans le traitement des situations internationales. C'est pourquoi afin de respecter la neutralité de la méthode, et l'égalité de traitement qu'elle implique, ce régime devrait intégralement être remis en cause. De plus, si le régime relatif à la règle de conflit au stade de sa mise en œuvre est critiquable, il convient de s'interroger également sur le régime applicable à la loi matérielle désignée par la règle de conflit. En effet, l'application traditionnelle de la loi étrangère par le juge fait, elle aussi, l'objet d'un encadrement spécifique en droit international privé, lequel doit également être analysé sous l'angle d'une méthode conflictuelle neutre et égalitaire.

SECTION 2 : LE MAINTIEN QUASI UNANIME DU REGIME D'APPLICATION DE LA LOI MATERIELLE COMPETENTE

1545. Si la mise en œuvre de la règle de conflit par les juges du fond fait l'objet d'un encadrement, l'application de la loi matérielle qui en découle en fait également l'objet. D'une part, est appliqué un régime spécifique à l'application de la loi matérielle par les juges. En d'autres termes, dans la mesure où il peut s'agir de la loi étrangère, des règles spécifiques ont

nécessairement dû s'imposer notamment eu égard au statut accordé à la loi étrangère, ainsi qu'au régime imputable à la charge de la preuve. Or, il s'avère que dans l'ensemble, sauf certaines exceptions, ces règles propres au droit international privé sont plutôt enclines à favoriser l'égalité de traitement entre les justiciables (sous-section 1). D'autre part, l'application de la loi matérielle par les juges du fond est contrôlée par la haute juridiction en droit international privé et peut conduire à la censure de leurs décisions. Une nouvelle fois, puisque la loi applicable peut indubitablement être une loi étrangère, il a été également essentiel d'organiser un régime particulier en matière de censure dans l'application de la loi étrangère. Comme pour l'application de la loi étrangère, cet encadrement juridique s'inscrit dans une perspective d'égalité de traitement respectueuse de la méthode conflictuelle. Néanmoins, au regard de certaines exceptions, ce contrôle peut s'y avérer réfractaire (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : L'APPLICATION DE LA LOI MATERIELLEMENT DESIGNEE ENCLINE A L'EGALITE DE TRAITEMENT

1546. Au stade de l'application de la loi matérielle désignée par la règle de conflit, l'égalité de traitement est relativement peu mise à mal puisque le régime applicable tant au statut reconnu à la loi étrangère qu'à la charge de la preuve est vecteur de traitement équivalent pour les justiciables devant les juridictions (§ 1). Néanmoins, il existe certaines hypothèses exceptionnelles pour lesquelles un régime dérogatoire subsiste notamment au regard de l'établissement du contenu de la loi étrangère. Eu égard à ces différentes exceptions, l'égalité de traitement est parfois mise à mal dans la mesure où les effets de la méthode conflictuelle sont biaisés. C'est pourquoi il serait préférable d'y remédier afin de préserver l'égalité de traitement, laquelle est garantie en principe au stade de l'application de la loi matérielle compétente (§ 2).

§ 1 – LA DEFENSE DE LA JURIDICITE DE LA LOI ETRANGERE ET DE L'ETABLISSEMENT DE SON CONTENU PAR LE JUGE

1547. Au stade l'application de la loi matériellement désignée par la règle de conflit, il convient une nouvelle fois de respecter l'égalité de traitement à laquelle peuvent prétendre les sujets de droit. Or, celle-ci est assurée par le statut juridique attribuée à la loi étrangère, lequel permet une application uniforme de la loi matérielle désignée (A). De plus, elle est également garantie par la rationalité du régime pratiquée en matière de charge de la preuve puisque celui-ci s'est construit sous l'égide du principe d'égal accès au droit (B).

A. L'APPLICATION UNIFORME DE LA LOI MATERIELLE DESIGNEE EN TANT QUE REGLE DE DROIT

1548. La règle de conflit « prescrit au juge l'application soit d'une loi étrangère, soit de la loi française »²⁰⁷⁹. Or, s'est posée la question du statut qui devait être accordé à la loi étrangère lorsqu'elle est désignée comme matériellement applicable. Incontestablement, celle-ci doit être appliquée en tant que règle de droit (1). Il s'agit du préalable nécessaire à un traitement neutre et égalitaire des situations internationales (2).

1) L'application incontestée de la loi étrangère comme règle de droit

1549. Si la règle de conflit peut conduire à appliquer la loi étrangère, une interrogation a pu être soulevée quant à la considération donnée à celle-ci. Néanmoins, il semble qu'au regard de son statut de règle de droit, la loi étrangère ne puisse être assimilée à un fait (a). Par conséquent, elle doit nécessairement être reconnue comme du droit (b).

a) La loi étrangère statutairement inassimilable à un fait

1550. La loi étrangère anciennement assimilée à du fait. Il a été longtemps considéré que lorsque la règle de conflit avait pour conséquence de désigner la loi étrangère, celle-ci était appliquée comme du fait. Ainsi, la jurisprudence française opérait une distinction entre la loi française et la loi étrangère en établissant « un ensemble de directives » qui « conduisait à traiter la loi étrangère autrement que la loi française et, ce faisant, à accrédi- ter l'idée que la loi étrangère n'est pas une règle de droit »²⁰⁸⁰. En effet, en considérant, d'une part, que le contenu de la loi étrangère devait être établi par les parties, et d'autre part, que l'interprétation faite par les juges du fond de la loi étrangère ne pouvait être contrôlée par la Cour de cassation, la loi étrangère n'était pas assimilée à du « droit »²⁰⁸¹. Ainsi, étant traitée comme un fait, « il n'y avait qu'un pas (à franchir) » pour « dire qu'elle était un fait »²⁰⁸².

1551. La force juridique de la loi étrangère issue des règles de conflit nationales. Néanmoins, il semble quelque peu hâtif de considérer que la différence de régime dans l'application de la loi étrangère et de la loi du for constitue une raison suffisante pour reléguer la loi étrangère au rang de fait. La divergence de traitement ne peut conduire à soustraire la loi étrangère de toute sa force juridique. C'est pourquoi « de nombreux juristes ont été choqués par l'affirmation selon laquelle la loi étrangère ne serait pas une règle de droit et s'accordent

²⁰⁷⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 323.

²⁰⁸⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 350.

²⁰⁸¹ *Ibid.*

²⁰⁸² *Ibid.*

(...) à admettre que, même étrangère, la loi renferme une certaine dose de juridicité »²⁰⁸³. Cette position était déjà soutenue au XX^{ème} siècle notamment par Bartin lequel considérait que lorsque « la loi étrangère s'applique en France, elle s'y applique parce que le législateur français – ou la jurisprudence française qui le supplée – considère cette application comme juste, comme répondant à un principe de droit »²⁰⁸⁴. En effet, « la règle de conflit du for lorsqu'elle désigne une loi étrangère, donne l'ordre aux autorités du for de ne pas écarter la loi étrangère désignée au seul motif de son extranéité »²⁰⁸⁵. De ce constat, Bartin en tirait deux conséquences. D'une part, « le système français du conflit des lois reste dans la plus étroite dépendance de la souveraineté française et de la loi française, parce que c'est d'elles qu'il tient sa force obligatoire pour le juge français »²⁰⁸⁶. D'autre part, « la loi étrangère, lorsqu'elle est appliquée, en conséquence du système français du conflit de lois, par le juge français, doit être appliquée par lui comme il appliquerait, dans le même cas, la loi française, avec les mêmes garanties, et s'il y a lieu, avec les mêmes réserves »²⁰⁸⁷. Véritablement, l'approche de Bartin relative au statut accordé à la loi étrangère est juste. Dans la mesure où la loi étrangère est appliquée par le juge français grâce à l'application de ses propres règles de conflit, elle doit être traitée comme la loi française. Il faut en déduire que la différence de régime qui peut être imputée à la loi française et à la loi étrangère n'est pas issue de leur différence de statut, l'une étant plus une règle de droit que l'autre. En réalité, la seule raison pour laquelle cette divergence perdure se trouve dans le fait que la loi étrangère est étrangère à l'ordre juridique français. C'est pourquoi elle fait nécessairement l'objet d'un régime quelque peu différent de la loi française. En aucun cas, cette différence ne remet en cause son statut de règle de droit.

1552. La force juridique de la loi étrangère issue des règles de conflit supranationales. En outre, si au XX^{ème} siècle, Bartin, unilatéraliste, préconisait déjà de traiter la loi étrangère comme la loi française dans la mesure où son application est issue de la mise en œuvre de la règle de conflit du for, l'affirmation n'en est que plus vraie au regard du développement des règles de conflit régionales et notamment européennes. En effet, si la loi étrangère doit être traitée de la même manière que la loi française, notamment parce que la loi étrangère est appliquée grâce aux règles de conflit françaises, ce raisonnement s'applique davantage lorsque les règles de conflit sont régionales. Dans le cas où la loi étrangère serait

²⁰⁸³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 350.

²⁰⁸⁴ E. Bartin, *op. cit.*, § 79.

²⁰⁸⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 351, spéc. note 1.

²⁰⁸⁶ E. Bartin, *op. cit.*, § 79.

²⁰⁸⁷ *Ibid.*

appliquée par l'ordre juridique français par le biais de règles de conflit européennes, il paraîtrait parfaitement incohérent de traiter différemment la loi étrangère et la loi du for. Instinctivement, les règles de conflit du for ont certainement tendance à favoriser l'application de la loi du for, comme le préconisait d'ailleurs *Bartin*²⁰⁸⁸. En revanche, les règles de conflit européennes, faisant partie d'une communauté de droit, ont pour objet de désigner la loi applicable conformément à une approche conflictuelle bilatérale. Elles n'ont pas pour objet de désigner la loi de certains Etats par rapport à d'autres. Par conséquent, il semblerait totalement injustifié de considérer la loi étrangère comme du fait contrairement à la loi du for. Ainsi, la loi étrangère doit tout simplement être considérée comme du droit.

b) La loi étrangère nécessairement considérée comme du droit

1553. La loi étrangère synonyme de règle de droit. Raisonnablement, la loi étrangère doit être traitée comme du droit. Comme l'affirmait *Holleaux*, « quand le juge du fait doit juger un procès international, (...) il applique la loi étrangère, le droit étranger exactement au même titre que la loi française ; il n'a aucunement le sentiment d'appliquer une règle différente et encore moins l'impression de se référer à une circonstance de fait ; il a le sentiment qu'il applique le code civil italien, suisse, comme le code civil français ; il a psychologiquement, intellectuellement, le sentiment évident d'accomplir une opération exactement identique »²⁰⁸⁹. Par conséquent, « il y a (...) du point de vue psychologique du juge, une identité ». En effet, le juge, lorsqu'il applique la loi étrangère, l'applique en tant que règle de droit, au même titre que la loi française. En aucun cas, il ne traite la loi étrangère comme une circonstance de fait.

1554. La loi étrangère nouvellement considérée comme du droit. Ainsi, il convient de partir du principe selon lequel « que la loi appliquée soit la française ou une loi étrangère, la règle de droit est toujours la majeure du syllogisme judiciaire, par sa position dans le litige elle remplit toujours la même fonction ; les faits constituant la mineure du syllogisme »²⁰⁹⁰. Dans la mesure où la loi étrangère constitue une règle de droit, au même titre que la loi du for, elle doit être considérée comme du droit par l'ordre juridique du for. C'est pourquoi la Cour de cassation a « en définitive jugé opportun de reprendre à son compte l'affirmation que la loi étrangère est bien une règle de droit, soustraite au régime procédural

²⁰⁸⁸ Cf. *supra* § 133.

²⁰⁸⁹ D. *Holleaux*, intervention in « La condition de la loi étrangère en droit français » de J. *Mauray*, *op. cit.*, p. 123-124.

²⁰⁹⁰ P. *Mayer*, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *op. cit.*, p. 235.

du fait conçu pour le procès interne »²⁰⁹¹. Désormais le droit positif a pris acte du véritable statut de la loi étrangère qui doit légitimement être considérée comme du droit, comme toute règle de droit. Or, une telle estimation revêt une importance en droit international privé afin de préserver l'égalité de traitement issue de la méthode conflictuelle au stade de l'application de la loi matérielle.

2) L'application de la loi étrangère comme règle de droit par mesure d'égalité de traitement

1555. En attribuant à la loi étrangère le même rang que la loi du for, à savoir le statut de règle de droit, toute loi matérielle désignée par la règle de conflit sera obligatoirement applicable par le juge afin de respecter une égalité de traitement des sujets de droit (a). De la même manière, par souci d'égalité de traitement, conformément à la méthode bilatérale, loi du for et loi étrangère seront appréhendées sur un même pied d'égalité (b).

a) L'application obligatoire de la loi reconnue matériellement applicable

1556. L'application obligatoire de la loi compétente conformément à l'office du juge revisité. Il paraît important de reconnaître à la loi étrangère son véritable statut dans la mesure où toute loi matérielle désignée par la règle de conflit doit obligatoirement être appliquée par le juge. En effet, c'est en considérant que la loi étrangère, en tant que loi matérielle, était assimilable à un fait, que « le juge du fond n'était pas tenu de l'appliquer d'office ». Or, dans la mesure où les règles de conflit constituent des règles de droit de l'ordre juridique saisi, elles doivent obligatoirement être appliquées par le juge et produire leurs effets, c'est-à-dire conduire à l'application de la loi matérielle compétente. De plus, cela n'a pas pour conséquence d'évincer la volonté des parties, dès lors que celles-ci voient leur avis pris en compte par la règle de conflit elle-même au regard du rattachement retenu²⁰⁹².

1557. Un caractère obligatoire protecteur de la neutralité de la règle de conflit. Ainsi, en reconnaissant à la règle de conflit le statut de règle de droit²⁰⁹³, tout comme à la loi étrangère possiblement désignée, l'office du juge doit conduire obligatoirement à appliquer la loi matérielle issue de la règle de conflit en jeu. Il s'agit du préalable nécessaire à une méthode neutre. En effet, chaque juge appliquera donc nécessairement la règle de conflit en jeu, et la loi applicable qui en découle. Aucun libre arbitre du juge ne pourra être pris en

²⁰⁹¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 351.

²⁰⁹² Cf. *supra* § 629.

²⁰⁹³ Cf. *supra* § 1482.

compte dans le traitement de la situation internationale. De la sorte, la subjectivité du juge sera écartée, et toutes les situations seront traitées de manière identique sous couvert de l'égalité de traitement. En outre, l'application obligatoire de la loi matérielle désignée, en tant que règle de droit, conduit à traiter de manière identique loi étrangère et loi du for.

b) L'application sur un pied d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère

1558. Le même traitement accordé à la loi du for et à la loi étrangère. En reconnaissant le même statut à la loi du for et à la loi étrangère c'est-à-dire en les traitant toutes deux comme des règles de droit, est respectée l'idéologie de la méthode conflictuelle consistant à placer sur un même pied d'égalité loi du for et loi étrangère. C'est pourquoi il demeure important de considérer la loi étrangère comme du droit et non comme un fait. L'objectif de la méthode conflictuelle bilatérale consiste bien à régir les rapports de droit conformément à une approche localisatrice laquelle peut conduire indifféremment à appliquer la loi du for ou la loi étrangère, lesquelles seront appliquées dans leurs dispositions matérielles au même titre.

1559. Neutralité et égalité de traitement garanties. Finalement, en accordant à la loi étrangère le statut auquel elle peut légitimement prétendre en tant que règle de droit, sont respectés les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement issus de la méthode conflictuelle. En effet, l'égalité de traitement des sujets de droit ne peut passer que par une application équivalente de la loi étrangère et de la loi du for. En sus, si le traitement de la loi étrangère par le droit positif coïncide avec les aspirations prônées par la méthode conflictuelle bilatérale, il faut également qu'il en soit de même au regard de l'établissement du contenu de la loi étrangère.

B. LA RATIONALITE DU REGIME DE LA CHARGE DE LA PREUVE SOUS L'EGIDE DE L'EGAL ACCES AU DROIT

1560. Hormis la question du statut reconnu à la loi étrangère, celle-ci a dû être encadrée eu égard à l'établissement de son contenu. C'est pourquoi par mesure de cohérence avec l'office du juge et le statut juridique reconnu à la loi étrangère, est établi par la Cour de cassation un régime spécifique en droit international privé, lequel fait peser la charge de la preuve sur le juge (1). Ce régime, plus que rationnel, assure aux justiciables, un égal accès au droit, auquel ils peuvent légitimement prétendre (2).

1) Le régime cohérent de la charge de la preuve en droit international privé

1561. Si le régime imputable à la charge de la preuve a subi diverses évolutions en droit international privé, il est aujourd'hui relativement cohérent. D'une part, en transmettant

la charge de la preuve au juge, il s'aligne de manière parfaitement compatible à l'office du juge (a). D'autre part, il s'inscrit en toute conformité avec le statut juridique qui est reconnu à la loi étrangère (b).

a) *Le régime de la charge de la preuve compatible avec l'office du juge*

1562. La charge de la preuve anciennement imputable aux parties. Le régime applicable à la charge de la preuve en droit international privé a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle parallèlement à celle que subissait l'office du juge. Ainsi, il était communément admis depuis la jurisprudence *Lautour*²⁰⁹⁴ que l'établissement du contenu de la loi étrangère incombait aux parties. De plus, il était considéré « sous l'empire (...) de la jurisprudence *Bisbal* » que ce principe « était tempéré en raison des dangers de dénaturation du droit étranger qu'il implique »²⁰⁹⁵. Plus vraisemblablement, à l'époque, l'office du juge offrait une simple faculté au juge de faire application des règles de droit international privé lorsque celui-ci relevait le caractère international de la situation qui lui était soumise. C'est pourquoi il semblait assez peu cohérent de lui imposer d'établir le contenu de la loi étrangère dans la mesure où il n'avait pas l'obligation d'appliquer les règles de conflit. *A contrario*, lorsque les parties soulevaient l'application des règles de droit international privé et que ces dernières conduisaient à l'application de la loi étrangère, il leur incombait en conséquence d'en établir la teneur.

1563. La charge de la preuve nouvellement imputable au juge. Puis, par la suite, la jurisprudence relative à l'office du juge s'est modifiée à plusieurs reprises pour finalement imposer, depuis l'arrêt *Mutuelle du Mans*, au juge d'appliquer obligatoirement les règles de droit international privé en matière de droits indisponibles. C'est pourquoi quelques années après la stabilisation de cette jurisprudence, la Cour de cassation a changé de cap pour s'aligner sur l'office du juge de droit positif. Ainsi, depuis l'arrêt *Sporting*²⁰⁹⁶ de 2002, puis les arrêts *Itraco*²⁰⁹⁷ et *Aubin*²⁰⁹⁸ de 2005, « le juge est tenu de rapporter par tous moyens, avec le concours des parties (...) le contenu du droit étranger »²⁰⁹⁹. Désormais, la charge de la

²⁰⁹⁴ Cass., Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, préc.

²⁰⁹⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 330.

²⁰⁹⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 18 sept. 2002, *Sporting*, n°00-14.785, *RCDIP* 2003, p. 87, note H. Muir-Watt ; *Dalloz* 2003, p. 1513, note G. Lardeux.

²⁰⁹⁷ Cass., Com., 28 juin 2005, *Itraco*, n°02-14.686, *RCDIP* 2005, p. 645, note B. Ancel ; *Dalloz* 2005, p. 2748, note H. Kenfack ; *Dalloz* 2006, p. 1495, note P. Courbe ; *RTD com.* 2005, p. 872, note Ph. Delebecque.

²⁰⁹⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, *Aubin*, n°00-15.734, *RCDIP* 2005, p. 645, note B. Ancel ; *Dalloz* 2005, p. 2748, note H. Kenfack et p. 2883, note N. Bouche ; *Dalloz* 2006, p. 1495, note P. Courbe.

²⁰⁹⁹ C. Delaporte-Carré, « Le juge et la preuve du contenu de la loi étrangère », *D. actualité*, 5 janv. 2007.

preuve, en droit international privé, incombe au juge. Néanmoins, ce dernier peut réclamer le concours des parties dans l'établissement du contenu de la loi étrangère²¹⁰⁰.

1564. L'alignement harmonieux de la charge de la preuve et de l'office du juge.

L'alignement opéré par la Cour de cassation entre la charge de la preuve et l'office du juge semble parfaitement cohérent. En effet, « si l'on admet que le juge a le devoir de relever d'office l'applicabilité de la loi étrangère, il faut également admettre qu'il ne peut rester inactif au stade de l'établissement concret de la teneur de la loi désignée »²¹⁰¹. C'est pourquoi « lorsqu'il est tenu de reconnaître la vocation d'une loi étrangère à intervenir ou même lorsqu'il prend l'initiative de reconnaître cette vocation alors qu'il n'y était pas tenu, le juge doit procéder à la mise en œuvre effective de cette loi »²¹⁰². En effet, le raisonnement s'est renversé depuis la jurisprudence *Mutuelle du Mans*. Puisque le juge a l'obligation désormais d'appliquer les règles de droit international privé en matière de droits indisponibles, il doit, par conséquent, établir le contenu de la loi étrangère lorsque celle-ci est désignée. Il s'agit simplement de cohérence²¹⁰³.

1565. Un régime applicable quelle que soit la nature des droits en cause.

Toutefois, il convient de remarquer que la Cour de cassation ne semble plus distinguer selon qu'il s'agisse de droits disponibles ou indisponibles en matière de la charge de la preuve. Ainsi, quels que soient les droits en cause, le juge doit établir le contenu de la loi étrangère lorsque celle-ci est applicable. Comme a pu l'affirmer le Professeur Muir-Watt, « le développement des obligations de recherche incombant au juge du fond brouille la

²¹⁰⁰ Voir en ce sens, Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2016, n° 15-13.221, *D. actualité*, 17 juin 2016, note F. Mélin ; *Dalloz* 2017, p. 74, note T. Wickers et p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon ; dans lequel la Cour rappelle qu'« il incombe au juge français, qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher la teneur, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ».

²¹⁰¹ F. Mélin, *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond*, Thèse, Reims, 2002, PU Aix-Marseille, 2002, § 191.

²¹⁰² *Ibid.*, § 192.

²¹⁰³ Voir en ce sens : T. Vignal, *op. cit.*, § 161 : « Le lien avec le statut procédural de la règle de conflit de lois apparaît ici avec un relief particulier. Si le juge avait l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit mais que les parties conservaient l'entière maîtrise de la preuve, l'applicabilité d'office demeurerait bien souvent sans aucune portée : il suffirait que les parties ne fassent aucun effort pour établir le contenu de la loi étrangère pour que celle-ci, *in fine*, ne s'applique pas » ; « Il est dès lors indispensable que le juge doive lui-même, au besoin d'office, établir le contenu de la loi étrangère ; et de fait, cette solution a été consacrée par la jurisprudence ».

distinction »²¹⁰⁴ qui est opérée entre les droits disponibles et indisponibles au regard de l'office du juge. En effet, il n'est pas opéré un parfait parallèle sur l'office du juge puisqu'en matière de charge de la preuve, l'obligation faite au juge joue, quels que soient les droits en cause. Par conséquent, cette position opérée par la Cour de cassation invite à remettre une nouvelle fois en cause l'office du juge. Il s'agit d'un argument en faveur d'un office du juge absolu, c'est-à-dire consistant à rendre obligatoire l'application de toutes les règles de droit international privé par le juge. En effet, il convient de rappeler, comme l'affirmait Monsieur Mélin, qu'« en refusant d'imposer de manière globale au juge l'obligation de reconnaître la vocation des lois étrangères à intervenir ainsi que l'obligation de les appliquer, la jurisprudence pose des obstacles à la réalisation de certains des objectifs du droit international privé » et notamment celui selon lequel « la loi appliquée doit être celle qui entretient les relations les plus étroites avec les intérêts en jeu »²¹⁰⁵. En outre, si l'office du juge demeure inadapté en droit international privé, le régime de la charge de la preuve lui semble nettement plus fidèle. En vérité, si l'évolution jurisprudentielle se marie en parfaite cohérence avec celle propre à l'office du juge, elle paraît simplement fondée eu égard au statut désormais reconnu à la loi étrangère.

b) La charge de la preuve conforme au statut juridique de la loi étrangère

1566. Un régime né du statut juridique reconnu à la loi étrangère. Dans leur traité de droit international privé, Batiffol et le Professeur Lagarde affirmaient déjà que « le droit comparé révèle une hésitation, selon que la loi étrangère est perçue comme un élément de fait ou de droit, entre les systèmes qui confient aux parties le soin de prouver le contenu de la loi étrangère et ceux qui font obligation au juge de la rechercher d'office »²¹⁰⁶. Or, il est admis par l'ordre juridique français que la loi étrangère doit être considérée comme du droit. Par conséquent, la Cour de cassation, en reconnaissant le véritable statut de la loi étrangère, c'est-à-dire de règle de droit, ne pouvait qu'aligner son arsenal juridique relatif à la charge de la preuve. En effet, lorsque la loi étrangère était estimée comme du fait, il semblait logique qu'il

²¹⁰⁴ H. Muir-Watt, « Des devoirs du juge dans l'application de la loi étrangère », *RCDIP* 2003, p. 87, § 5, laquelle expose que : « Aujourd'hui, le développement des obligations de recherche incombant au juge du fond brouille la distinction - sans pour autant la faire disparaître. En effet, (...) les arrêts rapportés (*Itraco* et *Aubin*) semblent montrer que dans les litiges d'intérêt privé, l'obligation du juge reste tributaire d'une initiative des parties, au-delà de l'allégation, mais en deçà de la preuve complète de la loi étrangère. L'équilibre est malaisé. Soit, en effet, le conflit de lois - et partant les obligations du juge du fond - existent dès le relevé de l'extranéité, soit on laisse l'intérêt privé jouer pleinement son rôle régulateur. Entre deux chaises, la position adoptée par la Cour de cassation paraît bien inconfortable ».

²¹⁰⁵ F. Mélin, *op. cit.*, 177.

²¹⁰⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 331.

incombe aux parties d'en rapporter la preuve. Or, à partir du moment où elle est considérée comme du droit, la charge de la preuve doit nécessairement reposer sur le juge. Il convient de se rappeler que, si en droit français, la charge de la preuve incombe aux parties, il ne leur est pas demandé de rapporter la preuve du droit français, mais bien des faits qu'elles allèguent. Ainsi, la charge de la preuve en droit international privé doit respecter simplement l'adage selon lequel « la Cour connaît le Droit »²¹⁰⁷.

1567. La traduction procédurale de la fonction du juge. Lorsque « la norme applicable est d'origine française (...) le juge doit rechercher personnellement la règle juridique qui va trouver application et (...) il ne peut être fait grief aux parties de ne pas avoir éclairé la juridiction sur le sens et la portée de celle-ci »²¹⁰⁸. Il s'agit simplement d'appliquer les principes qui régissent le procès et qui consistent à considérer que le juge applique le droit tandis que les parties ont la maîtrise des faits. De ce fait, si la loi étrangère constitue du droit, alors le juge doit en établir la teneur. En effet, « le juge a et doit avoir la maîtrise de la détermination concrète de la matière juridique »²¹⁰⁹. De surcroît, cela participe à éviter tout déni de justice²¹¹⁰. C'est pourquoi même en droit international privé, il incombe au juge d'établir le contenu de la loi étrangère. De surcroît, cela permet de garantir aux sujets de droit une égalité de traitement.

2) L'égal accès au droit assuré par le régime de la charge de la preuve

1568. Grâce au régime applicable en matière de charge de la preuve, l'égalité de traitement est préservée. En effet, en admettant que celle-ci incombe au juge, il est mis fin à la rupture d'égalité qui était engendrée lorsque l'établissement du droit étranger incombait aux parties (a). Désormais, l'égalité d'accès au droit est assurée aux sujets de droit conformément à la fonction de service public de la justice (b).

a) La rupture d'égalité engendrée par l'établissement du droit étranger par les parties

1569. La différence de moyens matériels à disposition des parties. Dès lors que la charge de la preuve du droit étranger incombe au juge, est assurée une égalité de traitement des justiciables. En effet, antérieurement, lorsque les parties devaient établir le contenu de la loi étrangère, l'égalité de traitement était mise à mal au regard des moyens matériels auxquels chacune des parties pouvait avoir accès. Contrairement à l'accessibilité des normes à l'égard

²¹⁰⁷ F. Mélin, *op. cit.*, § 192, « *juris novit curia* ».

²¹⁰⁸ *Ibid.*, § 193.

²¹⁰⁹ *Ibid.*

²¹¹⁰ M. Attal et A. Raynouard, *op. cit.*, § 830.

du juge, celle-ci peut être plus variable pour les parties dans la mesure où elles n'ont pas de moyens mis spécifiquement à leur disposition pour l'établissement de la loi étrangère. Classiquement, il est possible d'établir le droit étranger en recourant à des certificats de coutumes lesquels émanent « d'autorités officielles » et sont accessibles « à la demande d'un plaideur »²¹¹¹. Cependant, « il(s) ne contien(nent) que des renseignements très généraux, essentiellement des traductions de textes, et le plus souvent sur des questions ne prêtant pas à contestation »²¹¹². De plus, « ils sont sollicités par une partie et rémunérés par elle »²¹¹³. Par conséquent, « même dans un débat véritablement contradictoire, il peut exister un déséquilibre de moyens matériels entre les parties, tel que l'une d'elles parviendra à faire prévaloir une version du droit étranger qui n'est pas la plus fidèle »²¹¹⁴.

1570. La charge de la preuve imputable aux parties vectrice d'inégalité. Ainsi, il peut être supposé que l'établissement du contenu de la loi étrangère sera avant tout fonction de la situation économique respective de chaque partie. Or, il serait une erreur de considérer que l'établissement du droit soit fonction d'un critère financier, lequel peut engendrer une rupture d'égalité dans le rapport de la preuve de la loi étrangère. De surcroît, « le certificat de coutume, outre qu'il entraîne des frais, n'offre pas toute garantie de compétence et d'impartialité »²¹¹⁵. Effectivement, plus que le problème de la situation économique des parties, celles-ci, au regard des renseignements, qui leur seront fournis, n'auront certainement pas pu rapporter des preuves considérées comme suffisantes pour établir le contenu du droit étranger. Il se peut que les renseignements transmis manquent de précisions, mais également que leurs conseils aient des compétences relativement variables eu égard à la discipline du droit international privé. Ainsi, le litige sera tranché à l'aune d'un droit étranger potentiellement peu représentatif du droit positif pratiqué par l'Etat en cause. Par conséquent, les solutions seront fonction des preuves rapportées par les parties, et varieront d'une juridiction à l'autre. Or, il ne peut être toléré que la justice soit fonction de l'établissement fait par les parties du droit étranger.

1571. La fin de la jurisprudence *Lautour* justifiée par l'égalité de traitement. En sus, le propre de la justice doit bien consister à traiter tout justiciable de manière équivalente au regard du droit applicable. C'est pourquoi il était préférable d'abolir la jurisprudence

²¹¹¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 333.

²¹¹² *Ibid.*

²¹¹³ *Ibid.*

²¹¹⁴ *Ibid.*, § 330.

²¹¹⁵ *Ibid.*, § 333.

antérieure afin de garantir aux parties une égalité de traitement au regard des moyens qui sont mis à leur disposition. Ainsi, en considérant que l'établissement du contenu de la loi étrangère est imputable au juge, l'égalité des sujets de droit est garantie.

b) *L'égal accès au droit des justiciables garanti par le service public de la justice*

1572. Un objectif spécifique au service public de la justice. Admettre que la charge de la preuve du droit étranger soit imputable au juge semble évident dans la mesure où il est question de normes juridiques et non de données factuelles. Il s'agissait simplement de mettre en conformité le régime de la preuve avec le rôle du juge. En effet, « le juge (est) au service des justiciables, non l'inverse »²¹¹⁶. De la même façon, « l'institution judiciaire est un service public où l'intérêt collectif doit prédominer »²¹¹⁷. Or, comme l'affirmait Monsieur Mélin, « la sauvegarde de l'intérêt collectif n'est guère compatible avec l'opinion selon laquelle l'initiative privée devrait être le moteur du procès, surtout lorsque le débat concerne le droit, et *a fortiori* le droit étranger »²¹¹⁸. En d'autres termes, c'est bien parce qu'il est question de droit, et non plus de fait, qu'il revient au juge d'établir le contenu du droit étranger parce qu'il représente un service public dont l'une des fonctions est d'assurer l'égalité des justiciables.

1573. Un objectif garanti par la fonction du juge. Comme il a pu être considéré²¹¹⁹, toutes les parties ne sont pas aptes à mener des recherches sur le droit étranger applicable et « n'ont pas la possibilité de s'adresser aux conseils les plus qualifiés et les plus familiers des mécanismes du droit international privé et des systèmes juridiques étrangers » ; tout comme elles « n'ont pas non plus les ressources financières permettant de conduire jusqu'à leur terme des recherches relatives à un système juridique étranger »²¹²⁰. C'est pourquoi « le juge (a) l'obligation de déterminer la norme compétente » afin de garantir, eu égard à l'accès au droit, « que tous les plaideurs (aient) des chances égales de voir leurs prétentions consacrées »²¹²¹. Ainsi, il était inévitable d'attribuer au juge la charge de la preuve du droit étranger puisqu'il est compétent, au regard de sa fonction, pour établir le contenu du droit étranger. En effet, les problématiques relatives aux ressources et à l'accessibilité sont écartées pour laisser place à une égalité de tous devant la justice, même en droit international

²¹¹⁶ F. Mélin, *op. cit.*, § 194.

²¹¹⁷ *Ibid.*

²¹¹⁸ *Ibid.*

²¹¹⁹ Cf. *supra* § 1567 et 1568.

²¹²⁰ F. Mélin, *op. cit.*, § 195.

²¹²¹ *Ibid.*

privé. Il revient simplement au juge d'établir le contenu du droit étranger parce que l'égalité d'accès au droit relève de ses fonctions.

1574. Le régime d'application de la loi compétente conforme à l'égalité de traitement. Finalement, le régime applicable en matière de traitement de la loi étrangère et de charge de la preuve en droit international privé est, au regard de la jurisprudence actuelle, le système le plus adapté au respect de l'égalité de traitement. C'est pourquoi il convient de le conserver. Néanmoins, il est certaines situations dans lesquelles ce régime est susceptible de rupture d'égalité à l'égard des justiciables.

§ 2 – L'APPLICATION UNIFORME DE LA LOI MATERIELLE APPLICABLE EXCEPTIONNELLEMENT SUSCEPTIBLE DE RUPTURE D'EGALITE

1575. Si la loi matérielle applicable semble, *a priori*, traitée dans son ensemble conformément à l'égalité de traitement, celle-ci est parfois mise à mal dans certains cas exceptionnels. D'une part, cela vise le cas dans lequel se produit une défaillance dans l'établissement de la loi étrangère. C'est pourquoi il convient de rechercher une solution neutre consistant à recourir de manière subsidiaire à la loi des liens des plus étroits (A). D'autre part, cela concerne l'hypothèse de l'accord procédural dans lequel le régime de la charge de la preuve est remis en cause, lequel invite une nouvelle fois à préconiser sa suppression (B).

A. LA DETERMINATION D'UNE SOLUTION NEUTRE EN CAS DE DEFAILLANCE DANS L'ETABLISSEMENT DE LA LOI ETRANGERE

1576. Il est des hypothèses dans lesquelles il s'avère impossible de rapporter le contenu de la loi étrangère. Face à cette difficulté, la jurisprudence de la Cour de cassation a considéré que le problème devait être résolu par application du principe de vocation subsidiaire de la *lex fori* (1). Néanmoins, si cette solution peut se justifier au regard du régime applicable en matière de charge de la preuve, il demeure contestable sur le plan de la neutralité à laquelle doit être soumis le rapport de droit. C'est pourquoi afin de garantir neutralité et égalité de traitement, il convient de substituer à la vocation subsidiaire de la *lex fori*, la loi des liens les plus étroits (2).

1) La vocation subsidiaire de la *lex fori* en cas d'impossible rapport de la preuve

1577. « Le devoir de recherche du juge du fond a désormais pour seule limite, également commune à toutes les catégories de contentieux, l'impossibilité matérielle

d'accéder au contenu de la loi étrangère »²¹²². Pour remédier à cette limite, il a été nécessaire d'écarter la solution consistant à rejeter la prétention des parties conformément au nouveau régime applicable en matière de charge de la preuve (a). C'est pourquoi par mesure de sécurité juridique, il a été choisi d'appliquer plutôt la *lex fori* à titre subsidiaire (b).

a) *L'exclusion du débouté conformément à la charge de la preuve*

1578. L'application subsidiaire de principe de la *lex fori*. Dans l'hypothèse où le contenu de la loi étrangère ne peut être établi, il a fallu déterminer une solution afin de mettre un terme au litige en question. Au regard de cette difficulté, « deux solutions sont possibles »²¹²³. L'une « consiste à rejeter la prétention de la partie qui avait la charge de la preuve c'est-à-dire à la débouter », l'autre « est de substituer la loi du for à la loi étrangère, au nom du principe de vocation subsidiaire ou générale de la *lex fori* ». Par conséquent, longtemps la jurisprudence a oscillé entre ces deux solutions pour résoudre le problème lié à l'établissement du contenu de la loi étrangère lorsque celui-ci s'avérait impossible. Néanmoins, la jurisprudence a tranché définitivement en 2006 le débat pour considérer que « si le juge français qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut, même en matière de droits indisponibles, faire application de la loi française à titre subsidiaire »²¹²⁴. Par conséquent, la solution de principe consiste à considérer qu'en cas d'impossibilité de rapporter la preuve du droit étranger, la *lex fori* s'applique à titre subsidiaire.

1579. Le rejet cohérent du débouté. Cette solution admise par la Cour de cassation semblait s'imposer eu égard au nouveau régime applicable en matière de charge de la preuve. A l'heure où la preuve du contenu de la loi étrangère n'est plus imputable aux parties, il semblait parfaitement contradictoire d'admettre encore un potentiel débouté de leurs prétentions. En effet, « lorsque cette recherche était essentiellement l'affaire des parties, le juge devait s'assurer avec un soin particulier de l'impossibilité pour la partie invoquant une loi étrangère d'établir le contenu du droit étranger (...); à défaut, le rejet de la demande, ou de la prétention était justifié »²¹²⁵. C'est bien parce qu'il incombait aux parties d'établir le contenu de la loi étrangère que celles-ci pouvaient être déboutées de leurs demandes à titre de

²¹²² H. Muir-Watt, « A défaut de preuve de la loi étrangère, la loi française s'applique à titre subsidiaire », *RCDIP* 2007, p. 575.

²¹²³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 363.

²¹²⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 21 nov. 2006, *Enfant Mikhail*, n°05-22.002, *Dalloz* 2007, p. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seske ; *RCDIP* 2007, p. 575, note H. Muir-Watt.

²¹²⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 336.

sanction. Or, dans la mesure où ce régime a été évincé par la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est pourquoi il était effectivement préférable de trancher le débat en faveur de la loi du for afin de garantir une véritable sécurité juridique aux justiciables.

b) *L'application subsidiaire de la lex fori par sécurité juridique*

1580. Le recours naturel à la vocation subsidiaire de la *lex fori*. L'application subsidiaire de la loi du for s'est imposée d'elle-même par mesure de sécurité juridique. En modifiant le régime imputable à la charge de la preuve, la jurisprudence a nécessairement impacté la solution relative à l'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère. En effet, dans la mesure où désormais il est demandé au juge de rapporter la preuve du droit étranger, il n'est plus possible de sanctionner la défaillance de celle-ci par le recours au débouté. Ainsi, « dans un système où c'est le juge qui a l'obligation d'appliquer et de rechercher d'office la loi étrangère, la défaillance de celle-ci – qui est aussi une défaillance du juge – ne doit pas pénaliser le demandeur »²¹²⁶. Par conséquent « tout rejet pur et simple de la prétention n'est donc pas acceptable »²¹²⁷. Dans la mesure où il n'incombe plus aux parties d'établir le contenu de la loi étrangère, « le rejet de la demande constituerait un déni de justice, plaçant en quelque sorte le rapport juridique hors du droit »²¹²⁸. Ainsi, pour ne pas arriver à des hypothèses de déni de justice favorisant l'insécurité juridique, « il était cohérent (...) de ne plus faire assumer par l'une des parties le risque du doute subsistant au terme d'une activité qu'elle n'est plus chargée de mener elle-même à titre principal »²¹²⁹.

1581. Un recours fervent de sécurité juridique. En d'autres termes, la solution relative à la vocation subsidiaire de la loi du for s'est imposée d'elle-même, et par mesure de sécurité juridique, au regard du régime applicable à la charge de la preuve en droit international privé. Néanmoins si elle garantit la sécurité juridique, elle n'est sans doute pas nécessairement la meilleure solution au regard de l'égalité de traitement recherchée par la méthode conflictuelle.

2) **La substitution de la loi des liens les plus étroits à la *lex fori***

1582. La jurisprudence a tranché le débat relatif au défaut d'établissement du contenu de la loi étrangère en faveur de l'application subsidiaire de la *lex fori* puisque la solution relative au débouté s'avérait incohérente avec le régime de la charge de la preuve actuel. De

²¹²⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 332.

²¹²⁷ *Ibid.*

²¹²⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 336.

²¹²⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 363.

cette façon, l'application de la *lex fori* s'est imposée naturellement eu égard à sa vocation subsidiaire. Néanmoins, cette vocation demeure contraire à la neutralité qui domine la méthode conflictuelle (a). C'est pourquoi il est suggéré de recourir à une nouvelle technique consistant à appliquer subsidiairement la seconde loi qui présente les liens les plus étroits (b).

a) *L'application naturelle de la lex fori : une vocation contraire à la neutralité de la méthode conflictuelle*

1583. L'application classique du principe de vocation subsidiaire de la *lex fori*.

Le recours subsidiaire à la *lex fori* en cas d'établissement impossible du contenu de la loi étrangère consiste en une solution naturelle, c'est-à-dire qui s'est imposée d'elle-même. En effet, « le recours à la loi du for au cas où la loi étrangère compétente conserverait son mystère à l'issue d'une tentative d'exploration demeurée vaine paraît (...) la solution naturelle »²¹³⁰ puisqu'il appartient désormais au juge de déterminer le contenu de la loi étrangère. Dès lors « que le juge est lui-même tenu dans tous les cas de participer à la recherche du droit étranger, il est à même de constater le cas échéant le caractère pratiquement insurmontable des difficultés, et devra seulement s'assurer que les diligences nécessaires ont été faites avant d'en tirer les conséquences en appliquant la loi française »²¹³¹. En d'autres termes, c'est parce que les parties ne peuvent plus être déboutées de leurs prétentions que naturellement l'application subsidiaire de la loi du for a été choisie par la jurisprudence.

En outre, si le choix s'est naturellement opéré en faveur de la *lex fori* à titre subsidiaire parce que la charge de la preuve relève désormais de la compétence du juge, cette solution est véritablement issue de la vocation subsidiaire de la *lex fori*. En effet, il est considéré, en droit international privé que, la loi du for possède une vocation subsidiaire c'est-à-dire qu'elle représente la loi applicable, à titre subsidiaire, en cas de défaillance dans la mise en œuvre de la règle de conflit. C'est pourquoi cette solution en matière d'établissement de la preuve s'est naturellement imposée. Le raisonnement consiste à considérer que « l'échec dans la détermination du contenu de la loi applicable manifeste un dysfonctionnement de la règle de conflit, dont le facteur de rattachement n'aboutit, au cas d'espèce, à aucune disposition

²¹³⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 363.

²¹³¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 336.

applicable, ce qui, habituellement, conduit à la mise en place d'un facteur de rattachement subsidiaire qui peut, en cas de besoin, désigner la loi du for »²¹³².

1584. Une application de principe contestable en termes de neutralité. Néanmoins, s'il est communément admis que la *lex fori* s'applique à titre subsidiaire en cas de défaillance dans la mise en œuvre de la règle de conflit, cette généralité est toutefois critiquable. En effet, il convient de rappeler que l'application subsidiaire de la loi du for n'est justifiée que par un rattachement juridictionnel²¹³³. Vraisemblablement, il est probable que la situation internationale, qui est soumise à la loi du for, présente des points de rattachement avec d'autres ordres juridiques. C'est pourquoi en termes de neutralité, il semble que cette vocation naturelle et subsidiaire de la *lex fori* soit contestable. Il serait préférable de respecter les préceptes imposés par la méthode conflictuelle en adoptant une autre solution.

b) *Le recours suggéré à la seconde loi qui présente les liens les plus étroits*

1585. L'application subsidiaire de la loi des liens les plus étroits. Malgré l'oscillation de la jurisprudence entre deux solutions c'est-à-dire le débouté ou la *lex fori*, il était également envisageable d'opter pour une autre technique. Il convient de maintenir l'exclusion du débouté dans la mesure où les parties ne sont plus tenues de rapporter le contenu de la loi étrangère. De la même façon, il faut exclure l'application subsidiaire de la loi du for dans la mesure où il s'agit d'un choix arbitraire qui peut n'être motivé que par un rattachement juridictionnel. Il ne fait donc pas nécessairement état de la réalité de la situation internationale. C'est pourquoi il serait préférable d'appliquer à titre subsidiaire, la loi avec laquelle la situation présente les liens plus étroits. Il s'agirait donc d'appliquer « la loi subsidiairement compétente, c'est-à-dire avec laquelle la situation présente les liens de second rang »²¹³⁴. En d'autres termes, il s'agirait d'appliquer la loi « considérée comme plus proche de la loi étrangère normalement applicable »²¹³⁵.

1586. Une application subsidiaire conforme à l'égalité de traitement. En sus, il est probable que « celle-ci (soit) fréquemment la loi du for, du fait même des liens qui justifient la compétence juridictionnelle »²¹³⁶. Néanmoins, la loi du for sera appliquée parce qu'elle présente de véritables liens avec la situation internationale et non parce qu'elle

²¹³² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 363.

²¹³³ Cf. *supra* § 1512.

²¹³⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 337.

²¹³⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 332.

²¹³⁶ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 337.

possède une vocation naturelle et subsidiaire à s'appliquer. Quelle que soit la loi qui sera désignée, celle-ci sera dotée d'une véritable légitimité en termes d'application. En effet, conformément à la méthode conflictuelle classique, le rapport de droit sera régi au regard d'une approche localisatrice, c'est-à-dire neutre. De cette façon, les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement de la méthode conflictuelle seront préservés puisque la situation internationale sera encadrée de manière réaliste et non arbitraire. Finalement, si les principes établis à l'égard du traitement de la loi étrangère et du régime de la charge de la preuve doivent être conservés, le règlement du problème relatif à l'établissement de la loi étrangère doit être révisé. Or, pour respecter l'égalité de traitement, il faut opter pour une application subsidiaire de la loi qui présente les liens les plus étroits. Toutefois, une autre exception propre à l'accord procédural peut remettre en cause l'égalité de traitement.

B. L'EGALITE DE TRAITEMENT MISE A MAL PAR LA CHARGE DE LA PREUVE EN MATIERE D'ACCORD PROCEDURAL

1587. Si la preuve du contenu de la loi étrangère s'avère parfois difficile pour le juge et les parties, elle peut également faire l'objet d'un régime d'exception en matière d'accord procédural. En effet, la charge de la preuve semble être modifiée lorsque les parties choisissent la loi applicable à leur litige. Or, cette différence de traitement est contestable puisqu'elle constitue un frein à l'égalité de traitement (1). C'est pourquoi il convient de remettre en cause ce régime afin de préserver l'égalité de traitement issue de la méthode conflictuelle (2).

1) Le régime contestable de la preuve en matière d'accord procédural

1588. Si en principe la charge de la preuve incombe au juge, celle-ci semble *a priori* et par exception imputable aux parties (a). Or, cette différence de régime avec les situations régies classiquement par une règle de conflit provoque une rupture d'égalité entre les sujets de droit placés dans une situation identique (b).

a) La charge de la preuve incombant aux parties en matière d'accord procédural

1589. La portée limitée de la jurisprudence *Sporting* à la mise en œuvre des règles de conflit par le juge. Depuis les arrêts *Sporting*²¹³⁷, puis *Itraco* et *Aubin*²¹³⁸, il est admis que la charge de la preuve incombe au juge, quelle que soit la nature des droits en

²¹³⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 18 sept. 2002, *Sporting*, n°00-14.785, préc.

²¹³⁸ Cass., Com., 28 juin 2005, *Itraco*, n°02-14.686, préc. ; et Cass., Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, *Aubin*, n°00-15.734, préc.

cause. Néanmoins, celui-ci peut demander le concours des parties pour y procéder. Véritablement, la Cour de cassation, dans les arrêts *Itraco* et *Aubin*, a considéré qu'il « incombe au juge qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger »²¹³⁹. En adoptant cette formule, il a été considéré que le juge, quelle que soit la nature des droits en cause, se voyait attribuer la charge de la preuve. Cependant, la formule de la Cour de cassation fait explicitement référence aux problématiques liées à l'office du juge. En effet, en employant la formule « soit d'office, soit à la demande d'une partie », la haute cour vise l'office du juge actuel. En d'autres termes, le juge doit rechercher le contenu de la loi étrangère, lorsque celle-ci est appliquée d'office en matière de droits indisponibles ou lorsque celle-ci est appliquée à la demande de l'une des parties en matière de droits disponibles. Par conséquent, la formule consiste indéniablement à considérer que le juge doit rechercher la teneur de la loi étrangère lorsque celle-ci émane de l'application d'une règle de conflit que celle-ci ait été appliquée d'office par le juge ou à la demande des parties. En revanche, cela n'implique pas nécessairement que cette règle vise l'accord procédural lequel consiste en un accord entre les parties dont l'objet est de choisir la loi applicable au litige, mais surtout d'évincer la règle de conflit normalement applicable. C'est pourquoi au regard de la formule employée par la Cour de cassation, il serait possible de s'interroger sur la portée de cette jurisprudence à son égard.

1590. La charge de la preuve de l'accord procédural soumise à la jurisprudence ancienne. En appliquant strictement la formule de la Cour de cassation, il devrait être considéré que l'accord procédural demeure soumis à la jurisprudence ancienne puisque l'accord procédural n'est pas issu de la mise en œuvre d'une règle de conflit. C'est pourquoi il devrait être opéré un retour en arrière jusqu'à l'arrêt *Lautour*²¹⁴⁰ dans lequel « la Cour de cassation confia (...) la charge de la preuve de la loi étrangère à l'auteur d'une prétention régie par cette loi »²¹⁴¹. En effet, à l'origine, la jurisprudence relative à la charge de la preuve en droit international privé ne se souciait pas des fondements juridiques et notamment des règles de conflit à l'appui de l'invocation de la loi étrangère. Il peut donc être opéré un

²¹³⁹ Cass., Com., 28 juin 2005, *Itraco*, n°02-14.686, préc. ; et Cass., Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, *Aubin*, n°00-15.734, préc.

²¹⁴⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 25 mai 1948, *Lautour*, préc.

²¹⁴¹ P. Roubin et H. Muir-Watt, « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère », *Rép. intern. Dalloz*, avr. 2017, § 14.

parallèle avec l'accord procédural puisque celui-ci n'émane pas d'une règle de conflit et est invoqué par les parties. Ainsi, en matière d'accord procédural, il semblerait que la charge de la preuve incombe aux parties. Toutefois, certains pourraient considérer que l'accord procédural, relevant des droits disponibles, doit y être assimilé et admettre que la charge de la preuve incombe au juge. Cependant, au regard du raisonnement opéré par la Cour de cassation, il semble que cette admission puisse être discutable. C'est pourquoi il est possible de considérer que l'accord procédural reste à la charge des parties quant à l'établissement du droit étranger. Or, une telle solution est contestable, notamment sur le plan de l'égalité de traitement.

b) La rupture d'égalité engendrée par la charge de la preuve de l'accord procédural

1591. La réintroduction d'une rupture d'égalité entre les parties. Si le régime de la charge de la preuve en matière d'accord procédural incombe aux parties, une rupture d'égalité pourrait apparaître entre les parties qui ont recours à un accord procédural et celles qui n'y ont pas recours. En effet, lorsque les parties sont soumises aux règles de conflit, que celles-ci aient été appliquées d'office ou à leur demande, la charge de la preuve incombe nécessairement au juge. En revanche, si les parties choisissent de recourir à un accord procédural, conformément à la possibilité qui leur est offerte, elles doivent établir le contenu de la loi qu'elles invoquent. Par conséquent, elles sont traitées différemment selon le cadre auquel elles sont soumises. En effet, dans le cas où la charge de la preuve incombe au juge, même si celui-ci peut solliciter le concours des parties, celles-ci ne pourront pas voir leurs prétentions rejetées. Le juge devra nécessairement « résoudre la question litigieuse »²¹⁴². En revanche, dans le cas de l'accord procédural, il serait possible de considérer un retour de l'ancienne jurisprudence au regard de laquelle, en cas de défaillance dans l'établissement du contenu de la loi étrangère par les parties, celles-ci voient leurs prétentions rejetées.

1592. L'égalité d'accès à la justice de nouveau mise à mal. De plus, hormis cette différence de régime, il est indéniable que l'accessibilité à la justice sera de nouveau mise à mal. En effet, il ne faut pas oublier que même en présence d'accord procédural, la loi étrangère demeure du droit et ne peut être traitée comme du fait. C'est pourquoi l'établissement de son contenu relève de la compétence du juge, conformément à sa

²¹⁴² P. Roubadin et H. Muir-Watt, *op. cit.*, § 27.

fonction²¹⁴³. Il ne devrait donc pas être opéré de distinction entre l'office du juge et l'accord procédural par souci d'égalité de traitement entre les parties.

2) La remise en cause de la charge de la preuve de l'accord procédural par mesure d'égalité de traitement

1593. Le régime applicable à l'accord procédural en matière de charge de la preuve est contestable au regard de la rupture d'égalité qu'il engendre avec les situations internationales classiques. Néanmoins, il s'avère que celle-ci est atténuée en pratique dans la mesure où les accords procéduraux ont principalement pour effet de désigner la *lex fori* (a). Cependant, il serait plus simple, afin de garantir l'égalité de traitement, de supprimer l'accord procédural du droit international privé pour préférer une méthode dans laquelle toute règle de conflit serait appliquée d'office (b).

a) Une rupture d'égalité atténuée en pratique

1594. Une rupture d'égalité théorique. Au regard de la rupture d'égalité de traitement engendrée par la différence de régime pratiquée entre l'accord procédural et l'application de la règle de conflit, doit être relevée l'impertinence de cette différence. En effet, quelle que soit la méthode conduisant à l'application de la loi étrangère, celle-ci demeure légitimement applicable. De plus, quelle que soit l'hypothèse, la loi étrangère constitue toujours une disposition juridique laquelle doit être traitée de manière identique. C'est pourquoi elle devrait être appréhendée par le juge, quelle que soit la situation, et ceci afin de préserver l'égalité de traitement entre situations internationales.

1595. Une rupture d'égalité atténuée par la désignation de la loi du for. Néanmoins, il convient de remarquer qu'en pratique, « c'est en faveur de la loi du for que (s'opère) la renonciation » en matière d'accord procédural, « les parties s'abstenant d'invoquer la loi étrangère »²¹⁴⁴. Ainsi, si, en théorie, l'accord procédural permet aux parties de choisir une loi étrangère applicable à leur litige, en pratique, l'accord procédural désigne généralement la loi du for. C'est d'ailleurs l'hypothèse explicitement visée par la jurisprudence *Karl Ibold*²¹⁴⁵ rendue la même année que la jurisprudence *Hannover International*. Par conséquent, dans la mesure où l'accord procédural a essentiellement pour effet de désigner la *lex fori*, les problématiques relatives à la charge de la preuve disparaissent

²¹⁴³ Cf. *supra* § 1570 et 1571.

²¹⁴⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 327.

²¹⁴⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1997, *Karl Ibold*, n°95-15.557, *RCDIP* 1998, p. 60, note P. Mayer.

puisque les parties n'auront plus à établir le contenu du droit étranger. Le juge appliquera son propre droit et la question de la preuve sera évincée. Finalement, si en théorie pouvait exister une rupture d'égalité, celle-ci semble disparaître en pratique dans la mesure où les accords procéduraux sont essentiellement reconnus au profit de la *lex fori*. En vérité, ce phénomène s'explique à raison du fait que, en pratique, les parties, ne soulevant pas l'application du droit international privé, invoquent la *lex fori* au fondement de leurs prétentions. Par conséquent, les juges du fond en déduisent que la volonté des parties était, par le biais d'un accord procédural tacite, d'appliquer la *lex fori*. En outre, si la rupture d'égalité relative à la charge de la preuve demeure incertaine, voire théorique, elle pourrait tout simplement être évincée en supprimant l'accord procédural international du système applicable en droit des conflits de lois.

b) *La rupture d'égalité supprimée par abolition de l'accord procédural*

1596. Le retour de l'égalité de traitement par suppression de l'accord procédural. Vraisemblablement toutes les interrogations persistantes à l'égard de la charge de la preuve en matière d'accord procédural pourraient tout simplement être supprimées en abolissant l'accord procédural. En effet, il apparaît que celui-ci constitue un élément faussant les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement prônés par la méthode conflictuelle²¹⁴⁶. Ainsi, il serait préférable de rendre toutes les règles de conflit d'office applicables et de supprimer l'accord procédural afin de garantir ces objectifs et surtout un traitement identique, quelle que soit la situation internationale²¹⁴⁷.

1597. Des exceptions à remettre en cause au regard de l'égalité de traitement. En d'autres termes, le régime applicable dans son ensemble au statut reconnu à la loi étrangère et à la charge de la preuve favorise considérablement l'égalité de traitement. Néanmoins, certaines exceptions suscitent parfois une rupture d'égalité. C'est pourquoi elles devraient être remises en cause, voire supprimées. En outre, l'égalité de traitement est aussi assurée, en principe, par le contrôle qui peut être opéré à l'égard du juge dans l'application de la loi matériellement désignée.

²¹⁴⁶ Cf. *supra* § 1540 et 1541.

²¹⁴⁷ Cf. *supra* § 1542.

SOUS-SECTION 2 : LE CONTROLE DU JUGE DANS L'APPLICATION DE LA LOI DESIGNEE INCIDEMMENT REFRACTAIRE A L'EGALITE DE TRAITEMENT

1598. En principe, la Cour de cassation assure aux sujets de droit et aux justiciables, par le biais de différents contrôles, une juste application de la loi française par les juges du fond. Or, l'avènement du droit international privé, a suscité des interrogations relatives à ce contrôle lorsqu'il est question d'appliquer la loi étrangère à la suite du déclenchement des règles de conflit. Afin de garantir *a minima* une bonne application de la loi étrangère par les juges du fond, la haute cour s'est octroyée la possibilité de censurer leurs décisions par le biais du seul contrôle de légalité. Par conséquent, les sanctions relatives à la mise en œuvre du droit international privé par les juges du fond semblent être réduites, mais demeurent toutefois efficaces (§ 1). Par exception, la Cour de cassation se refuse parfois à sanctionner la mauvaise application de la règle de conflit par les juges du fond en leur permettant de recourir à la théorie de l'équivalence. Néanmoins, il semble que cette admission soit nettement discutable au regard des préceptes prônés par la discipline du droit international privé, et plus spécifiquement du droit des conflits de lois (§ 2).

§ 1 – LE CONTROLE RELATIF DE LA HAUTE JURIDICTION A L'EGARD DE L'APPLICATION DE LA LOI ETRANGERE

1599. A l'issue de l'exécution de la méthode conflictuelle, il est possible que le juge applique la loi étrangère. Néanmoins, cette application est susceptible de contrôles spécifiques, dans la mesure où la loi étrangère ne peut être soumise, comme la loi du for, aux cas d'ouverture classiques de pourvois en cassation. Or, par mesure de cohérence avec le droit étranger, la Cour de cassation s'accorde à exclure les pourvois fondés sur la violation de la loi étrangère (A). En revanche, et par respect de la méthode conflictuelle, elle s'autorise à recevoir les pourvois relatifs à la motivation des décisions (B).

A. L'EXCLUSION COHERENTE DES POURVOIS FONDES SUR LA VIOLATION DE LA LOI ETRANGERE

1600. Lorsqu'une loi étrangère est appliquée par les juges du fond, « la question se pose de savoir si l'interprétation qu'elle a reçue peut donner lieu à un pourvoi en cassation »²¹⁴⁸. Or, il est classiquement admis que les pourvois fondés sur la violation de la loi étrangère sont irrecevables, ce qui semble contestable eu égard aux divergences

²¹⁴⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 339.

d'interprétation qui peuvent être générées (1). Néanmoins, dans la mesure où il est question de la loi étrangère, il paraît conforme à l'égalité de traitement de rejeter les pourvois relatifs à l'interprétation de celle-ci (2).

1) L'irrecevabilité contestable des pourvois fondés sur la violation de la loi étrangère

1601. Les pourvois pour violation de la loi étrangère sont écartés par la Cour de cassation dans la mesure où celle-ci considère que l'interprétation de la loi étrangère est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond. Néanmoins, cette position peut s'avérer contestable en termes de sécurité juridique (a). De plus, elle semble justifiée par une assimilation erronée de la loi étrangère aux contrats (b).

a) *L'interprétation de la loi étrangère soumise à tort à l'appréciation souveraine des juges du fond*

1602. Le rejet du contrôle de la violation de la loi étrangère. Il est admis depuis longtemps que la Cour de cassation se refuse à contrôler la violation de la loi étrangère²¹⁴⁹. Ainsi, « si la Cour de cassation s'assure que le juge du fond a bien appliqué la loi étrangère compétente, elle se refuse en revanche à vérifier si ce dernier a déterminé correctement le contenu réel et le sens de la loi étrangère »²¹⁵⁰. Par conséquent sont exclus trois cas d'ouverture à cassation que sont, la violation « par refus d'application, par fausse application ou par fausse interprétation »²¹⁵¹. En effet, « la Cour de cassation considère que l'interprétation de la loi étrangère relève du pouvoir souverain des juges du fond »²¹⁵². Cela signifie que « les juges du fond déterminent donc souverainement, d'une part, quelles sont les règles législatives, coutumières ou jurisprudentielles, qui constituent (la loi étrangère applicable) et, d'autre part, quelle interprétation il convient d'en donner »²¹⁵³.

1603. Un rejet communément admis en Europe. De plus, « le principe selon lequel l'application de la loi étrangère n'est pas soumise au contrôle de la Cour suprême est, sans aucun doute, le plus répandu »²¹⁵⁴. C'est pourquoi il est suivi depuis longtemps « en Allemagne, en Belgique, en Espagne, en France, en Grèce, au Luxembourg, aux Pays-Bas, en

²¹⁴⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 339.

²¹⁵⁰ J. Boré et L. Boré, « Pourvoi en cassation », *Rép. proc. civ. Dalloz*, déc. 2015, § 267.

²¹⁵¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 365.

²¹⁵² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 340.

²¹⁵³ J. Boré et L. Boré, *op. cit.*, § 267.

²¹⁵⁴ H. Lewald, « Le contrôle des Cours suprêmes sur l'application des lois étrangères », *RCADI*, 1936, vol. n°57, § 8, spéc. p. 281.

Roumanie, en Suisse »²¹⁵⁵. Le refus de contrôler la violation de la loi étrangère est donc communément admis par tout ordre juridique. D'ailleurs la jurisprudence de la Cour de cassation à ce sujet demeure constante puisqu'elle a récemment refusé de contrôler l'application faite par les juges du fond de la loi étrangère en matière de filiation²¹⁵⁶. Néanmoins, en considérant que la loi étrangère est insusceptible de pourvoi en cassation pour violation, plusieurs contestations peuvent s'élever.

1604. La remise en cause des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement.

D'une part, en admettant que l'interprétation de la loi étrangère relève des pouvoirs souverains des juges du fond, pourrait être mise à mal la sécurité juridique. En effet, le libre arbitre du juge va de nouveau entrer en jeu et aucun contrôle ne pourra être effectué. Par conséquent, la neutralité de la méthode conflictuelle pourrait être évincée à son dernier stade d'application. Mais, plus vraisemblablement, pourrait exister une rupture d'égalité entre les sujets de droit puisque d'une juridiction à une autre l'application de la loi étrangère est susceptible de varier. D'ailleurs, il est arrivé que « la Cour de Bordeaux (ait pu), par exemple, relever, quatre causes de divorce dans une loi étrangère alors que la Cour de Rennes n'en (compta) que trois »²¹⁵⁷. C'est pourquoi « il n'est pas difficile de démontrer que, dans l'intérêt des justiciables et d'une bonne administration de la justice, il (soit) extrêmement désirable que l'application des lois étrangères soit soumise à la censure de l'instance suprême »²¹⁵⁸.

1605. Le retour de l'assimilation de la loi étrangère à du fait. D'autre part, en considérant que l'interprétation de la loi étrangère est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, il serait possible d'envisager qu'il s'agisse d'un retour en arrière pour considérer que la loi étrangère constitue du fait et non plus du droit puisque ce sont bien les faits qui sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, il est contestable de maintenir cette carence en matière de cas d'ouverture à cassation, notamment eu égard au respect des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. Et ceci se confirme lorsque la raison invoquée à l'appui de cette jurisprudence assimile la loi étrangère aux contrats.

²¹⁵⁵ H. Lewald, *op. cit.*, § 8, spéc. p. 281.

²¹⁵⁶ N. Ni Ghairbhia, *Rappel interprétation souveraine par les juges du fond de la loi étrangère applicable à la filiation*, *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2017, p. 58, se référant spécialement à l'arrêt suivant : Cass., Civ. 1^{ère}, 4 janv. 2017, n°16-10.754.

²¹⁵⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 365.

²¹⁵⁸ H. Lewald, *op. cit.*, § 7., spéc. p. 279.

b) *L'assimilation erronée de la loi étrangère aux contrats en termes d'application*

1606. L'analogie opérée entre la loi étrangère et les contrats. Afin de justifier que la loi étrangère soit soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, il a pu être opérée une assimilation de celle-ci aux contrats. En effet, il convient de rappeler que « la Cour de cassation estime que l'interprétation de la volonté des parties à un contrat relève de l'appréciation souveraine des juges du fond et se refuse à exercer tout contrôle en ce domaine »²¹⁵⁹. Ainsi, pour opérer un parallélisme entre la loi étrangère et le contrat, certains considèrent que c'est parce que l'ordre juridique français reconnaît une valeur juridique au contrat ou à la loi étrangère que ceux-là produisent des effets. Le contrat « crée pour les parties une norme de conduite obligatoire », « mais (...) le contrat n'a en définitive de valeur que par la volonté du législateur »²¹⁶⁰ en vertu de l'ancien article 1134 du Code civil. De la même façon, « la loi étrangère est créée par le législateur étranger, mais (...) ne s'applique en France que par la volonté du souverain français »²¹⁶¹. Par conséquent, dans la mesure où c'est le système français qui permet d'appliquer en France la loi étrangère, tout comme il donne force obligatoire aux contrats, alors loi étrangère et contrats sont assimilables. Et, puisque les contrats sont soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond, la loi étrangère doit l'être aussi.

1607. Une analogie réductrice du statut de la loi étrangère à rejeter. Néanmoins, il semble qu'une telle assimilation soit tout de même abrupte. Elle reviendrait à réduire le statut juridique de la loi étrangère. C'est pourquoi cette justification a fait l'objet de nombreuses critiques. Il ne peut être opéré un mimétisme entre ces notions dans la mesure où « le contrat n'a pas, en principe, de valeur générale » et « qu'il doit en conséquence être interprété en fonction de l'intention des parties », tandis que « la loi étrangère est une règle générale susceptible de s'appliquer à un nombre indéfini de cas et la détermination de son contenu est en définitive moins contingente que celle de la volonté des contractants »²¹⁶². En effet, le contrat est susceptible d'applications multiples contrairement à une norme législative, quelle que soit sa source géographique. Vraisemblablement, la justification pouvant être retenue à l'appui de l'absence de contrôle dans l'interprétation de la loi étrangère n'est pas valable. Par conséquent, il devrait être considéré tant au regard de l'assimilation de la loi

²¹⁵⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.* § 365.

²¹⁶⁰ *Ibid.*

²¹⁶¹ *Ibid.*

²¹⁶² *Ibid.*

étrangère aux contrats, que de l'insécurité juridique engendrée par l'absence de contrôle dans l'application de la loi étrangère, que la position de la Cour de cassation doit être révisée. Cependant, il s'avère que celle-ci est, en réalité, parfaitement fondée tant au regard de la préservation du droit étranger dans son application que du rôle de la haute cour.

2) L'irrecevabilité des pourvois pour violation de la loi étrangère conforme à l'égalité de traitement

1608. Si, *a priori*, la fermeture des pourvois pour violation de la loi étrangère semble contraire à l'égalité de traitement, tel n'est pas le cas. En effet, le rejet de ces pourvois est justifié par respect du droit étranger tel qu'il est mis en œuvre dans l'ordre juridique étranger c'est-à-dire afin d'éviter toute divergence d'interprétation (a). De plus, ce cas d'exclusion coïncide avec la mission de la Cour de cassation et s'inscrit en conformité avec celle-ci (b).

a) *Le rejet du contrôle de l'interprétation de la loi étrangère par respect du droit étranger effectif*

1609. Le rejet du pourvoi pour violation de la loi étrangère par sécurité juridique. Réellement, la raison pour laquelle la Cour de cassation refuse de contrôler l'interprétation faite par les juges du fond de la loi étrangère n'est en rien due au statut juridique de la loi étrangère c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'une réflexion fondée sur une assimilation à un fait ou aux contrats. En vérité, si la Cour de cassation rejette les pourvois pour violation de la loi étrangère c'est afin de préserver la sécurité juridique. Si elle « se mêlait de contrôler l'interprétation des lois étrangères, (...) elle pourrait, (...), donner de la loi étrangère l'interprétation qui lui paraîtrait plausible ou utile, mais elle risquerait de se trouver en opposition avec l'interprétation reçue à l'étranger, ce qui ne donnerait pas grande autorité à ses vues, et serait contraire à l'idée que la loi étrangère appliquée en France doit être celle qui est en fait en vigueur à l'étranger »²¹⁶³. Il est effectivement possible que la Cour de cassation puisse commettre des « erreurs d'interprétations (...) sur la base de documents imparfaits »²¹⁶⁴. Par conséquent, « si la Cour de cassation acceptait de contrôler l'application d'une loi étrangère, elle s'exposerait à en donner une interprétation différente de celle que les juges du fond ont constatée et ainsi à se placer en contradiction avec l'autorité étrangère »²¹⁶⁵.

1610. La préservation de l'égalité de traitement devant les juges du fond. Finalement, « le refus de la Cour suprême s'explique bien davantage par la crainte de donner

²¹⁶³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 337.

²¹⁶⁴ J. Boré et L. Boré, *op. cit.*, § 268.

²¹⁶⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 340.

de la loi étrangère une interprétation qui ne soit pas conforme à celle des juges étrangers ». En d'autres termes, la loi étrangère n'est pas assimilée à un fait, elle demeure bien considérée comme du droit lequel doit être respecté conformément à sa mise en pratique par l'ordre juridique étranger. De la même manière, c'est par mesure de sécurité juridique que la Cour de cassation refuse de contrôler l'interprétation de la loi étrangère par les juges du fond. Ainsi, afin de préserver l'égalité de traitement dans l'application du droit étranger par les juges du fond, la Cour de cassation exclut de sa compétence le pourvoi pour violation de la loi étrangère. Par conséquent, ce sont des raisons louables qui ont motivé la position de la Cour de cassation. Malgré la subsistance de certaines divergences d'application, il semble que la solution retenue par la Cour de cassation soit la plus à même de garantir l'égalité de traitement des sujets de droit dans l'application de la loi étrangère. De plus, hormis cette faveur accordée à l'équivalence d'interprétation, il ne relève aucunement du rôle de la Cour de cassation de contrôler le droit étranger.

b) *L'exclusion des pourvois pour violation de la loi étrangère conforme à la mission de la Cour de cassation*

1611. L'unité du droit français assurée par la Cour de cassation. Au-delà de la divergence d'interprétations qui pourrait être engendrée par un contrôle de la Cour de cassation sur l'interprétation du droit étranger, ce contrôle « l'amènerait à s'engager dans des recherches de fait qui ne sont pas de son rôle »²¹⁶⁶. En effet, la Cour de cassation a toujours fondé sa position relative au rejet des pourvois pour violation de la loi étrangère sur « l'objet de sa mission », notamment depuis « l'arrêt *Seitz* du 15 avril 1861 »²¹⁶⁷. Or, « juge de droit, la Cour suprême a pour rôle de contribuer à l'élaboration du droit français en interprétant la loi ou en comblant des lacunes »²¹⁶⁸. Plus précisément, « la mission de la Cour de cassation est d'assurer l'unité de la jurisprudence »²¹⁶⁹. Par conséquent, le rôle de la Cour de cassation est d'interpréter le droit français et d'en assurer l'unité. En aucun cas, la mission de la Cour de cassation ne consiste à interpréter et unifier le droit étranger. C'est pourquoi si « la haute juridiction (cherchait) l'interprétation adoptée à l'étranger, (...) elle jouerait un rôle qui n'est pas le sien dans l'état actuel de son statut »²¹⁷⁰. En effet, « la Cour de cassation examine

²¹⁶⁶ G. Légier, « La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond », *RCDIP* 1994, p. 506.

²¹⁶⁷ *Ibid.*, se référant spécialement à l'arrêt suivant : Cass. Ch. req., 15 avr. 1861, *Seitz*, S. 1861, 1, p. 722.

²¹⁶⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 365.

²¹⁶⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 337.

²¹⁷⁰ *Ibid.*

exclusivement si les juges ont donné aux questions qui leur étaient posées des réponses conformes à un droit qu'elle connaît ou a mission d'élaborer, mais dont elle n'a pas à demander la teneur »²¹⁷¹.

1612. L'interprétation du droit étranger exclue de la mission de la haute cour.

Ainsi, la Cour de cassation ne peut simplement pas se livrer à un contrôle d'interprétation de la loi étrangère parce que cela ne relève pas de sa fonction relative à l'unicité du droit français. « Si une telle mission était étendue à la loi étrangère, elle conduirait la Cour de cassation à dire le droit étranger, à donner sa propre interprétation de la loi étrangère » alors que « ce n'est pas l'objectif poursuivi ». Par conséquent, la Cour de cassation ne peut assurer une mission qui n'est pas la sienne, ce qui implique de rejeter les pourvois pour violation de la loi étrangère. De cette façon, et pour cette raison, la sécurité juridique est garantie aux sujets de droit, puisque chaque Cour suprême doit respecter sa mission afin de ne pas empiéter sur le rôle des autres et ne pas mettre à mal la linéarité de leur droit.

1613. Le légitime refus du contrôle de violation de la loi étrangère. Au regard du rôle de la Cour de cassation et de la volonté de celle-ci de préserver le droit étranger des divergences d'interprétations, il semble légitime que la haute cour refuse de contrôler l'interprétation faite par les juges du fond de la loi étrangère. Néanmoins, certaines interprétations du droit étranger demeureront variables d'une juridiction à l'autre à raison d'une mauvaise connaissance du droit étranger par les juges du fond. Par conséquent, si la Cour de cassation tente de protéger au mieux l'égalité de traitement des sujets de droit, il ne s'agit pas d'une défense infaillible. Fort heureusement, afin de compenser ces quelques défaillances du système, il est tout de même admis que la Cour de cassation puisse contrôler la motivation faite par les juges du fond.

B. LA RECEVABILITE DES POURVOIS FONDES SUR LA MOTIVATION PAR RESPECT DE LA METHODE CONFLICTUELLE

1614. Malgré la non-admission de pourvois relatifs à la violation de la loi étrangère, la Cour de cassation reconnaît que l'application de la loi étrangère peut être soumise à une certaine censure, laquelle s'illustre au travers du contrôle de légalité (1). De cette façon, les objectifs de neutralité et d'égalité sont protégés et garantis conformément à la méthode conflictuelle (2).

²¹⁷¹ *Ibid.*

1) L'application de la loi étrangère soumise à la censure du contrôle de légalité

1615. Si la Cour de cassation, par conformité à sa fonction, s'oppose au contrôle de l'interprétation faite par les juges du fond de la loi étrangère, ces derniers ne se voient pas conférer « toute discrétion pour statuer »²¹⁷². En effet, « la Cour de cassation exerce aussi une fonction disciplinaire à l'égard des décisions de justice »²¹⁷³. C'est pourquoi sans contrevenir à sa mission, elle peut vérifier la légalité de la décision notamment par le biais d'un contrôle des motifs (a) ou bien de la dénaturation de la loi étrangère (b).

a) *L'insuffisance des motifs sanctionnée en droit international privé*

1616. Le contrôle de la suffisance des motifs compatible avec la mission de la Cour de cassation. Si la haute juridiction ne se reconnaît pas la mission de sanctionner la violation de la loi étrangère, elle s'octroie en revanche le pouvoir de contrôler la suffisance des motifs. En effet, « bien que les juges du fond soient en toutes matières souverains pour constater les faits, ils sont tenus d'énoncer ceux qu'ils retiennent pour fonder leurs décisions, c'est-à-dire de motiver celles-ci »²¹⁷⁴. Par conséquent, « les juges doivent en toutes matières répondre aux conclusions des parties, et la Cour de cassation apprécie si la réponse est digne de ce nom, c'est-à-dire suffisamment motivée »²¹⁷⁵. Dans la mesure où il est question de suffisance des motifs, la haute cour les contrôle même en droit international privé²¹⁷⁶. Cette attitude ne paraît pas surprenante puisqu'elle n'est pas, cette fois-ci, incompatible avec la mission de la Cour de cassation, et puisqu'elle ne peut conduire à une divergence d'interprétation du droit étranger. Au contraire, il s'agit vraisemblablement d'assurer aux sujets de droit la sécurité juridique à laquelle ils peuvent prétendre et de garantir une application effective du droit étranger.

1617. Un contrôle limitant le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. La recevabilité de ce cas de pourvoi en cassation en droit international privé permet alors à la Cour de cassation de « censurer l'insuffisance des motifs donnés par les juges à l'appui de leur interprétation de la loi étrangère, même en l'absence de conclusions soutenant

²¹⁷² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 341.

²¹⁷³ *Ibid.*

²¹⁷⁴ *Ibid.*, § 342.

²¹⁷⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 341.

²¹⁷⁶ Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 23 sept. 2015, n°14-17.542, dans lequel la Cour a condamné la Cour d'appel pour insuffisance des motifs, au visa de l'article 455 du CPC considérant que celle-ci n'avait pas répondu aux conclusions des parties qui soutenaient notamment que le code CEMAC issu de la Convention de Hambourg est une loi de police.

une autre interprétation »²¹⁷⁷. De la même façon, elle peut également « censurer une interprétation en contraste caractérisée, sans justification, avec le sens apparent du texte étranger », tout comme « elle pourra aussi intervenir dans les divergences d'interprétation apparemment soutenables d'un même texte ou d'une même jurisprudence étrangère par les cours d'appel »²¹⁷⁸. Ainsi, en ouvrant ce contrôle relatif à la suffisance des motifs, une première limite est imposée au pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. En effet, « si le contrôle des motifs ne permet (...) pas à la Cour régulatrice d'affirmer le sens véritable de la loi étrangère », elle peut « requérir les juges du fait de rechercher une interprétation suffisamment prouvée pour qu'elle puisse être imposée »²¹⁷⁹. Il s'agit d'ailleurs d'une jurisprudence constante au travers de laquelle la Cour vérifie que « les juges du fond précisent les dispositions du droit étranger auxquelles ils se réfèrent »²¹⁸⁰, comme dans un arrêt de 2010²¹⁸¹. Ainsi, la Cour de cassation ne s'est pas contentée de laisser les pleins pouvoirs aux juges du fond en matière d'application de la loi étrangère puisqu'elle peut contrôler leur motivation. Or, ce contrôle ne s'arrête pas à la suffisance des motifs puisqu'elle vérifie également que la loi étrangère n'a pas été dénaturée.

b) *La dénaturation de la loi étrangère spécialement réprimée en droit international privé*

1618. Le contrôle de dénaturation par la Cour de cassation. Il est considéré « de jurisprudence constante (que) les juges du fond sont souverains dans l'interprétation du droit étranger sauf » dans une hypothèse, celle de la « dénaturation »²¹⁸². En effet, depuis l'arrêt *Montefiore* de 1961²¹⁸³, la Cour de cassation se refuse « de contrôler l'existence d'une fausse interprétation de la loi étrangère par les juges du fond » dans la mesure où ils « apprécient souverainement l'interprétation de la loi étrangère, sous réserve des cas d'erreur manifeste, sanctionnés pour dénaturation, dans lesquels était méconnu le sens clair et précis d'un texte »²¹⁸⁴. Par conséquent, la haute cour s'autorise à sanctionner la dénaturation à la

²¹⁷⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 341.

²¹⁷⁸ *Ibid.*

²¹⁷⁹ *Ibid.*

²¹⁸⁰ E. Mouial-Bassilana, « Contrôle de la motivation des juges du fond dans l'application de la loi étrangère », *LEDED*, sept. 2010, n°8, p. 6.

²¹⁸¹ Cass., Com., 6 juill. 2010, n°09-12.993.

²¹⁸² V. Egea, « Dénaturation de la loi étrangère en matière de paternité naturelle », *D. actualité*, 3 nov. 2008, spéc. à propos de l'arrêt suivant : Cass., Civ. 1^{ère}, 22 oct. 2007, n°07-14.934, *RCDIP* 2009, p. 53, note H. Muir-Watt.

²¹⁸³ Cass., Civ. 1^{ère}, 21 nov. 1961, *Montefiore*, *RCDIP* 1962, p. 329, note P. Lagarde ; *JDI* 1962, p. 686, note Goldman ; *JCP* 1962, II, p. 12521, note Louis-Lucas ; *Dalloz* 1963, p. 37, note Ph. Francescakis, et chron. Ph. Francescakis, p. 7 ; *GAJDFIP*, n°36.

²¹⁸⁴ M. Menjucq, « Dénaturation de la loi étrangère : un nouveau fondement », *Dalloz* 1998, p. 104.

différence de la fausse interprétation qui doit, quant à elle, être assimilée à une mauvaise interprétation de la loi étrangère et non à une erreur grossière.

1619. Le développement de la dénaturation depuis 1997. Néanmoins, il s'avère que si la dénaturation a été consacrée par l'arrêt *Montefiore*, son utilisation ne s'est faite qu'avec « parcimonie » jusqu'en 1997²¹⁸⁵. Depuis, « un accroissement sensible des cassations pour dénaturation » s'est fait ressentir²¹⁸⁶. Ceci s'explique dans la mesure où jusqu'en 1997, la Cour de cassation assimilait la dénaturation en droit international privé à la dénaturation contractuelle fondée sur l'ancien article 1134 du Code civil consistant à considérer que la dénaturation s'analyse dans le fait de donner un sens contraire à une clause claire et précise. Or, depuis une jurisprudence de 1997, la Cour de cassation reconnaît à la dénaturation en droit international privé une véritable autonomie puisqu'elle fonde désormais, au visa de l'article 3 du Code civil, « le contrôle de dénaturation de la loi étrangère sur la violation de la règle de conflit »²¹⁸⁷. Ainsi, « elle distingue la dénaturation de la loi étrangère de la dénaturation du contrat »²¹⁸⁸. Depuis lors, la jurisprudence pour dénaturation de la loi étrangère s'est fortement développée. Il est possible d'évoquer à ce titre un arrêt de 2006 dans lequel la Cour de cassation a censuré une décision pour dénaturation de la loi étrangère au visa de l'article 3 du Code civil²¹⁸⁹.

1620. Un contrôle protecteur de la bonne mise en œuvre de la méthode conflictuelle. La reconnaissance d'une autonomie au cas d'ouverture relatif à la dénaturation de la loi étrangère semblait inévitable. En effet, la dénaturation de la loi étrangère doit être sanctionnée parce que « la méprise sur la teneur de la loi étrangère empêche la règle de conflit de se réaliser »²¹⁹⁰. Comme l'a affirmé le Professeur Muir-Watt, « l'erreur dénaturante commise dans l'application de la loi (étrangère) n'est pas sanctionnée pour la raison que le texte législatif produit (...) est réputé exprimer le sens véritable du droit positif étranger, mais parce que pareille erreur constitue une violation directe du droit international privé du for, qui en rendant applicable cette loi entend la désigner dans son intégrité, c'est-à-dire, telle qu'elle

²¹⁸⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 369.

²¹⁸⁶ *Ibid.*

²¹⁸⁷ M. Menjucq, « Dénaturation de la loi étrangère : un nouveau fondement », *BJS*, déc. 1997, n° 12, p. 1062, spéc. à propos de l'arrêt suivant : Cass., Com., 1^{er} juill. 1997, *SA Africatours c/ Diop*, n°95-15.262, *RCDIP* 1998, p. 292, note H. Muir-Watt ; *Dalloz* 1998, p. 104, note M. Menjucq.

²¹⁸⁸ *Ibid.*

²¹⁸⁹ Cass., Civ. 1^{ère}, 14 fév. 2006, *M.G. Brianti c. Consorts Brianti*, *RCDIP* 2006, p. 833, note S. Bollée.

²¹⁹⁰ H. Muir-Watt, « Contrôle par le juge de cassation de la dénaturation de la loi étrangère », *RCDIP* 1998, p. 292, § 3.

existe réellement à l'étranger »²¹⁹¹. Ainsi, une nouvelle fois, la Cour de cassation s'est octroyée le pouvoir de contrôler la légalité des décisions appliquant la loi étrangère sans contrevenir à sa mission spécifique. De la même façon, en adoptant ce cas d'ouverture à cassation propre à la discipline du droit international privé, elle repousse les divergences d'interprétation du droit étranger et protège la mise en œuvre des règles de conflit de son ordre juridique. Finalement, la dénaturation n'est que le résultat issu de la protection de la méthode conflictuelle. En effet, la Cour de cassation, afin d'assurer l'effectivité de ses règles de conflit lorsqu'elles sont appliquées, veille à la bonne application de leur résultat respectif grâce à la dénaturation.

1621. Le retour à la sécurité juridique. Ainsi, si la Cour de cassation ne sanctionne pas la violation de la loi étrangère par les juges du fond, elle ouvre tout de même à la discipline du droit international privé, et plus particulièrement au droit des conflits de lois, deux pourvois en cassation que sont l'insuffisance des motifs et la dénaturation de la loi étrangère. De cette manière, l'égalité de traitement issue de la méthode conflictuelle paraît préservée puisqu'est instaurée une certaine sécurité juridique²¹⁹².

2) L'égalité de traitement garantie par le contrôle de légalité

1622. L'insuffisance des motifs et de la dénaturation de la loi étrangère garantissent à la méthode conflictuelle une exécution sécurisée, et par conséquent une protection des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. D'une part, ces sanctions constituent le contrepoids à l'irrecevabilité de pourvois pour violation de la loi étrangère. De cette manière, le jeu de la méthode conflictuelle sera protégé jusqu'à son stade ultime (a). D'autre part, ce contrôle permet de préserver les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement dans la mesure où il accorde une protection étendue aux règles de conflit (b).

a) *Le contrepoids à l'irrecevabilité de pourvois pour violation de la loi étrangère*

1623. La compensation à l'exclusion des pourvois pour violation de la loi étrangère. Dans la mesure où la Cour de cassation se permet de contrôler la légalité des décisions pratiquant le droit international privé, il convient de considérer qu'elle crée une sorte de contrepoids à l'absence de pourvois en cas de violation de la loi étrangère. En effet, la sanction de l'insuffisance des motifs et de la dénaturation de la loi étrangère compense

²¹⁹¹ H. Muir-Watt, « Contrôle par le juge de cassation de la dénaturation de la loi étrangère », *op. cit.*, § 3.

²¹⁹² Voir en ce sens : Y. Loussouarn, « Le contrôle de l'application de la loi étrangère par la Cour de cassation », *TCFDIP*, 1962-1964, spéc. p. 146, lequel affirmait que : « la Cour suprême se doit de veiller à ce que (...) la théorie de la dénaturation (demeure) un instrument indispensable » à la préservation de l'unité du droit français.

l'irrecevabilité des pourvois pour violation de la loi étrangère et limite le pouvoir d'appréciation des juges du fond. De cette façon, la sécurité juridique qui semblait disparue est réhabilitée à l'égard des sujets de droit.

1624. La sanction nécessaire de la violation des règles de conflit françaises. De plus, lorsque la Cour de cassation a opéré un changement de fondement juridique en matière de dénaturation, elle a fondé celui-ci sur l'article 3 du Code civil en référence à une violation de la loi. Or, ce choix peut paraître surprenant dans la mesure où les pourvois pour violation de la loi étrangère sont exclus en droit international privé. Cependant, « cette évolution doit être approuvée car elle est tout à fait logique » puisque « lorsque la règle de conflit conduit à l'application de la loi étrangère, elle impose que celle-ci soit appliquée dans son contenu exact sans être dénaturée par le juge »²¹⁹³. Ainsi, « la dénaturation de la loi étrangère constitue indirectement une violation de la règle de conflit »²¹⁹⁴. En d'autres termes, la dénaturation constitue bien l'ultime contrepoids à l'absence de pourvois pour violation de la loi étrangère. Cela signifie bien que si la Cour de cassation, conformément à sa mission, ne peut pas sanctionner une violation de la loi étrangère, elle peut en revanche sanctionner une violation de la loi française, parmi laquelle figurent les règles de conflit²¹⁹⁵. De cette façon, l'application correcte de la loi étrangère est tout de même contrôlée. Il s'agit là d'un paramètre important dans la mesure où cette protection assure aux justiciables une mise en œuvre des règles de conflit neutre et égalitaire du début à la fin du raisonnement. Le juge du fond ne peut donc pas faire librement application des règles de conflit, ni de la loi étrangère à son bon vouloir. Pèse sur lui, jusqu'à l'application de la loi étrangère, un risque de sanction pour dénaturation de la loi étrangère²¹⁹⁶. De cette façon, il peut être supposé que la neutralité

²¹⁹³ M. Menjucq, *op. cit.*, *BJS*, déc. 1997, n° 12, p. 1062.

²¹⁹⁴ *Ibid.*

²¹⁹⁵ Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 14 avr. 2010, n°09-14.335, *Dalloz* 2010, p. 2868, note O. Boskovic ; *Dalloz* 2011, p. 1374, note F. Jault-Seseke ; dans lequel la Cour a considéré qu'« une cour d'appel ne peut refuser à une partie née au Cameroun d'une mère camerounaise de se prévaloir de l'article 311-17 du Code civil pour établir sa filiation paternelle en application de la loi ivoirienne, loi nationale de celui qui est mentionné comme son père dans son acte de naissance, au motif que cet article ne définit pas une règle de conflit de lois mais se contente de poser les conditions de validité de la reconnaissance au regard de la loi française, alors qu'il incombe au juge de rechercher si la mention du nom du père dans l'acte de naissance de l'enfant vaut reconnaissance au regard de la loi ivoirienne désignée par (l'article 311-17 du Code civil) ».

²¹⁹⁶ Voir en ce sens : Cass., Com., 2 nov. 2016, n°14-22.114, *Dalloz* 2017, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon, et p. 613, note C. Witz ; *RCDIP* 2017, p. 404, note O. Boskovic ; dans lequel la Cour a sanctionné les juges du fond pour violation de l'art. 7.2 de la Convention de Vienne : « qu'en statuant ainsi, alors que la Convention de Vienne, si elle impose à l'acheteur un délai pour dénoncer un défaut de conformité, ne comporte aucune règle de prescription, la cour d'appel, qui ne s'est pas référée sur ce point à la loi désignée, par les règles de conflit, a violé le texte susvisé ».

de la méthode est respectée puisque le libre arbitre du juge est fortement encadré²¹⁹⁷. De la même manière, l'égalité de traitement sera garanti puisque, grâce à cette sanction, l'application de la loi étrangère ne pourra fortement diverger d'une juridiction à l'autre. En sus, ce contrôle assure au mieux la sécurité juridique au regard de son étendue.

b) Une protection étendue de la règle de conflit accordée par le contrôle de légalité

1625. Un contrôle élargi au-delà des dispositions législatives. Bien que le cas particulier de la dénaturation constitue un contrepois à l'absence de pourvois pour violation de la loi étrangère, son rôle est d'autant plus conséquent en termes de sécurité juridique, qu'il ne vise pas uniquement les dispositions législatives. En effet, « la Cour de cassation indique expressément qu'elle est prête à sanctionner aussi bien une dénaturation de la loi qu'une dénaturation de la jurisprudence étrangère »²¹⁹⁸. De cette façon, elle élargit « les chances de succès d'un grief fondé sur ce vice »²¹⁹⁹ et favorise la réalisation effective et sécurisée du droit étranger.

1626. Une meilleure prise en compte du droit étranger. Finalement, malgré l'absence de contrôle de violation de la loi étrangère, il semble que la Cour de cassation soit parvenue à suffisamment veiller à la bonne application des lois étrangères issues de la mise en œuvre des règles de conflit de l'ordre juridique français. En effet, au regard de sa fonction propre, il « semble que le principe d'une absence de contrôle de l'interprétation donnée par le juge du fond à la loi étrangère s'impose » notamment dans la mesure où « le contrôle de la dénaturation constitue une limite suffisante au principe du pouvoir souverain d'interprétation dont bénéficie les juges du fond »²²⁰⁰. De surcroît, « ce contrôle est (...) d'autant plus satisfaisant qu'il s'accompagne d'un contrôle des motifs organisé dans des conditions rigoureuses »²²⁰¹. Finalement, la jurisprudence de la Cour de cassation « traduit une évolution de notre droit vers une meilleure prise en compte du droit étranger compétent selon la règle de conflit »²²⁰². Or, il s'agit là d'un phénomène positif dans la mesure où le raisonnement

²¹⁹⁷ Ex. : Cass., Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2014, n°13-20.049 et 13-25.556, *Dalloz* 2015, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon ; dans lequel la Cour a considéré que : « dénature la loi étrangère applicable l'arrêt qui retient que l'article 114 du Code de la famille marocain est contraire au principe d'égalité des époux et à l'ordre public international, alors que cet article sur le divorce consensuel précise que les époux peuvent consentir d'un commun accord au principe de mettre fin à leur relation conjugale ».

²¹⁹⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 371, spéc. à propos de l'arrêt suivant : Cass., Civ. 1^{ère}, 3 juin 2002, *Société nationale de recouvrement*, *JDI* 2004, p. 520, note F. Mélin.

²¹⁹⁹ *Ibid.*

²²⁰⁰ F. Mélin, « Loi étrangère », *JDI* n° 2, avr. 2004, spéc. p. 11.

²²⁰¹ *Ibid.*

²²⁰² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 371.

conflictualiste ne s'arrête pas au seul déclenchement de la règle de conflit, mais perdure jusqu'à l'application dans ses dispositions matérielles de la loi étrangère. C'est pourquoi il convient d'encadrer cette application jusque devant la Cour de cassation.

1627. Un traitement sécurisé des situations internationales jusqu'à l'application de la loi matérielle compétente. Ainsi, s'il semblait que la sécurité juridique soit mise à mal par l'absence de sanction en cas de violation de la loi étrangère, il s'avère que ce n'est pas le cas grâce aux sanctions imputables à l'insuffisance des motifs et la dénaturation de la loi étrangère. Ainsi, les objectifs de neutralité et d'égalité sont garantis du début à la fin de la méthode conflictuelle²²⁰³, c'est-à-dire de la règle de conflit à l'application de la loi étrangère. De cette façon, il n'est pas nécessaire de remettre en cause le contrôle effectué par la Cour de cassation dans la mesure où elle participe d'une meilleure justice conflictuelle. Toutefois, cette protection est remise en cause par l'exception de l'équivalence des droits.

§ 2 – L'ABSENCE DISCUTABLE DE CENSURE DE LA MAUVAISE APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT

1628. Parallèlement aux sanctions que peuvent encourir les juges du fond, il est un cas particulier dans lequel la Cour de cassation admet que le juge puisse valablement appliquer une autre loi que celle normalement compétente. Il s'agit de l'exception d'équivalence des droits, laquelle, par dérogation, ne fait pas l'objet d'une censure de la part de la Cour de cassation dans la mesure où elle constitue une protection spéciale accordée aux justiciables (A). Cependant, malgré son caractère apparemment protecteur, il s'agit d'une exception incompatible avec la méthode et le régime applicables en droit des conflits de lois. C'est pourquoi conformément à l'égalité de traitement, cette exception ne devrait plus en constituer une afin que l'application de la loi étrangère soit parfaitement respectée (B).

A. LA PROTECTION DES SUJETS DE DROIT SPECIALEMENT GARANTIE PAR LA THEORIE DE L'EQUIVALENCE

1629. L'exception spécifique à l'équivalence des droits constitue un instrument de protection des situations internationales dont peut user le juge. En effet, la théorie de l'équivalence a été reconnue en droit positif afin de répondre à un objectif de sécurité juridique que les sujets de droit peuvent légitimement exiger (1). De cette façon, en

²²⁰³ Cf. *supra* § 1625.

reconnaissant cette exception, objet d'une appréciation *in concreto*, les juges du fond assurent aux justiciables une véritable justice matérielle (2).

1) Le recours à la théorie de l'équivalence par sécurité juridique

1630. L'exception d'équivalence des droits s'est imposée en droit positif afin de garantir aux justiciables une certaine sécurité juridique dans le traitement de leur litige. En effet, en l'absence de remise en cause du résultat substantiel, la jurisprudence a donc choisi de la reconnaître juridiquement (a) et ceci pour des raisons procédurales favorables aux justiciables (b).

a) *La reconnaissance jurisprudentielle de l'équivalence des droits en considération du résultat substantiel*

1631. L'admission de l'équivalence des droits en droit positif. Il est traditionnellement reconnu par la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment depuis l'arrêt *Compagnie royale belge* de 1999²²⁰⁴, l'exception d'équivalence des droits. En d'autres termes, « la Cour de cassation (refuse) de censurer des juges du fond pour avoir appliqué une loi étrangère alors que la loi française aurait été compétente, ou pour s'être abstenus de choisir entre l'une et l'autre, au motif dans les deux cas d'équivalence au fond entre les deux lois d'où l'absence d'intérêt pour le demandeur au pourvoi »²²⁰⁵. Précisément, les juges du fond peuvent appliquer une autre loi que celle qu'ils auraient dû appliquer, à condition que cette dernière conduise au même résultat substantiel que la loi initialement applicable. « Il y a ainsi équivalence lorsque le juge estime que, malgré les différences de forme entre la règle étrangère et la règle française, il y a similitude de résultats »²²⁰⁶. Par conséquent, dès que l'équivalence substantielle est constatée par les juges du fond, leur décision n'encourt pas de sanction. Il s'agit donc d'une équivalence « purement matérielle et concrète, qui enregistre l'identité des répartitions des droits et obligations entre les intéressés auxquelles procèdent respectivement les lois en présence »²²⁰⁷.

1632. Une admission justifiée par l'identité de résultats substantiels. La Cour de cassation ne sanctionne pas l'erreur d'application relative à la loi applicable lorsqu'il s'agit d'un cas d'équivalence des droits. Ce choix peut paraître surprenant dans la mesure où les

²²⁰⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 13 avr. 1999, *Compagnie royale belge*, *Dalloz* 2000, p. 268, note E. Agostini ; *JCP* 2000, II, p. 2061, note G. Légier ; *RCDIP* 1999, p. 698 note B. Ancel et H. Muir-Watt.

²²⁰⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 328.

²²⁰⁶ Ph. Malaurie, « L'équivalence en droit international privé », *Dalloz* 1962, 36^{ème} cahier, chron., p. 37 et s.

²²⁰⁷ B. Ancel et H. Muir-Watt, « Application de la règle de conflit en cas d'équivalence des lois applicables et appliquées », *RCDIP* 1998, p. 698, § 5.

juges du fond commettent tout de même une erreur dans l'application de la loi normalement compétente. Cependant, cette absence de sanction se justifie parce que le résultat substantiel entre la loi initialement applicable et la loi appliquée est identique. C'est pourquoi cette jurisprudence s'est pérennisée et que la Cour de cassation a pu réaffirmer que « l'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit – en ce sens que la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu de ces deux lois – justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente »²²⁰⁸. En outre, si la théorie de l'équivalence se justifie au regard du résultat substantiel en cause, elle se défend davantage au regard de l'avantage procédural qu'elle procure.

b) *L'équivalence des droits motivée par des raisons procédurales*

1633. Vraisemblablement la raison pour laquelle l'exception d'équivalence des droits est admise est d'ordre procédural. Comme l'a affirmé le Professeur Muir-Watt, « l'équivalence des lois en conflit semble servir la cause toute pragmatique de l'économie procédurale, en ce qu'elle permet d'empêcher la censure pour violation purement formelle de la règle de conflit »²²⁰⁹. Si l'équivalence des droits n'était pas reconnue par la Cour de cassation, les décisions des juges du fond encourraient censure sans un véritable intérêt. En effet, les décisions seraient remises en cause pour mauvaise application de la loi applicable et chaque litige serait rejugé à l'aune de la loi véritablement applicable, mais le résultat substantiel demeurerait identique. Par conséquent, hormis un rallongement de la procédure, il semble que censurer les décisions du juge du fond ne présente aucun intérêt. En sus, « cette jurisprudence permet d'écarter les pourvois dilatoires en présence d'un « faux conflit »²²¹⁰. Par conséquent, la reconnaissance de cette exception s'est imposée d'elle-même par mesure de sécurité juridique puisqu'elle protège les sujets de droit et conséquemment les justiciables de procédures à rallonge ou dilatoires²²¹¹. Ainsi, au regard des avantages procéduraux que procure la théorie de l'équivalence, il semble logique de l'admettre en droit positif puisqu'elle paraît favoriser les sujets de droit.

²²⁰⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 11 janv. 2005, n°01-02.473, *Dalloz* 2005, p. 2924, note J.-G. Mahinga ; *RCDIP* 2006, p. 85, note M. Scherer.

²²⁰⁹ H. Muir-Watt, « En présence de deux droits équivalents sur le point en litige, il ne peut être fait grief au juge de ne pas choisir la loi applicable », *RCDIP* 2001, p. 513, § 1.

²²¹⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 328.

²²¹¹ Voir en ce sens : O. Cachard, *op. cit.*, § 555 à propos de l'équivalence protectrice de la censure, notamment au regard d'un arrêt Cass., Civ. 1^{ère}, 13 avril 1999, n°96-22.487, *RCDIP* 1999, p. 698, note H. Muir-Watt et B. Ancel, dans lequel la Cour de cassation applique la théorie de l'équivalence relevant une « identité de conséquences juridiques de l'application des deux lois ».

2) L'équivalence concrète admise en réponse aux objectifs d'une justice matérielle

1634. En reconnaissant juridiquement la théorie de l'équivalence, la Cour de cassation s'engage à assurer aux justiciables une meilleure justice substantielle dans la mesure où le résultat matériel qu'ils ont cru juste ne sera pas remis en cause (a). Néanmoins, afin que ce dispositif soit utilisé à bon escient, celui-ci est strictement encadré et surtout susceptible d'être sanctionné pour dénaturation (b).

a) *L'assurance d'une meilleure justice substantielle aux justiciables*

1635. Le sauvetage de décisions encourageant cassation. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'équivalence des droits, le Professeur Gaudemet-Tallon a pu affirmer que « le seul avantage pratique de ce recours à la théorie de l'équivalence dans le procès intenté en France est d'éviter la cassation et donc aussi de décourager des pourvois dilatoires »²²¹². En effet, au regard des diverses jurisprudences de la Cour de cassation, il apparaît que la théorie de l'équivalence a été essentiellement consacrée dans l'objectif de garantir aux sujets de droit une meilleure justice substantielle.

1636. Un sauvetage en réponse d'une justice matérielle. L'équivalence des droits a été admise par la Cour de cassation pour des raisons substantielles consistant à sauver des décisions dans lesquelles la loi appliquée n'était pas la loi désignée par la règle de conflit. Par conséquent, afin de garantir aux justiciables une meilleure justice substantielle, il leur est assuré, qu'en cas d'équivalence de résultats, la décision qui les concerne ne sera pas remise en cause. Finalement, il s'agit donc d'un simple dispositif fonction d'un objectif de justice substantielle, garantissant aux justiciables, le résultat matériel auquel ils peuvent légitimement prétendre en application des règles du droit international privé. Afin que cette théorie réponde à cet objectif, mais qu'elle ne fasse pas l'objet d'un abus par les juges du fond, elle demeure encadrée.

b) *Le recours abusif au dispositif sanctionné par la dénaturation*

1637. Une mise en œuvre encadrée de la théorie. Si la théorie de l'équivalence a été consacrée afin de sauver des décisions de la censure, il n'en demeure pas moins que son recours reste encadré. D'une part, il a été précisé que les juges du fond ne peuvent y recourir que dans la mesure où ces derniers constatent explicitement l'équivalence substantielle²²¹³.

²²¹² H. Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, op. cit., spéc. p. 303 et s.

²²¹³ Cf. *supra* 1629 et 1630.

Ainsi, « pour que l'exception soit véritablement justifiée, il convient (...) d'apprécier l'équivalence *in concreto* »²²¹⁴. D'autre part, les décisions recourant à l'équivalence des droits sont susceptibles d'être sanctionnées pour dénaturation. C'est pourquoi il faut « faire preuve d'une rigueur suffisante dans l'appréciation de l'équivalence » pour empêcher que « l'exception d'équivalence (dégénère) notamment en un moyen commode de justifier l'application de la loi du for au détriment de la loi étrangère normalement applicable » et conduise potentiellement à une censure pour dénaturation de la loi étrangère.

1638. Un recours favorable aux sujets de droit. Par conséquent, dans la mesure où l'équivalence des droits fait l'objet d'un encadrement afin d'éviter que son recours ne devienne abusif, il semble que rien ne s'oppose à son admission en droit positif. En effet, il s'agit d'un mécanisme favorable aux sujets de droit qui répond à des objectifs de justice matérielle. Néanmoins, s'il répond d'une justice substantielle, il faut toutefois qu'il réponde également de la justice conflictuelle.

B. UNE EXCEPTION DEFAILLANTE AU REGARD DE LA JUSTICE CONFLICTUELLE

1639. Si l'équivalence des droits constitue une exception à l'office du juge admise en droit positif, elle présente pourtant certaines contradictions avec la justice conflictuelle à laquelle prétend la discipline. En effet, il s'agit vraisemblablement d'un dispositif contraire à la méthode conflictuelle classique (1). C'est pourquoi il devrait être supprimé du droit positif et ceci d'autant plus qu'il est inadapté au système actuel applicable en droit des conflits de lois (2).

1) Une exception contraire à la méthode conflictuelle classique

1640. Malgré les avantages que présente l'équivalence des droits en termes de justice substantielle, celle-ci s'avère irrespectueuse de l'autorité de la règle de conflit (a). C'est pourquoi elle remet également en cause les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement garantis par la méthode conflictuelle (b).

a) L'équivalence des droits irrespectueuse de l'autorité de la règle de conflit

1641. Si l'équivalence des droits semble répondre de la justice matérielle à laquelle peut prétendre tout justiciable, elle ne garantit pas en revanche les objectifs de la justice conflictuelle. En effet, « le principe même de l'exception d'équivalence semble en

²²¹⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 328.

contradiction avec l'affirmation d'un regain d'autorité de la règle de conflit »²²¹⁵. En admettant l'équivalence des droits, le droit positif autorise les juges du fond à appliquer une loi autre que celle normalement désignée par la règle de conflit²²¹⁶. Par conséquent, cela a pour effet de remettre en cause l'autorité de la méthode conflictuelle puisqu'une mauvaise utilisation de celle-ci peut être exempte de sanction. Or, il semble tout de même douteux de considérer qu'en droit des conflits de lois doit davantage être privilégiée une justice matérielle qu'une justice conflictuelle. Il convient de rappeler que, pour garantir aux sujets de droit un traitement de leur situation internationale neutre et égalitaire, il est nécessaire de respecter les exigences qu'impose la justice conflictuelle²²¹⁷. Néanmoins, il pourrait être admis que si l'équivalence des droits ne respecte pas la méthode conflictuelle dans sa mise en œuvre, elle ne fausse toutefois pas son résultat. Dans la mesure où l'équivalence des droits n'est admise qu'en présence de résultats substantiels équivalents, alors le résultat issu de la méthode conflictuelle est malgré tout respecté. Cependant, si, *a priori*, la méthode conflictuelle semble garantie dans son résultat ultime, il s'avère que l'équivalence des droits remet toutefois en cause l'égalité de traitement prônée par cette méthode.

b) *La remise en cause de l'égalité de traitement*

1642. La neutralité mise à mal par la théorie de l'équivalence. Le Professeur Gaudemet-Tallon a mis en évidence le manque de neutralité que pouvait provoquer l'équivalence des droits dans le système du conflit de lois. Ainsi, pour illustrer son propos, elle expliquait que « si l'équivalence est fort utile lorsqu'il s'agit de conférer l'*exequatur* en France à un jugement étranger, c'est qu'en ce cas, on a déjà « un résultat » bien réel » puisque « la situation concrète (...) découle du jugement étranger ». Par conséquent, « il est assez facile de savoir si on serait arrivé au même résultat par application de la loi désignée par la

²²¹⁵ A. Frignati et H. Muir-Watt, *op. cit.*, § 166.

²²¹⁶ S. Godechot-Patris, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *RCDIP* 2010, p. 271 : « De l'équivalence en droit international privé on peut certes en attendre le meilleur mais on peut aussi légitimement en craindre le pire » ; « à postuler ainsi l'équivalence des lois en conflit, on voit germer les dangers d'une telle affirmation, qui à terme peut conduire à un recul de la méthode conflictuelle. En témoigne d'ailleurs l'une des plus récentes applications du mécanisme : au nom de l'équivalence des lois en conflit, la Cour de cassation a en effet pu considérer qu'il n'y avait pas lieu de sanctionner les juridictions inférieures qui avaient appliqué une loi autre que celle désignée par la règle de conflit du for. L'assouplissement de l'office du juge peut sembler assez radical ; plus encore la Cour de cassation laisse ainsi entendre que l'obligation pour le juge de mettre en œuvre la règle de conflit n'existerait qu'en présence d'un « vrai conflit ». Conduisant à une mise à l'écart de la règle de conflit du for, le mécanisme de l'équivalence favoriserait partant un recul de la méthode conflictuelle et ne serait finalement qu'une manifestation d'un lex forisme hautement critiquable ».

²²¹⁷ Cf. *supra* § 14 et s., et § 861.

règle de conflit française »²²¹⁸. En revanche, « dans l'instance directe en France, on n'a encore aucun résultat ; on ne peut que raisonner sur des hypothèses de résultat, sur des résultats virtuels »²²¹⁹. En d'autres termes, lorsque l'équivalence est admise sur la base d'une décision étrangère, il demeure assez simple pour le juge de constater que le droit étranger fait l'objet d'une équivalence avec le droit français. Or, lorsque l'équivalence est utilisée au stade de la loi applicable, le juge se prononce sur la base de résultats substantiels qui n'ont, en réalité, pas encore été mis en pratique. Par conséquent, « la démarche est plus aléatoire et risque d'être entachée d'un grand subjectivisme »²²²⁰. En effet, lorsque le juge doit constater une équivalence issue d'un jugement étranger, il n'a en aucun cas besoin d'analyser le droit étranger pour déterminer le résultat auquel il conduit, puisque ce résultat figure déjà dans le jugement réclamant *exequatur*. *A contrario*, lorsque le juge doit relever une équivalence substantielle entre la loi du for et la loi étrangère, il doit analyser le droit étranger et déterminer à quel résultat il va conduire. C'est pourquoi une véritable part de subjectivisme pourrait réapparaître dans le traitement de la situation internationale. En effet, le juge ne va pas se contenter d'appliquer la méthode conflictuelle, il va cette fois-ci rendre une décision en fonction des résultats substantiels en jeu. Indéniablement, la neutralité de la méthode conflictuelle sera donc remise en question puisque celle-ci doit, en principe, faire abstraction de tout matérialisme. Par conséquent, pourront apparaître des solutions différentes d'une juridiction à une autre.

1643. De l'insécurité juridique à l'inégalité de traitement. Ainsi, malgré la possibilité de remettre en cause l'équivalence des droits par la voie de la dénaturation, « la sécurité juridique est sérieusement mise à mal »²²²¹. La dénaturation n'a pour objet que de sanctionner une interprétation contraire d'un texte clair et précis. Or, il se pourrait que l'équivalence des droits conduise à des solutions différentes d'une juridiction à une autre sans que les juges du fond commettent une dénaturation de la loi étrangère, mais simplement en fassent une mauvaise ou une fausse interprétation afin d'appliquer la loi du for. De cette façon, il est, une nouvelle fois, envisageable que le recours à l'équivalence des droits remette en cause l'égalité de traitement qui doit être assurée aux sujets de droit, et aux justiciables en droit des conflits de lois. C'est pourquoi dans la mesure où cette théorie semble s'inscrire en

²²¹⁸ H. Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », *op. cit.*, p. 303 et s.

²²¹⁹ *Ibid.*

²²²⁰ *Ibid.*

²²²¹ *Ibid.*

contradiction avec les objectifs d'une justice conflictuelle, son recours devrait être remis en cause.

1644. L'insuffisante protection de la dénaturation. En outre, il convient de rappeler que l'absence de sanction en cas de violation de la loi étrangère est justifiée et que le contrôle de légalité des décisions du juge fond suffit à respecter la méthode conflictuelle, notamment au regard des objectifs de neutralité et d'égalité²²²². Cependant, cette affirmation ne peut être transposée en matière d'équivalence des droits. Dans l'hypothèse classique d'application de la loi étrangère, les juges du fond ont pour rôle d'appliquer la loi étrangère. Aucune marge de manœuvre ne leur est offerte. En revanche, dans le cadre de l'équivalence des droits, la théorie consiste à admettre que le juge n'applique pas, par le biais d'une règle de conflit, la loi étrangère. Son rôle est d'apprécier le résultat substantiel auquel conduit la loi étrangère et la loi du for. Il n'est donc plus question d'application de la loi étrangère, mais d'appréciation de son résultat substantiel. C'est pour cette raison, parce qu'une part de subjectivisme est admise que la dénaturation ne constitue plus une censure suffisante. En effet, il est question d'analyser deux résultats substantiels différents pour déterminer si l'équivalence des droits est constituée. Or, l'introduction de cette appréciation pourra nécessairement conduire à favoriser l'application de la loi du for sans pour autant que soit constituée une dénaturation de la loi étrangère. De cette façon, les résultats pourront diverger d'une juridiction à l'autre, de manière plus sensible que dans le cadre d'une simple application du droit étranger. La différence tient essentiellement au fait qu'entre en jeu la possibilité d'appliquer la loi du for dans le cadre de l'équivalence des droits, tandis que ce n'est pas le cas lorsque le juge se contente d'appliquer la loi étrangère applicable. En sus, si l'équivalence s'inscrit en contradiction des objectifs prônés par la méthode conflictuelle, il s'avère également que ce dispositif n'est plus si pertinent qu'il n'y paraît dans le système de droit des conflits de lois actuel.

2) La suppression requise d'une exception inadaptée en droit des conflits de lois

1645. En analysant l'équivalence des droits au regard de l'application actuelle des règles et du régime propres au droit des conflits de lois, cette exception ne s'y insère pas correctement. D'une part, il s'agit d'une exception complexe à exécuter et incohérente avec la mise en œuvre classique des règles de conflit (a). D'autre part, elle doit être considérée

²²²² Cf. *supra* § 1620 et s.

comme désuète eu égard au nouveau régime applicable en matière de la charge de la preuve (b).

a) *Une exception complexe et incohérente avec la mise en œuvre de la règle de conflit*

1646. L'alourdissement de la tâche du juge à intérêt restreint. L'équivalence des droits impose aux juges du fond de constater l'équivalence. Par conséquent, le processus consiste pour le juge à rechercher le résultat auquel conduit la loi étrangère, pour ensuite considérer que ce résultat est bien équivalent à celui d'une autre loi, en général la loi du for, dont il va faire application. Le travail du juge va donc nécessairement être rude et en quelque sorte alourdi. Or, il semble que ce processus soit quelque peu incohérent. « On voit assez mal l'intérêt concret qu'aurait (le juge du fond), ayant tranché le conflit de lois et pris connaissance au fond de la loi normalement applicable, d'en appliquer délibérément une autre »²²²³. En effet, il faut que le juge justifie « en vertu d'une motivation adéquate, l'équivalence de la loi incompétente qu'(il) décide néanmoins d'appliquer »²²²⁴. Par conséquent, il est difficile de percevoir l'intérêt pratique de l'équivalence des droits puisqu'il réclame du juge un travail double. Celui-ci consiste d'abord à rechercher le résultat substantiel auquel conduit la loi étrangère initialement applicable, puis à rechercher le résultat substantiel auquel conduit la loi qu'il souhaite appliquer pour ensuite constater l'équivalence et enfin appliquer la loi qu'il souhaitait appliquer si l'équivalence est constituée. Il serait sans doute plus simple de se contenter d'appliquer seulement la loi étrangère désignée applicable par la règle de conflit. Le travail du juge serait nettement moins alourdi. De plus, il semble incohérent de ne pas procéder de la sorte dans la mesure où le résultat substantiel sera identique, quel que soit le cas. Il vaudrait donc mieux que soit correctement appliquée la règle de conflit par le juge du fond afin de rendre compétente la loi normalement applicable puisque, comme l'a affirmé le Professeur Malaurie, « une règle n'est pas susceptible d'à-peu-près, elle s'applique ou ne s'applique pas »²²²⁵. En outre, il s'agirait d'une manière de répondre d'une certaine célérité de la justice conformément au droit à un procès équitable.

1647. Un alourdissement légitimé par la seule éviction de toute censure. En vérité, ce n'est que pour sauver des décisions dans lesquelles les juges du fond ont commis une erreur dans l'application de la règle de conflit qu'est admise la théorie de l'équivalence. Elle ne sert qu'à épargner certaines décisions de la censure dans le cas où les juges du fond

²²²³ A. Frignati et H. Muir-Watt, *op. cit.*, § 168.

²²²⁴ *Ibid.*

²²²⁵ Ph. Malaurie, « L'équivalence en droit international privé », *op. cit.*, p. 37 et s.

auraient commis une erreur de droit c'est-à-dire n'auraient pas correctement utilisé les règles du droit international privé. De plus, elle a parfois même été utilisée en l'absence de véritables équivalence substantielle²²²⁶. Ainsi, dans la mesure où l'équivalence des droits constitue un mécanisme complexe dont le recours semble relativement peu cohérent avec l'application des règles de conflit, sa suppression devrait être envisagée. De plus, il s'agit aujourd'hui d'un dispositif désuet au regard du régime applicable en matière de charge de la preuve.

b) *Une exception désuète eu égard au régime applicable en matière de preuve*

1648. L'équivalence des droits fondée sous l'empire de la jurisprudence ancienne. L'arrêt de principe reconnaissant juridiquement la théorie de l'équivalence en droit positif date de 1999²²²⁷. Or, à l'époque, l'établissement du contenu de la charge de la preuve incombait aux parties depuis l'arrêt *Lautour*²²²⁸. Par conséquent, il était considéré que « tant que la preuve de la loi étrangère (n'était) pas apportée à la satisfaction du juge du fond, celui-ci (était fondé) à statuer au regard du droit français »²²²⁹. En effet, sous la jurisprudence antérieure, et notamment depuis l'arrêt *Amerford* de 1993²²³⁰, en matière de droits disponibles, le juge n'avait l'obligation de trancher le conflit de lois que lorsque la partie qui invoquait l'application du droit étranger en rapportait la preuve, et que son contenu était effectivement différent de la loi française. « La règle exigeait de celui qui entend introduire dans le procès le droit étranger qu'il démontre l'intérêt de cette démarche en établissant que l'application de celui-ci commande une issue différente de celle qui se déduit de l'application de la loi française »²²³¹. A défaut, « la règle de conflit et donc la loi étrangère étaient maintenues hors-jeu et, malgré son caractère international, l'affaire ne relevait que du droit interne »²²³². Il était donc envisageable que le juge du fond statue en vertu de la loi française, en matière de droits disponibles, parce que le contenu de la loi étrangère n'était pas ou insuffisamment rapporté pour établir sa différence. A titre d'illustration, il est possible

²²²⁶ O. Cachard, *op. cit.*, § 556 se référant à un arrêt Cass. Civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, n°99-17.649, *RCDIP* 2001, p. 513, note H. Muir-Watt ; affirmant que « La motivation de l'arrêt laisse entrevoir une conception différente de l'équivalence. La Cour semble admettre une conception moins concrète et plus littérale de l'équivalence, se contentant de l'équivalence des textes en présence. On peut douter que le faux conflit soit véritablement caractérisé ».

²²²⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 13 avr. 1999, *Compagnie royale belge*, préc.

²²²⁸ Cass., Civ., 25 mars 1948, *Lautour*, préc.

²²²⁹ H. Muir-Watt, « En présence de deux droits équivalents sur le point en litige, il ne peut être fait grief au juge de ne pas choisir la loi applicable », *op. cit.*, p. 513, § 6.

²²³⁰ Cass., Com., 16 nov. 1993, *Amerford*, *RCDIP* 1994, p. 332, note P. Lagarde ; *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. Donnier ; *GAJFDIP* n°82-83.

²²³¹ B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, n°82-83, § 5.

²²³² *Ibid.*

d'évoquer une jurisprudence de 2001 dans laquelle les juges du fond ont appliqué la loi française à défaut de la loi espagnole invoquée par le défendeur²²³³.

1649. L'équivalence des droits contestée au regard de la jurisprudence actuelle. Cependant, depuis 2002²²³⁴ et plus précisément 2005²²³⁵, la charge de la preuve incombe désormais au juge. Il paraît alors absurde d'admettre encore l'équivalence des droits. En effet, puisque le juge doit établir le contenu de la loi étrangère, il doit nécessairement à la suite appliquer la loi étrangère, et ceci qu'elle soit différente ou non du contenu de la loi française. De la même manière, lorsque la règle de conflit est invoquée par l'une des parties, il se doit de la mettre en œuvre et d'appliquer la loi matérielle qui en découle. Par conséquent, ce n'est que dans le cas où le contenu de la loi étrangère ne pourrait être rapporté, qu'il appliquera la loi française à titre subsidiaire, mais en aucun cas sur le fondement de l'équivalence des droits. Ainsi, puisque la théorie de l'équivalence répondait bien des conséquences qui pouvaient découler de la jurisprudence *Amerford*, elle pouvait être défendue sur un plan pratique. Or, au regard du droit positif actuel, l'équivalence des droits semble moins justifiée puisque la charge de la preuve incombe désormais au juge et que celui-ci ne peut rejeter la prétention d'une partie au motif qu'elle n'a pas établi le contenu de la loi étrangère, ou que celui-ci est différent de la loi française. Il est désormais dans l'obligation d'appliquer la règle de conflit invoquée et la loi matérielle qui en découle. Par conséquent, si en matière de droits disponibles, l'une des parties invoque l'application du droit étranger, le juge devra en établir son contenu. Ce n'est qu'à défaut d'établissement que la loi du for sera compétente.

1650. Le rejet exigé de la théorie de l'équivalence par respect de la méthode conflictuelle. Au regard du caractère désuet qui peut être imputé à la théorie de l'équivalence, il semblerait que celle-ci ne présente plus une grande utilité sauf à sauver des décisions qui sont juridiquement fausses. C'est pourquoi dans la mesure où elle est contraire aux préceptes prônés par la méthode conflictuelle, ainsi qu'aux objectifs de la justice conflictuelle, il serait sans doute préférable d'abolir son utilisation. De plus, étant relativement complexe à exécuter, et incohérente avec l'emploi de la règle de conflit, sa suppression semble s'imposer d'elle-même. En outre, dans le cas où toutes les règles de conflit deviendraient intégralement

²²³³ Cass., Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, *M.X. c. Mme White et autres*, *RCDIP* 2001, p. 513, note H. Muir-Watt.

²²³⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 18 sept. 2002, *Sporting*, n°00-14.785, préc.

²²³⁵ Cass., Com., 28 juin 2005, *Itraco*, n°02-14.686, préc. ; et Cass., Civ. 1^{ère}, 28 juin 2005, *Aubin*, n°00-15.734, préc.

obligatoires²²³⁶, conformément à leur nature, il serait indispensable de supprimer cette exception qui n'est pas respectueuse de la méthode conflictuelle. En aucun cas son objectif ne devrait être déjoué, comme les erreurs juridiques tolérées. Il s'agit d'un préalable indispensable à une méthode de droit des conflits de lois neutre et égalitaire.

1651. Un régime d'application de la loi étrangère essentiellement conforme à l'égalité de traitement. Finalement, tant au regard du régime applicable à l'application de la loi matériellement désignée, que du contrôle opéré eu égard à la mise en œuvre de celle-ci par les juges du fond, l'égalité de traitement, dans son ensemble, est respectée et garantie. Reste quelques cas exceptionnels, pour lesquels elle demeure mise à mal et qu'il convient alors d'effacer du système juridique de droit des conflits de lois afin de respecter la méthode conflictuelle dans son intégralité, et surtout à son résultat ultime.

²²³⁶ Cf. *supra* § 1488.

CONCLUSION DU CHAPITRE I :

1652. Un régime d'application partiellement incompatible l'égalité de traitement. Finalement, le régime d'application des règles de conflit, et conséquemment de la loi matérielle compétente, suscite quelques critiques en termes de respect de la méthode conflictuelle dans la mesure où diverses atteintes sont portées à la neutralité de la règle et à l'égalité de traitement qui en découle. Néanmoins, une nette différence s'opère entre les règles relatives à l'application de la règle de conflit, et les règles relatives à l'application de la loi matérielle désignée.

1653. La remise en cause évidente du régime d'application de la règle de conflit. En premier lieu, le régime relatif à la règle de conflit doit être entièrement réformé puisqu'aucune de ses composantes ne répond de la justice conflictuelle. C'est pourquoi il serait préférable que désormais l'office du juge soit régi par le principe selon lequel toute règle de conflit doit d'office être appliquée par le juge dans la mesure où il s'agit d'une règle de droit. De la même façon, les exceptions à l'office du juge doivent être remises en cause. D'une part, l'accord procédural doit être supprimé dans la mesure où l'autonomie de la volonté peut faire partie intégrante de la règle de conflit notamment en matière de droits disponibles. D'autre part, la vocation subsidiaire de la *lex fori* doit, une nouvelle fois, être écartée au profit de la loi des liens les plus étroits conformément à une localisation scientifique du rapport de droit. En optant pour ces différentes évolutions, tout arbitraire du juge, ainsi que tout aléa des solutions sont évincés. Ainsi, au stade de l'application de la règle de conflit, les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement de la méthode conflictuelle peuvent être respectés.

1654. Le maintien global du régime d'application de la loi matérielle. En second lieu, le régime relatif à l'application de la loi matérielle, contrairement à celui de la règle de conflit, est plus respectueux des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. En effet, eu égard au résultat spécifique éconduit par la méthode conflictuelle, le statut de la loi étrangère et le régime de la charge de la preuve ont fait l'objet d'un encadrement spécifique. Or, dans l'ensemble, sauf les quelques exceptions subsistantes, ce régime préserve la méthode conflictuelle. En effet, grâce à ces règles, neutralité et égalité de traitement sont garantis notamment dans la mesure où la loi étrangère est traitée comme l'égal de la loi française. De plus, cette garantie est prolongée au travers du contrôle de légalité opéré par la Cour de cassation qui permet de contrôler la juste application de la loi étrangère par les juges du fond. En d'autres termes, la quasi-intégralité de ce régime est à conserver. Seules quelques

exceptions doivent être remises en cause notamment celles relatives à la charge de la preuve puisqu'elles tendent à évincer le résultat issu de la méthode conflictuelle, et à traiter les parties de manière différente. Néanmoins, doit surtout être supprimée l'équivalence des droits qui, de faible intérêt, a vocation à tolérer une mauvaise application de la règle de conflit et dont les conséquences peuvent être aléatoires.

1655. Le renouvellement espéré de l'entier régime d'application conformément à l'égalité de traitement des situations internationales. En conclusion, le régime actuellement pratiqué eu égard à l'application de la règle de conflit et de la loi matérielle n'est pas parfaitement harmonieux en termes de respect de la justice conflictuelle. Toutefois, les points sur lesquels la neutralité et l'égalité de traitement sont contrariées, sont susceptibles d'être solutionnés par l'évolution de leurs règles, ou simplement par suppression dans leur principe. C'est pourquoi une fois encore, il convient d'espérer que le régime d'application de la règle de conflit, et de la loi matérielle, s'active au respect de l'égalité de traitement. Cependant, ce regain d'espoir pourrait être remis en cause par les mécanismes d'éviction de la loi matérielle applicable.

CHAPITRE II : LA REMISE EN CAUSE PARTIELLE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

PAR LES MECANISMES D'EVICION DE LA LOI MATERIELLE APPLICABLE

1656. La confrontation des mécanismes perturbateurs à l'égalité de traitement.

Hormis le régime propre à l'application de la loi matérielle désignée compétente, il existe deux mécanismes d'éviction spécifiques au stade de la loi matériellement désignée. Ces mécanismes ont pour objet de perturber l'application classique de la règle de conflit. Toutefois, leur emploi n'apparaît qu'après application de la loi matérielle compétente dans la mesure où leur existence n'est révélée qu'à ce stade du raisonnement. En sus, ces deux mécanismes ont pour effet d'évincer la loi matériellement applicable à la situation internationale. C'est pourquoi, ils constituent des éléments perturbateurs au stade de la loi matérielle applicable, à propos desquels il convient de se demander s'ils contribuent au maintien de la neutralité et de l'égalité de traitement garanties par la méthode conflictuelle, ou plutôt s'ils ont pour effet de les amoindrir.

1657. L'ordre public international. Le droit des conflits de lois admet de longue date l'exception d'ordre public. Il s'agit d'« un moyen dont les parties, voire le juge, disposent pour tenir en échec une solution qui, dans la rigueur des principes, devrait être consacrée »²²³⁷. Ainsi, le mécanisme a pour fonction d'évincer la loi matérielle compétente « parce qu'elle est contraire à l'ordre public »²²³⁸ de l'ordre juridique saisi. En d'autres termes, à raison de considérations substantielles, c'est-à-dire pour des raisons de justice matérielle, il est possible que la loi matériellement désignée par la règle de conflit soit évincée. Par conséquent, il s'agit d'un mécanisme dont l'objet consiste, exceptionnellement, à réduire à néant l'effet classique de la règle de conflit. Or, *a priori*, l'ordre public international est contraire à l'esprit du droit des conflits de lois, mais demeure indispensable, son recours étant impérieux. Toutefois, il est susceptible d'affinement notamment afin d'assurer un meilleur respect de la justice conflictuelle (section 1).

1658. La fraude à la loi. Il est également admis en droit des conflits de lois, comme dans toute discipline juridique, l'exception de fraude à la loi. Ainsi, « notre jurisprudence se refuse à admettre que les individus puissent utiliser les règles de conflit aux fins de se soustraire aux dispositions légales de fond normalement applicables »²²³⁹. Par conséquent,

²²³⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 375.

²²³⁸ *Ibid.*

²²³⁹ *Ibid.*, § 411.

cette exception a pour fonction de sanctionner les comportements frauduleux dont l'objet a consisté à manipuler une règle de conflit pour rendre compétente une autre loi que celle légalement applicable. Donc, contrairement à l'ordre public international, il s'agit d'un mécanisme exceptionnel dont le rôle est d'assurer la juste application de la méthode conflictuelle. C'est pourquoi son admission ne peut être remise en cause. Il constitue l'accessoire, en tant que gardien, de la règle de conflit. Malheureusement, il s'avère que cette protection accordée à la méthode conflictuelle n'est que symbolique et tend à remettre régulièrement en cause son respect (section 2).

SECTION 1 : LE RECOURS IMPERIEUX A UN ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL AFFINE EU EGARD AU RESPECT DE L'EGALITE DE TRAITEMENT

1659. L'ordre public international constitue une exception spécifique à la discipline du droit des conflits de lois et notamment à la règle de conflit. En effet, en droit positif, il est « universellement (admis) que l'application d'une loi étrangère ne saurait en aucun cas être tolérée si elle avait pour but, pour résultat, de troubler « l'ordre public » du pays dans lequel cette application est demandée »²²⁴⁰. Par conséquent, l'exception a pour objet d'évincer la loi étrangère désignée applicable par la règle de conflit, et de lui substituer la loi du for, chaque fois que les dispositions matérielles de la loi étrangère ont pour effet de troubler les valeurs considérées comme d'ordre public international par l'ordre juridique saisi. Il semblerait donc que l'ordre public international ait pour effet de réduire à néant l'effet de la règle de conflit, et indirectement l'objectif du droit des conflits de lois consistant à localiser en toute neutralité le rapport de droit. Cependant, l'admission de l'ordre public international, dans sa version traditionnelle, demeure inéluctable dans tout système de droit positif, notamment au regard de la régularité des situations internationales. Toutefois son recours doit demeurer exceptionnel pour préserver au maximum l'approche localisatrice du droit des conflits de lois. Pourtant, divers reproches peuvent lui être adressés tendant à évincer arbitrairement l'esprit conflictualiste à de nombreuses reprises au profit d'un certain substantialisme (sous-section 1). Fort heureusement, l'ordre public international traditionnel ne s'inscrivant pas suffisamment dans le respect de la règle de conflit, a fait l'objet d'une réformation en droit contemporain. Celle-ci tend alors à favoriser un meilleur respect de la méthode conflictuelle et conséquemment des objectifs du droit des conflits de lois (sous-section 2).

²²⁴⁰ R. Bireaud, *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, Thèse, Aix-Marseille, 1932, Imprimerie d'éditions Roubaud, 1932, spéc. p. 1.

SOUS-SECTION 1 : L'ADMISSION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL TRADITIONNEL MALGRE SES DEFAUTS

1660. L'ordre public international constitue un mécanisme particulier, mais relativement ancien puisqu'il était déjà employé au Moyen Âge. Or, cet ordre public international, dans sa version qui pourrait être qualifiée de classique ou traditionnelle, constitue un mécanisme indispensable en droit des conflits de lois. Néanmoins, son concept reste encore perfectible notamment au regard du respect de la discipline (§ 1). De plus, si son admission ne doit pas être remise en cause par le droit positif, son régime en revanche pourrait l'être. Dans sa version traditionnelle, le régime imputable à l'ordre public international est quasiment antinomique avec les exigences du droit des conflits de lois et plus particulièrement celles de la méthode conflictuelle (§ 2).

§ 1 – L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL : UN MECANISME INDISPENSABLE A PERFECTIONNER

1661. Si le mécanisme de l'ordre public international constitue une exception à la méthode conflictuelle, son recours s'avère pourtant indispensable en droit des conflits de lois. En effet, son utilisation se légitime parfaitement dans tout système, notamment eu égard à la fonction qu'il assure (A). Cependant, si son admission ne doit pas être remise en cause, il est certains points sur lesquels il demeure critiquable. Il reste un mécanisme complexe à identifier puisque la détermination des cas d'ordre public international peut être qualifiée de délicate malgré les caractères qu'il présente. Il s'agit donc d'une étape encore à parfaire (B).

A. LA LEGITIME RECOURS A L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL DANS TOUT SYSTEME

1662. L'ordre public international constitue une exception à la méthode conflictuelle dans la mesure où il a pour effet d'évincer la loi matériellement désignée applicable. Néanmoins, cette exception se justifie dans la mesure où elle a pour objet de protéger les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for qui pourraient être remises en cause par application des dispositions matérielles de la loi désignée (1). De plus, son recours s'avère d'autant plus juste dans la mesure où il ne peut être employé que s'il présente un rattachement avec la situation internationale en cause (2).

1) L'ordre public international au soutien des valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for

1663. Si le mécanisme de l'ordre public international est admis en droit positif, il pourrait sembler contestable puisqu'il a pour effet de remettre en cause le résultat issu de la

méthode conflictuelle. Néanmoins, la reconnaissance de cette exception s'avère indispensable afin que soient respectées les valeurs considérées comme fondamentales par chaque ordre juridique au stade de l'application matérielle de la loi désignée, l'objectif étant de maintenir la paix sociale (a). C'est pourquoi par souci de réalisme et de cohérence, l'ordre public international de référence ne peut se limiter qu'à celui du for (b).

a) *Le recours à l'ordre public international au regard du maintien de la paix sociale*

1664. Un mécanisme en réponse à un trouble social. L'ordre public international constitue un mécanisme perturbateur au règlement du conflit de lois lequel se justifie chaque fois que « l'on se trouve en présence d'une situation qui contient quelque chose d'anormal, de dangereux, qui crée un trouble grave »²²⁴¹. En effet, chaque fois que la loi étrangère désignée par la règle de conflit conduit à une solution qui aboutirait à « un mal »²²⁴², il faut l'écarter par le recours à l'ordre public international. Par conséquent, « cette notion est (...) liée à une sorte de pathologie du droit »²²⁴³.

1665. Un mécanisme de longue date. Véritablement, « l'ordre public est un produit de l'histoire politique des civilisations »²²⁴⁴. En effet, ce mécanisme est apparu au « Moyen Âge, mais son élaboration théorique s'est faite en plusieurs étapes »²²⁴⁵. En outre, « à l'origine de la théorie des statuts, Bartole et ses émules, procédant empiriquement, faisaient souvent dépendre leurs décisions d'une appréciation de la valeur positive des statuts, étendant volontiers le champ d'application dans l'espace d'un statut dont ils jugeaient les dispositions favorables, restreignant au contraire les statuts odieux à l'intérieur des limites de leurs territoires »²²⁴⁶. Au regard de cette idée, le mécanisme s'est développé sous la plume de différents auteurs pour être finalement systématisé dans sa conception actuelle par Bartin en France et Von Bar en Allemagne²²⁴⁷.

1666. Un mécanisme nécessaire à la préservation de tout ordre juridique. En réalité, la conceptualisation de l'ordre public international a perduré en droit positif parce qu'il s'agit d'un mécanisme nécessaire en droit des conflits de lois. En effet, de la même

²²⁴¹ M. C. Moldovan, *L'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris, 1933, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1932, § 1.

²²⁴² *Ibid.*

²²⁴³ *Ibid.*

²²⁴⁴ F.-X. Train et M.-N. Jobard-Bachelier, « Ordre public international - Notion d'ordre public en droit international privé », *J.-Cl. Droit international*, 1992, Fasc. 534-1, § 5.

²²⁴⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 354.

²²⁴⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 374.

²²⁴⁷ P. Lagarde, « Ordre public », *Rép. intern. Dalloz*, déc. 1998, § 5.

manière que les lois de police, ce mécanisme pourrait être rejeté dans la mesure où il constitue un élément perturbateur de la méthode conflictuelle²²⁴⁸. Or, si les lois de police doivent être admises afin de respecter les intérêts de l'État, l'ordre public international doit être retenu afin de préserver les valeurs considérées comme fondamentales par un ordre juridique²²⁴⁹. Il s'agit là de l'expression de la souveraineté de l'Etat, laquelle s'avère indispensable tant pour l'une que pour l'autre exception. En effet, « si dans un cas donné, (la teneur d'une loi étrangère) heurte les conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for, son application effective peut constituer un trouble »²²⁵⁰. C'est pourquoi il convient de recourir à l'exception de l'ordre public international puisque son existence « répond à une nécessité »²²⁵¹. D'ailleurs, comme l'a affirmé le Professeur Lagarde, « en admettant l'application des lois étrangères, le législateur ne peut donner un blanc-seing à l'ensemble des législateurs de l'univers, et quelle que soit l'évolution ultérieure de leurs civilisations respectives »²²⁵². Le mécanisme doit donc être admis dans la mesure où il est nécessaire à la préservation des valeurs fondamentales prônées par l'ordre juridique du for²²⁵³, lequel a « une fonction éminente (consistant à) préserver la paix sociale »²²⁵⁴. C'est pourquoi « pour éviter ce que Raape appelait un « saut dans l'inconnu », il faut réserver au juge la possibilité de repousser une loi dont le contenu se révélerait inadmissible »²²⁵⁵.

1667. Un mécanisme substantiel conciliable avec la justice conflictuelle. L'ordre public international constitue alors une exception à la méthode conflictuelle justifiée par la justice matérielle. En sus, l'intervention du substantialisme semble cohérente puisque l'ordre public international n'intervient qu'après l'analyse concrète du résultat éconduit par la loi

²²⁴⁸ Cf. *supra* § 1179 et s.

²²⁴⁹ Ex. : Cass., Civ. 1^{ère}, 19 oct. 2016, n°15-50.098, *JDI* n°1, janv. 2017, 2, note F. Monéger ; *Dalloz* 2017, p. 470, note M. Douchy-Ouzot, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon et p. 1082, note J.-J. Lemouland ; *Dalloz* 2016, p. 2549, note D. Sindres ; *RTD civ.* 2017, p. 102, note J. Hauser ; *RCDIP* 2017, p. 535, note E. Gallant ; dans lequel la Cour fait jouer l'ordre public international dans l'hypothèse d'un mariage bigame impliquant un Français : « le ministère public peut, en considération de l'attente à l'ordre public international causée par le mariage d'un Français à l'étranger sans que sa précédente union n'ait été dissoute, s'opposer à la demande de transcription de l'acte de mariage sur les registres consulaires français, même si le mariage étant célébré depuis plus de trente ans, l'action en nullité absolue pour cause de bigamie, était prescrite ».

²²⁵⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 367.

²²⁵¹ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 6.

²²⁵² *Ibid.*

²²⁵³ Voir en ce sens : P. Kinsch, « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.*, § 150 : « En fait, la défense des droits de l'Homme en droit international privé est tout aussi ancienne que le développement du droit international privé moderne. La défense des droits de l'Homme contre la loi étrangère repose sur les valeurs que véhiculent les droits de l'Homme ; elle est dès lors indépendante du statut normatif, en droit positif national, des droits de l'Homme ».

²²⁵⁴ M. C. Moldovan, *op. cit.*, § 2.

²²⁵⁵ *Ibid.*

désignée applicable. C'est pourquoi le passage de la justice conflictuelle à la justice matérielle s'impose de lui-même, de la même façon que l'éviction de tout trouble à la paix sociale. Ainsi, le recours à l'exception paraît d'autant plus justifié même s'il fausse le jeu de la méthode conflictuelle puisqu'il ne vise pas véritablement la règle de conflit, mais le résultat substantiel auquel mène l'application de la loi étrangère. De cette façon, la neutralité de la méthode n'est pas remise en cause. En revanche, son résultat concret l'est dans l'objectif de garantir aux sujets de droit un traitement de leur situation internationale conforme à l'ordre public international saisi. Par conséquent, l'égalité de traitement à laquelle pouvaient prétendre les sujets de droit peut être altérée en fonction de l'ordre juridique en cause. Toutefois, il s'agit d'une exception nécessaire à la discipline du droit des conflits de lois afin de garantir la paix sociale, et conséquemment la régularité des situations internationales²²⁵⁶. Ainsi, il n'est plus question de contester son admission, mais plutôt de considérer qu'elle doit être régie en préservant au mieux la méthode conflictuelle. Ainsi, si « la notion introduit un élément perturbateur dans le jeu des règles de conflit (...) il est souhaitable que les juges n'en usent qu'avec discernement »²²⁵⁷. C'est pourquoi ces derniers doivent avant tout se contenter de l'analyser à l'aune des conceptions fondamentales du for.

b) Un mécanisme nécessairement limité à l'ordre juridique de référence du for

1668. L'effet réflexe de l'ordre public international. Si l'exception de l'ordre public international est justifiée en ce qu'elle est nécessaire à la préservation des valeurs fondamentales du for, elle ne peut l'être qu'à condition d'être envisagée au regard de l'ordre juridique du for. En effet, le processus se divise en plusieurs étapes consistant notamment pour « le juge, après avoir considéré la loi étrangère normalement applicable et examiné les circonstances concrètes de son application à l'espèce, (à) confronter le résultat (...) obtenu avec un ordre juridique de référence »²²⁵⁸. Or, ce dernier ne peut être que l'ordre juridique du for. En effet, « en droit international privé, une loi étrangère est contraire à l'ordre public quand elle heurte des principes jugés essentiels du droit du for »²²⁵⁹. Par conséquent, la mise

²²⁵⁶ Voir en ce sens, Cass., Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2010, n°09-15.302, *D. actualité*, 18 nov. 2010, note I. Gallmeister ; *RTD civ.* 2011, p. 115, note J. Hauser ; *Dalloz* 2011, p. 1374, note F. Jault-Seseke ; dans lequel la Cour a estimé que « le jugement de divorce étranger qui met à néant l'exercice conjoint de l'autorité parentale et interdit au père que sa « maîtresse » se trouve en présence des enfants sauf s'il se marie avec elle porte atteinte à des principes essentiels du droit français fondés sur l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale et sur le respect de la vie privée et familiale ».

²²⁵⁷ M. C. Moldovan, *op. cit.*, § 2.

²²⁵⁸ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 46.

²²⁵⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 363.

en œuvre de l'exception ne peut être subordonnée qu'à une analyse des conceptions de l'ordre juridique du for²²⁶⁰. Il s'agit de l'effet réflexe de l'ordre public du for²²⁶¹.

1669. L'exclusion de toute référence à l'ordre juridique étranger. *A contrario*, cela signifie que l'ordre juridique de référence ne peut en aucun cas être un ordre juridique étranger. Cela se justifie dans la mesure où c'est « dans l'ordre juridique du for qu'il s'agit d'insérer la loi en application de laquelle le juge rendra sa décision »²²⁶². Par conséquent, c'est parce les effets de la loi étrangère risquent de ne pouvoir s'insérer dans l'ordre juridique du for sans heurts qu'il est nécessaire de recourir au mécanisme de l'ordre public international. En procédant à une solution inverse, le mécanisme serait nettement plus contestable puisque la loi matérielle désignée serait évincée sans que cela soit forcément nécessaire. La nécessité ne découle pas seulement du caractère fondamental reconnu à certaines valeurs de l'ordre juridique saisi, mais également d'un certain réalisme et d'une véritable cohérence juridique. Effectivement, au regard de la situation internationale en cause, il ne peut être appliqué une loi étrangère dont les effets ne pourraient se produire dans l'ordre juridique du juge saisi. C'est pourquoi l'ordre public international est d'autant plus indispensable en droit des conflits de lois.

1670. Une référence unique propice à l'égalité de traitement. En outre, si l'exception ne peut être employée qu'au regard du seul ordre juridique du for, elle invite à une égalité de traitement des sujets de droit puisque leur situation internationale ne sera soumise qu'à l'ordre public international du for, et non aux ordres publics internationaux étrangers. L'utilisation du mécanisme devrait donc conduire à une application prévisible et identique de l'exception pour chaque ordre juridique. De cette manière, chaque sujet de droit pourrait déterminer dans quelles situations la loi matérielle sera évincée. En sus, si l'ordre public international représente une nécessité en droit des conflits de lois, il se justifie spécialement par la détermination d'un rattachement entre le rapport de droit avec l'ordre juridique saisi.

²²⁶⁰ Voir en ce sens : CA de Paris, 16 janv. 2018, n°15/21703 dans lequel les juges du fond rappellent que « l'ordre public international au regard duquel s'effectue le contrôle du juge (...) s'entend de la conception qu'en a l'ordre juridique français, c'est-à-dire des valeurs et des principes dont celui-ci ne saurait souffrir la méconnaissance même dans un contexte international ».

²²⁶¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 366.

²²⁶² *Ibid.*

2) L'ordre public international observé au regard d'un rattachement avec l'ordre juridique du for

1671. Si le mécanisme de l'ordre public international constitue une exception indispensable motivée par des considérations substantielles, elle demeure toutefois liée dans sa mise en œuvre à la justice conflictuelle²²⁶³. C'est pourquoi son emploi se justifie, en théorie, par la proximité existante entre l'ordre juridique du for et le rapport de droit c'est-à-dire par l'*Inlandsbeziehung* (a). Toutefois, le droit positif français se cantonne à subordonner l'utilisation de l'ordre public international au seul rattachement juridictionnel (b).

a) Une exception a priori conditionnée par l'*Inlandsbeziehung*

1672. L'existence de liens suffisants avec l'ordre juridique saisi. Durant la conceptualisation de l'ordre public international, un auteur allemand, Kahn, a développé une théorie spécifique à la fin du XIX^{ème} siècle nommée *Inlandsbeziehung*. Cet auteur avait remarqué que « l'éviction au profit de la loi du for de la loi étrangère apparemment compétente ne se produisait que s'il existait un lien de rattachement entre la situation soumise au juge et le for »²²⁶⁴. Selon lui, ce lien « correspondait (...) à un rattachement subsidiaire conditionnant l'application de certaines règles matérielles du for et corrigeant dans cette mesure l'insuffisance des règles de conflit positives »²²⁶⁵. En d'autres termes, d'après cet auteur, l'ordre public international ne pouvait être déclenché qu'à la condition qu'il existe un lien de rattachement entre la situation internationale et l'ordre juridique saisi²²⁶⁶.

Cette doctrine a traversé le temps et consiste aujourd'hui à considérer que « le lien avec le territoire est simplement un élément qui révèle l'atteinte à l'ordre public du for provoquée par l'application de la loi étrangère »²²⁶⁷. Plus précisément, cette doctrine consiste à considérer que « l'exception d'ordre public constitue un mécanisme relatif dont le jeu

²²⁶³ Cf. *supra* § 1665.

²²⁶⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 359.2°.

²²⁶⁵ *Ibid.*

²²⁶⁶ Pour aller plus loin, voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I., § 472, lesquels développent le mécanisme d'*Inlandsbeziehung* en considérant que : « Ce dernier mécanisme, qui est à la fois publiciste et unilatéraliste, recouvre une délimitation de la vocation de l'Etat du for à imprimer ses propres conceptions à une situation internationale entretenant par hypothèse des liens substantiels avec un autre ordre juridique dont la loi a été reconnue applicable *a priori*. L'intervention des droits fondamentaux au nom de l'ordre public de l'Etat du for serait alors tributaire de l'intensité des liens qu'entretient celui-ci avec la situation litigieuse, sachant que l'assise de l'ordre juridique de référence – Etat ou ensemble fédérés d'Etats – doit être alignée sur la portée spatiale de la norme dont est issue la valeur ainsi protégée ».

²²⁶⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 359.2°.

dépend de l'intensité de la perturbation créée par l'application de la loi étrangère »²²⁶⁸. Par conséquent, le jeu de l'ordre public international est subordonné au(x) rattachement(s) qui peu(ven)t exister avec la situation internationale. De cette manière, le recours au mécanisme n'est pas arbitraire et se trouve légitimé. De plus, cette théorie est intéressante dans la mesure où elle fait réapparaître l'idée de proximité qui préside la méthode conflictuelle.

1673. Une exception subordonnée au principe de proximité. L'introduction de la proximité dans le déclenchement de l'ordre public international est pertinente puisqu'elle répond du réalisme de la situation internationale concernée. En effet, si la méthode conflictuelle doit par principe conduire à appliquer la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation internationale, l'ordre public international ne doit pas, *a contrario*, être appliqué lorsqu'il est trop éloigné géographiquement de cette situation internationale. En d'autres termes, cela signifie que « le lien avec le territoire devient (...) une des composantes de la relativité de l'exception de l'ordre public, puisqu'elle conduit à accepter que certaines situations, éloignées du for, soient régies par une loi étrangère choquante et à le refuser pour d'autres, proches du for »²²⁶⁹. Or, il semble que cette manière d'envisager le recours à l'ordre public international soit parfaitement fondée dans la mesure où, constituant une exception à la méthode conflictuelle, son recours doit demeurer cohérent et nécessaire. Ainsi, si la situation géographique s'éloigne de l'ordre juridique du for, il semble que la nécessité de son recours perde de son effectivité et qu'il ne soit plus nécessaire d'évincer le résultat issu de la règle de conflit. Finalement, l'emploi du recours à l'ordre public international constituerait une exception spécifique au droit des conflits de lois dont l'application serait guidée, tout comme pour la méthode conflictuelle, par le principe de proximité. La méthode conflictuelle serait alors davantage préservée puisque moins renversée. Néanmoins, si en théorie, l'ordre public international doit être employé par référence aux liens étroits existants entre l'ordre juridique du for et le rapport juridique, il semble que cela soit remis en cause par la Cour de cassation.

b) *Une exception uniquement subordonnée au rattachement juridictionnel*

1674. Le rattachement suffisant à la juridiction du for. Par principe, le droit positif français admet l'exception de l'ordre public international. Cependant, « la Cour de cassation n'a jamais posé en règle générale que l'éviction de la loi étrangère par l'exception d'ordre public était subordonnée à la constatation par les juges du fond de l'existence d'un

²²⁶⁸ N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique*, Thèse, Paris 1, 2002, LexisNexis, 2008, § 158.

²²⁶⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 359.2°.

lien de la situation avec la France »²²⁷⁰. Par conséquent, l'ordre public international pour être employé par les juges du fond ne suppose pas le constat par ces derniers d'un lien étroit avec le territoire français. *A contrario*, cela signifie que le seul rattachement juridictionnel avec le territoire français peut suffire à déclencher le mécanisme de l'ordre public international. En effet, dans la mesure où les juges ne doivent pas motiver le recours à l'exception eu égard aux rattachements que présente la situation avec le territoire français, il semble, par déduction que l'ordre public international peut être déclenché dès lors que les juridictions françaises sont saisies.

1675. Un rattachement insuffisant à justifier le déclenchement de l'exception.

Vraisemblablement, il peut paraître justifié que l'ordre public international se déclenche dès lors qu'il existe un rattachement juridictionnel puisqu'en principe la décision aura vocation à s'appliquer sur le territoire du for. Néanmoins, si, dans une situation internationale, cet unique rattachement justifie son recours, il est peu probable que la décision ait vocation à produire des effets sur le territoire du for. C'est en cela que l'absence de détermination de liens étroits avec l'ordre juridique saisi semble contestable. En effet, en considérant que l'ordre public international peut être mis en œuvre à raison du seul rattachement juridictionnel, sa légitimité est mise à mal puisque son objectif est de mettre fin à un trouble. Or, pour que ce trouble soit effectif, il faut que la situation internationale présente spécifiquement un lien étroit avec l'ordre juridique du for. Par conséquent, cette absence de caractérisation de la proximité écarte le mécanisme des idéaux prônés par la discipline du droit des conflits de lois. Ainsi, son recours semble plus contestable et ne respecte plus le principe de proximité auquel se soumet le système de droit des conflits de lois. C'est pourquoi il serait préférable que la jurisprudence se tourne vers un ordre public de proximité uniquement²²⁷¹. De plus, si l'ordre public international demeure indispensable à la discipline du droit des conflits de lois, il pourrait éventuellement être contesté eu égard à la détermination de son contenu.

B. LA DETERMINATION DELICATE DES CAS D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

1676. Si le recours à l'ordre public international s'avère indispensable en droit des conflits de lois afin de garantir la paix sociale, il n'en reste pas moins que sa détermination demeure délicate. En effet, la notion d'ordre public international s'avère insaisissable et de surcroît rend conséquemment son contenu indéfinissable et aléatoire (1). Cependant, si le

²²⁷⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 360.

²²⁷¹ Cf. *infra* § 1718 et s.

concept engendre une véritable insécurité juridique, celle-ci est également issue de deux caractères spécifiques qui lui sont consubstantiels. Il s'agit de la variabilité et de la relativité, lesquels sont commandés par la « nécessité »²²⁷² du mécanisme (2).

1) Le contenu indéfinissable et aléatoire de l'ordre public international

1677. L'ordre public international constitue un mécanisme indispensable en droit des conflits de lois. Cependant, son utilisation paraît toutefois controversable dans la mesure où la notion d'ordre public international demeure insaisissable et engendre de nombreuses ambiguïtés (a). Par conséquent, étant indéfinissable, elle invite à une application aléatoire par les juges du fond (b).

a) *L'ordre public international : une notion insaisissable*

1678. Un contenu indéfinissable. Si le déclenchement de l'ordre public international classique peut faire l'objet de discussions, la détermination de son contenu aussi²²⁷³. En effet, « savoir ce dont se compose cet ordre public demeure une des questions les moins bien élucidées du droit international privé contemporain »²²⁷⁴. Comme l'a affirmé le Professeur Lagarde, « c'est à vrai dire la question la plus spectaculaire de l'ordre public, la seule souvent qu'un grand nombre d'ouvrages et particulièrement de thèses de doctorat consacrées au sujet s'efforcent de résoudre »²²⁷⁵. Ainsi, « pas moins de cinquante définitions de l'ordre public ont été dénombrées »²²⁷⁶ et pourtant, « cette question n'a jamais été résolue, et les auteurs les plus sérieux renoncent désormais à en chercher la clef »²²⁷⁷. Comme l'a affirmé le Professeur de Vareilles-Sommières, « l'emploi des termes « ordre public » pour étiqueter ce à quoi on confronte la loi étrangère compétente dans le cadre de l'exception d'ordre public donne lieu à beaucoup d'ambiguïté »²²⁷⁸. Néanmoins, la Cour de cassation a tenté d'en définir le contenu.

²²⁷² Cf. *supra* § 1663 et s.

²²⁷³ Voir en ce sens : P. Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *RCDIP* 1933, p. 393, précisant à ce propos que : « La notion d'ordre public, malgré les innombrables et minutieuses études qu'elle a suscitées, demeure incertaine et largement discutée. Alors qu'elle semble constituer la clé de tant de problèmes juridiques et qu'elle est si souvent, en tout cas, *l'ultima ratio* du juge, ni son sens, ni sa portée, ni sa légitimité n'ont réussi à s'imposer. Elle est encore à la recherche de son exacte valeur et, si l'on peut dire, de son propre équilibre ».

²²⁷⁴ P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2014, vol. n°371, § 31.

²²⁷⁵ P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris, 1957, LGDJ, 1959, § 149.

²²⁷⁶ P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.*, § 31.

²²⁷⁷ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 149.

²²⁷⁸ P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.*, § 31.

1679. La définition floue de la jurisprudence. En effet, il est classiquement admis, depuis l'arrêt *Lautour*²²⁷⁹, que les dispositions matérielles d'une loi étrangère « ne sont pas contraires à l'ordre public international français par cela seul qu'elles diffèrent des dispositions impératives du droit français, mais uniquement en ce qu'elles heurtent des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». De plus, « la Cour de cassation se réfère aujourd'hui couramment aux « principes essentiels du droit français » »²²⁸⁰. Par conséquent, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il semblerait que l'ordre public international protège les principes et valeurs considérés comme fondamentaux et universels par l'ordre juridique français. Néanmoins, si le cadre paraît établi, il n'en demeure pas moins complètement flou. La question reste de savoir ce qu'il convient d'entendre par principes et valeurs fondamentaux et universels. Il pourrait alors être considéré au regard de cette définition que sont visés les droits fondamentaux c'est-à-dire les droits de l'Homme, mais également « la sauvegarde de certaines politiques législatives »²²⁸¹. Cependant, s'il est possible de considérer que l'ordre public international vise ces deux domaines, leur détermination n'en reste pas moins totalement incertaine.

1680. Un contenu insaisissable synonyme d'insécurité juridique. Finalement, tant en jurisprudence qu'en doctrine, la notion d'ordre public demeure insaisissable. Or, il ne peut être que constaté « l'insécurité juridique résultant de l'imprécision de la notion »²²⁸². En effet, cette indétermination ne peut être que synonyme d'insécurité juridique, laquelle doit être rejetée dans un système égalitaire de droit des conflits de lois. Malheureusement, il semblerait que le mécanisme soit soumis au libre arbitre du juge, lequel peut en faire application à son bon vouloir. Ainsi, l'ordre public international est soumis à un aléa considérable.

b) *L'ordre public international : une notion vectrice d'aléas*

1681. Une notion appréciée de manière casuistique. Dans la mesure où l'ordre public international demeure insusceptible de définition, il fait l'objet d'une appréciation au « cas par cas »²²⁸³. Par conséquent, la seule possibilité pour déterminer le contenu de l'ordre

²²⁷⁹ Cass., Civ., 25 mars 1948, *Lautour*, préc.

²²⁸⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 371, spéc. à propos de l'arrêt suivant : Cass., Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, 10-19.053, préc.

²²⁸¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 363.

²²⁸² F. Cadet, *Les transformations méthodologiques de l'ordre public en droit international de la famille : étude comparée France/Espagne*, Thèse, Toulouse 1, 2001, Lille : ANRT, 2003, § 319.

²²⁸³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 382.

public international consiste à « dresser le catalogue des cas d'ordre public, tâche ingrate et peu brillante qui seule permet une relative prévisibilité des tribunaux »²²⁸⁴. Or, même s'il est envisageable d'établir une liste des cas d'ordre public, la tâche ne sera pas aisée. D'une part, « l'éventail des matières au sein desquelles l'exception d'ordre public est susceptible de jouer est très largement ouvert »²²⁸⁵ et d'autre part, comme l'a affirmé le Professeur Poillot-Peruzzetto, « il s'agit d'un concept à dimension variable et qui ne se laisse pas appréhender par une liste exhaustive »²²⁸⁶. Cela signifie que le travail sera rude, mais demeurera inachevé, voire variable, puisque la notion est susceptible de plusieurs acceptions.

1682. Une appréciation guidée à rebours par la Cour de cassation. La seule ligne directrice qui peut être suivie est donc celle de la jurisprudence. Ainsi, grâce aux arrêts de la Cour de cassation, certains principes sont classés explicitement dans le contenu de l'ordre public international. Par exemple, peuvent y être rangées « la reconnaissance de la personnalité juridique à tout individu, l'indisponibilité du corps humain, l'égalité civile, la liberté matrimoniale »²²⁸⁷, etc. Néanmoins, si certains principes font indéniablement partie de l'ordre public international, d'autres font l'objet de vives interrogations. Ainsi, longtemps la doctrine s'est interrogée sur le fait de savoir si la réserve héréditaire était d'ordre public international. Or, le débat n'a été tranché qu'en 2017²²⁸⁸ par la Cour de cassation pour l'en exclure. En d'autres termes, le contenu de l'ordre public international demeure et demeurera sans doute au cas par cas selon le principe en cause. Ceci est toutefois malheureux dans la mesure où l'appréciation casuistique peut conduire à un certain aléa dans le recours au mécanisme par les juges du fond tant que la Cour de cassation n'est pas intervenue²²⁸⁹.

1683. La confusion entretenue avec les lois de police. De plus, l'insaisissabilité de la notion invite à certaines confusions, notamment avec les lois de police. En effet, dans la mesure où l'ordre public international peut avoir pour objet de protéger certaines politiques législatives, tout comme les lois de police, un amalgame pourrait s'opérer entre les deux.

²²⁸⁴ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 149.

²²⁸⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 383.

²²⁸⁶ S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et droit communautaire », *Dalloz* 1993, p. 179.

²²⁸⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 371.

²²⁸⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, 16-17.198 et n°16-13.151, préc.

²²⁸⁹ Voir en ce sens : J. Maury, « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand », *RCDIP* 1954, p. 7, à propos de l'ordre public international : « l'imprécision forcée d'une telle règle fait dépendre son application des juges et en dernier ressort, car il s'agit d'une règle de droit, des cours ou tribunaux suprêmes » ; « et l'on conçoit, par suite, que les jurisprudences nationales soient plus ou moins larges dans cette appréciation, admettent plus ou moins facilement le jeu de l'ordre public, l'éviction de la loi normalement compétente ».

D'ailleurs, le problème est amplifié par le fait que l'identification des lois de police est également relativement complexe et imprécise²²⁹⁰. Or, en pratique, de véritables erreurs peuvent apparaître notamment « dans le domaine patrimonial » puisque de nos jours, « la réglementation impérative en matière économique et sociale » s'est fortement développée, laquelle renvoie alors à un « ordre public économique »²²⁹¹.

La confusion qui peut naître entre les lois de police et l'ordre public international est parfaitement regrettable dans la mesure où ces deux mécanismes sont différents. En effet, les lois de police interviennent au début du raisonnement conflictualiste pour évincer la règle de conflit tandis que l'ordre public international intervient *a posteriori* c'est-à-dire pour évincer la loi matérielle applicable. Surtout, « dans le conflit opposant la loi de police et la loi désignée par la règle de conflit ordinaire, cette dernière loi est (...) défaite pour des raisons d'origine défectueuse (sa simple désignation par la règle de conflit ordinaire étant en effet incapable de consacrer sa compétence sur la question de fond en cause puisque la méthode conflictuelle classique est tenue en échec par la loi de police) et non pour des raisons de contenu inacceptable »²²⁹². A l'inverse, l'ordre public international a pour objet d'opposer loi ordinaire du for et loi étrangère compétente simplement parce que « le contenu de la loi étrangère ainsi reconnue compétente (est) inacceptable aux yeux du for »²²⁹³. En d'autres termes, ce ne sont pas les mêmes raisons qui motivent le recours à chacun de ces mécanismes, et c'est la raison pour laquelle, il serait préférable qu'une confusion ne soit pas entretenue. Cela est important dans la mesure où les conséquences ne seront pas les mêmes selon le mécanisme choisi. En reconnaissant à un principe le statut de loi de police, la règle de conflit sera à chaque fois écartée. En revanche, en intégrant un principe à l'ordre public international, la loi étrangère ne sera évincée que si elle ne s'y conforme pas.

1684. L'indéniable risque d'aléa des solutions. Finalement, au regard de l'appréciation casuistique qui peut être faite de l'ordre public international et des erreurs qui peuvent en découler, son utilisation peut inévitablement être soumise à un aléa. En effet, l'insaisissabilité de la notion peut conduire les juges du fond à une application relativement variable du mécanisme tant que la Cour de cassation n'est pas intervenue. Or, ceci paraît regrettable puisque l'aléa s'oppose à l'égalité de traitement des sujets de droit, puisque toute

²²⁹⁰ Cf. *supra* § 1192 et s.

²²⁹¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 371.

²²⁹² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 380.

²²⁹³ *Ibid.*

sécurité juridique est écartée. Cependant, il semblerait que la variabilité du contenu de l'exception ne puisse un jour disparaître au regard des caractères spécifiques qu'il présente.

2) Les caractères consubstantiels à la fonction de l'ordre public international

1685. Malgré l'absence de définition de l'ordre public international, ce dernier présente toutefois deux caractères spécifiques qui se justifient par sa fonction c'est-à-dire par la nécessité de son intervention. C'est pourquoi d'une part, l'ordre public international constitue un instrument variable dans la mesure où il répond d'un principe d'actualité (a). Et d'autre part, il consiste en un outil relatif puisqu'il fait l'objet d'une appréciation *in concreto* pour chaque situation internationale (b).

a) Un outil variable au credo de l'actualité

1686. La variabilité de l'ordre public international. Si l'ordre public international s'avère difficilement déterminable dans son contenu, il est également variable²²⁹⁴. En effet, « le contenu de l'ordre public international peut changer, dans un Etat, à raison de l'évolution des institutions et des conceptions »²²⁹⁵. Par conséquent, cette évolution va inévitablement impacter le contenu de l'ordre public international. En effet, comme l'a relevé Pillet, il convient de considérer qu'à raison de la nécessité dont fait état le mécanisme, il doit également être actuel²²⁹⁶. Il s'agit de l'actualité de l'ordre public international dont la reconnaissance n'est plus contestée. Ainsi, « la Cour de cassation affirme que la définition de l'ordre public (inter)national « dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France » »²²⁹⁷. Cela signifie que « la loi du for prise comme ordre de référence est la loi dans sa teneur au moment où le juge statue »²²⁹⁸. En d'autres termes, « au cas où la notion française de l'ordre public a varié entre la naissance du litige et le procès,

²²⁹⁴ Voir en ce sens : M. de Angulo Rodriguez, « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *RCDIP* 1972, p. 370 : « il arrive aussi parfois que l'idée que le for se fait de ses propres éléments fondamentaux, en raison de la contingence des choses humaines, change dans le temps ; et, en conséquence, à une série de principes réputés comme intangibles succède une autre série de principes de sens différent et même contraire » ; « il suffit de penser, en France, par exemple, aux régimes juridiques successifs qu'ont connus la filiation illégitime, ou le « cours forcé » en matière de contrat, et à leur incidence sur l'ordre public français ».

²²⁹⁵ J. Maury, P. I, Ch. II, § 1, 2) « L'actualité de l'ordre public », in *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid, 1952, spéc. p. 121

²²⁹⁶ A. Pillet, II. « De la détermination des lois d'ordre public et de leur caractère exceptionnel », in *L'ordre public en droit international privé*, F. Allier père et fils et L. Larose et Forcel, 1890, spéc. p. 41.

²²⁹⁷ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 163, spéc. Cass., Civ., 22 mars 1944, *D.C.*, 1944, p. 145, note Lerebours-Pigeonnière.

²²⁹⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 364.

jurisprudence et doctrine sont unanimes à affirmer que c'est la conception de l'ordre public au moment du procès qui doit prévaloir »²²⁹⁹.

1687. Une exception évolutive à raison de son caractère actuel. Le caractère d'actualité de l'ordre public international est donc de droit positif. Cependant, ce caractère implique, en sus de l'insaisissabilité de la notion, que le contenu soit variable. Vraisemblablement, l'ordre public international est évolutif puisque son appréciation dépend du moment auquel est saisie la juridiction. Or, la variabilité de l'ordre public international ne fait qu'affaiblir l'égalité de traitement à laquelle devraient pouvoir prétendre les sujets de droit. Cependant, la vocation de l'ordre public international est de répondre d'une justice matérielle et notamment des troubles qui pourraient être causés dans l'ordre juridique du for²³⁰⁰. Effectivement, « la fonction de l'ordre public est d'empêcher le trouble qu'apporterait l'application ou la reconnaissance de normes étrangères dont le contenu heurte les conceptions dominantes dans l'ordre du for »²³⁰¹. Par conséquent, « il s'agit (...) nécessairement des conceptions en vigueur au moment où le juge statue »²³⁰². De ce fait, l'ordre public international est susceptible de variabilité au fil des évolutions d'une société, mais celle-ci se justifie au regard de la nécessité de reconnaître le caractère actuel de l'ordre public international.

1688. Le caractère exceptionnel de l'ordre public international préservé par son actualité. Le déclenchement de l'exception ne se justifie que parce que les dispositions matérielles de la loi étrangère heurtent les conceptions fondamentales du for à une époque donnée. Il s'agit donc d'une hypothèse exceptionnelle qui ne peut être mise en œuvre qu'au regard des principes considérés comme fondamentaux à un moment donné par un ordre juridique donné. Or, il s'avère que l'actualité de l'ordre public international sert davantage le droit des conflits de lois qu'elle ne le dessert. En effet, si l'ordre public international était figé, son application ne serait plus véritablement exceptionnelle, mais plutôt de principe chaque fois que son contenu serait heurté. En d'autres termes, le mécanisme jouerait même si, en

²²⁹⁹ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 163.

²³⁰⁰ Ex. : Cass., Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2006, n°04-14.646, corrélativement au développement accru du droit à un procès équitable, la Cour a jugé qu'« est contraire à la conception française de l'ordre public international la reconnaissance d'une décision étrangère lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défailante et il incombe au demandeur de produire ces documents », « dès lors c'est à bon droit qu'une cour d'appel qui n'est pas tenue de suppléer la carence d'une partie, retient qu'un jugement étranger non motivé est contraire à l'ordre public international ».

²³⁰¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 376.

²³⁰² *Ibid.*

pratique, aucun trouble n'est imputé à l'ordre juridique du for. Ainsi, le recours à l'ordre public international ne serait plus véritablement justifié par des raisons substantielles légitimes, et encore moins par un caractère de nécessité.

1689. Une variabilité mesurée diminuant les risques d'imprévisibilité. En sus, si l'actualité de l'ordre public international en fait un mécanisme d'application variable, cette variabilité demeure tout de même très mesurée. En effet, si l'évolution de la société peut conduire à modifier le contenu de l'ordre public international, ces modifications ne sont pas réellement imprévisibles pour les sujets de droit. Dès lors que les mœurs de la société évoluent et de nouveaux droits intègrent le rang de droits de l'Homme, il est certain que ces droits participeront à l'ordre public international. Par conséquent, toute anticipation à l'égard de la modification du contenu de l'ordre public international n'est pas exclue²³⁰³. En revanche, lorsqu'il sera question de politiques législatives, la prévisibilité sera moins évidente. Cependant, le problème relatif à la variabilité ne sera pas vraiment dû au caractère d'actualité de l'ordre public international, mais sera la conséquence de l'absence de définition de la notion. Ainsi, la détermination du contenu sera vaine, mais ne sera pas réellement due à l'actualité, mais bien à l'insaisissabilité de la notion. Il semblerait donc que la variabilité de l'ordre public international ne soit pas réellement de nature à remettre en cause la prévisibilité juridique à laquelle peuvent légitimement prétendre les sujets de droit.

1690. Le maintien nécessaire du caractère actuel de l'ordre public international. En outre, malgré la variabilité qui peut être issue de l'actualité de l'ordre public international, ce caractère doit être maintenu afin de répondre de la fonction même du mécanisme tendant à évincer un trouble effectif à l'ordre juridique saisi. De plus, l'actualité de l'ordre public international permet à ce mécanisme de demeurer exceptionnel eu égard à la méthode conflictuelle. Or, ceci ne peut qu'être renforcé par l'appréciation *in concreto* qui est faite par les juges du fond de la situation internationale.

b) *Un outil relatif astreint à une appréciation in concreto*

1691. Une exception soumise à une appréciation in concreto de la situation internationale. Si l'ordre public international peut être taxé de variabilité, il peut également

²³⁰³ Voir en ce sens : H. Gaudemet-Tallon, « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *RCDIP* 2011, p. 93, laquelle expose notamment l'acceptation progressive des dommages et intérêts punitifs par l'ordre public international français : « Au vu de ces évolutions du droit interne, des prises de position du droit communautaire, et enfin des travaux de la Conférence de La Haye, il devient impossible au juge national de dire que les *punitive damages* sont, par principe, contraire à l'ordre public du for ».

être caractérisé par sa relativité. Le mécanisme consiste à évincer les dispositions d'une loi étrangère contraires à l'ordre public international du for. Cependant, « après avoir porté son examen sur le contenu de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, le juge doit encore, avant d'évincer cette loi au nom de l'ordre public, prendre en considération les circonstances de l'espèce »²³⁰⁴. Cela signifie que « la seule teneur du droit étranger ne justifie pas qu'il soit repoussé lorsque son application ne consacre pas ce qu'elle peut avoir de choquant »²³⁰⁵. Ainsi lorsqu'est entendue « loi étrangère écartée au nom de l'ordre public », « ce n'est pas la norme générale, applicable à une série d'espèces »²³⁰⁶. Il s'agit de « la norme individualisée, concrétisée par les circonstances de l'espèce » et plus précisément de « la solution juridique que le droit étranger donne au problème litigieux »²³⁰⁷. En d'autres termes, la mise en œuvre de l'ordre public international s'apprécie *in concreto* selon la situation internationale en cause. Or, en recourant à une appréciation au cas par cas de chaque situation internationale, la prévisibilité de l'ordre public international est de nouveau mise à mal. En effet, « l'intervention de l'ordre public dépend moins de la teneur même de la loi étrangère que de l'importance de la perturbation que son application en France est de nature à engendrer ». Néanmoins, il semble que l'appréciation *in concreto* s'impose d'elle-même.

1692. Un caractère préservant *a maxima* le jeu de la méthode conflictuelle. D'une part, l'ordre public international répond de la justice matérielle, laquelle s'analyse de manière concrète. Or, il semblerait incohérent de recourir à l'exception de l'ordre public international, alors qu'en l'espèce, l'application concrète des dispositions de la loi étrangère ne cause pas de véritables heurts à l'ordre juridique du for. D'autre part, en appréciant l'ordre public international de manière concrète, la justice conflictuelle sera mieux préservée. En effet, dans la mesure où l'ordre public international répond d'objectifs substantiels, il ne peut être apprécié *in abstracto*. Si tel était le cas, l'emploi de l'ordre public international serait sans doute plus mécanique. Par conséquent, il constituerait une exception automatique à la méthode conflictuelle sans que son application soit inévitablement nécessaire dans l'ordre juridique du for. De la même façon, son recours serait sans doute plus fréquent, et la méthode conflictuelle évincée chaque fois qu'une loi étrangère semblerait *a priori* contraire à l'ordre public international du for.

²³⁰⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 358.

²³⁰⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 367.

²³⁰⁶ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 140.

²³⁰⁷ *Ibid.*

1693. La conservation de la variabilité et de la relativité du mécanisme. Par conséquent, cela signifie que l'ordre public international doit demeurer variable et relatif afin de préserver son caractère exceptionnel. En effet, l'objet du mécanisme est d'évincer les troubles concrets qui pourraient résulter de l'application de la loi matériellement désignée à une époque donnée. En aucun cas, l'objet de l'ordre public international n'est de remettre en cause, par principe, le résultat issu de la règle de conflit chaque fois que la loi étrangère désignée semblerait incompatible avec les conceptions de l'ordre juridique du for. Il ne s'agit que d'un mécanisme d'application circonstancié qui contribue au maintien de la paix sociale. C'est pourquoi il doit demeurer circonstancié afin de n'être employé que par nécessité. De cette manière, la méthode conflictuelle sera mieux préservée, tout automatisme étant rejeté.

1694. L'assurance d'un recours circonstancié exceptionnel. Finalement, l'ordre public international présente des caractères spécifiques justifiés par des considérations matérielles légitimes. Malgré la variabilité et la relativité qu'ils entraînent, ils s'avèrent indispensables à un emploi circonstancié du mécanisme. En effet, l'exception ne peut être acceptée qu'à la condition que son utilisation soit justifiée en l'espèce. En revanche, il serait préférable que la jurisprudence, voire le législateur s'investisse à définir la notion d'ordre public international pour réduire son imprévisibilité en termes d'application. Néanmoins, si le recours à l'ordre public international constitue une exception indispensable en droit des conflits de lois, ses effets sont nettement plus controversables.

§ 2 – LE REGIME QUASI ANTINOMIQUE DE L'EXCEPTION AVEC LES OBJECTIFS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

1695. Le mécanisme de l'ordre public international ne peut être remis en cause dans son principe. En revanche, au regard de son régime, il paraît nettement plus contestable dans la mesure où les effets qu'il produit s'inscrivent aux antipodes des idéaux de la discipline du droit des conflits de lois. En théorie, le mécanisme présente un effet substitutif dont l'objet consiste à substituer la loi du for à la loi étrangère. Or, cet effet s'avère absolument incompatible avec la méthode conflictuelle (A). Néanmoins, en pratique, la jurisprudence a tenté d'affiner le régime du mécanisme, et conséquemment de rendre à la méthode conflictuelle le respect auquel elle peut prétendre. Cependant, cet effort n'a pas suffi à paralyser toutes les hypothèses où égalité et sécurité juridique sont mises à mal. C'est pourquoi les applications de l'ordre public international par la jurisprudence sont relativement controversables (B).

A. L'EFFET SUBSTITUTIF INCOMPATIBLE AVEC LA METHODE CONFLICTUELLE

1696. L'ordre public international a pour effet d'évincer la loi étrangère, puis de lui substituer la loi du for. L'effet d'éviction n'a pas besoin d'être remis en cause dans la mesure où il n'est que la conséquence issue de la fonction du mécanisme. Il est nécessaire d'écarter la loi étrangère incompatible avec l'ordre public international du for. Face à ce dysfonctionnement issu de la règle de conflit, il est obligatoire de prévoir un rattachement subsidiaire afin de ne pas commettre un déni de justice. Toutefois, ce rattachement subsidiaire, attaché à l'effet substitutif de l'ordre public international, ne répond pas dans sa forme actuelle à l'idéologie du conflictualisme. En effet, cette substitution s'opère aujourd'hui en faveur de la *lex fori* au détriment de la loi des liens les plus étroits (1). De surcroît, elle invite à certaines contestations dans la mesure où son étendue demeure indéterminée (2).

1) La malheureuse substitution de la *lex fori* au détriment de la loi des liens les plus étroits

1697. Le mécanisme de l'ordre public international est indispensable à la discipline afin de garantir la paix sociale. C'est pourquoi il doit inévitablement avoir pour effet d'évincer la loi étrangère. Cependant, face à cette éviction, une loi de substitution doit être choisie pour combler le vide juridique auquel est confrontée la situation internationale. Or, le recours à la *lex fori* demeure parfaitement incompatible avec la fonction de la règle de conflit (a). C'est pourquoi il serait préférable d'opter pour le rattachement aux liens les plus étroits afin de préserver la neutralité et l'égalité de traitement garanties par la méthode conflictuelle (b).

a) L'incompatibilité du recours à la *lex fori* par respect de la méthode conflictuelle

1698. La substitution de principe de la *lex fori*. « L'ordre public en droit international privé a pour effet général (...) d'évincer la loi étrangère »²³⁰⁸. Cet effet « qui s'attache au jeu du mécanisme de l'exception d'ordre public lorsque la contrariété de la loi étrangère à l'ordre public est établie est caractéristique de ce mécanisme » puisqu'« il s'agit d'éviter que le juge du for ne consacre, pour le cas dont il est saisi, un résultat qui répugne à l'Etat au nom duquel il se prononce »²³⁰⁹. Cependant à cet effet d'éviction, s'ajoute un effet substitutif. En effet, « lorsque le juge est appelé à statuer sur une demande que sa règle de

²³⁰⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 389.

²³⁰⁹ P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.*, § 96.

conflit soumet à une loi étrangère dont l'application est, *in casu*, contraire à l'ordre public international du for, l'effet négatif ne suffit pas, le juge doit chercher un droit de remplacement à substituer à la loi étrangère évincée »²³¹⁰. Il s'agit de l'effet positif. Or, en droit français, la substitution s'opère en faveur de la *lex fori*. En effet, cette solution s'applique depuis le Moyen Âge puisqu'à l'époque de la théorie des statuts, période durant laquelle primait le principe de territorialité, il était considéré que « chaque Etat étant souverain sur son territoire, l'application d'une loi étrangère sur ce territoire a un caractère exceptionnel et, en cas d'éviction de cette loi pour des raisons d'ordre public, il y a lieu de revenir à la règle générale, c'est-à-dire à l'application de la loi du for »²³¹¹. Aujourd'hui, ce concept est dépassé. C'est pourquoi désormais, dans la mesure où « la situation présente un lien suffisant avec l'ordre juridique du for », il est logique qu'elle « soit soumise à ses autorités »²³¹². Par conséquent, c'est à raison du lien suffisant que présente la situation internationale avec l'ordre juridique du for qu'est substituée la loi du for. Il s'agit vraisemblablement d'une nouvelle manifestation de sa vocation subsidiaire²³¹³.

1699. Une substitution contraire à l'égalité de traitement. Cependant, le recours à la *lex fori* comme rattachement subsidiaire est contestable. Effectivement, l'argument permettant de justifier l'application par substitution de la loi du for consiste à se référer au lien suffisant qui existe entre la situation internationale et l'ordre juridique du for. Néanmoins, il a été considéré qu'en droit français, le rattachement juridictionnel à lui seul suffisait à déclencher le mécanisme de l'ordre public international. Par conséquent, il serait logique que la loi du for ait vocation à se substituer à la loi étrangère. Or, d'une part le déclenchement de l'ordre public international sur cette base est infondé²³¹⁴ et d'autre part l'objet de la règle de conflit consiste à désigner la loi la plus proche du rapport de droit. Ainsi, si l'ordre public international, à raison de son aspiration substantielle tendant au maintien de la paix sociale, doit nécessairement conduire à une éviction de la loi étrangère, il ne doit pas *a contrario* favoriser l'application d'une loi matérielle et en l'occurrence de la *lex fori*. Cependant, en considérant que le seul rattachement juridictionnel suffit à justifier le recours au mécanisme ainsi que l'application par substitution de la *lex fori*, l'objectif de la méthode conflictuelle est entravé. Ainsi, « l'effet d'éviction est (...) en harmonie avec l'analyse de l'exception d'ordre

²³¹⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 367.

²³¹¹ *Ibid.*

²³¹² B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 377.

²³¹³ *Ibid.*

²³¹⁴ Cf. *supra* § 1674.

public en termes de contrôle de la régularité substantielle internationale, autant l'effet de rattachement vient troubler cette harmonie puisqu'il tend à faire de l'exception d'ordre public un outil également orienté vers la sélection de la loi compétente »²³¹⁵. Or, telle ne doit pas être la fonction de l'ordre public international puisque celui-ci doit simplement préserver la situation internationale des troubles auxquels elle peut être confrontée. Par conséquent, il est critiquable de recourir à la *lex fori* par substitution puisque le résultat est orienté²³¹⁶. De cette façon, la neutralité de la méthode conflictuelle est mise à mal et indirectement l'égalité de traitement. C'est pourquoi il serait préférable de préconiser un autre rattachement.

b) *Le recours substitutif aux liens les plus étroits conforme à l'égalité de traitement*

1700. Le recours aux autres dispositions de la loi étrangère. S'il est de droit positif d'appliquer la *lex fori* par substitution, le grief selon lequel cette solution a pour effet « de fausser la règle de conflit française par l'introduction perturbatrice de la *lex fori* » a déjà été soulevé²³¹⁷. C'est pourquoi certains tribunaux, notamment l'Allemagne, ont proposé, au lieu d'évincer la loi étrangère, d'appliquer d'autres dispositions de la loi étrangère, lesquelles seraient compatibles avec l'ordre juridique saisi²³¹⁸. Il est vrai qu'une telle solution présente « l'avantage de maintenir l'ensemble du litige sous l'empire de la loi (étrangère) », mais « au prix d'une véritable dénaturation de cette dernière »²³¹⁹. Par conséquent, une telle solution semble peu souhaitable en droit positif.

1701. La substitution conseillée de la loi des liens les plus étroits. En revanche, une nouvelle fois, il serait préférable de remplacer le recours substitutif à la *lex fori* par le rattachement aux liens les plus étroits. En effet, si l'intervention de l'ordre public international se justifie dans son effet d'éviction pour des raisons substantielles tendant à la régularité de la situation internationale, son effet substitutif ne doit pas quant à lui être l'objet de

²³¹⁵ P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.*, § 96.

²³¹⁶ Voir en ce sens Ph. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1966-1969, spéc. p. 157 : « (...) l'utilisation du modèle nationaliste tend à trop augmenter les cas d'éviction de la loi étrangère. Celle-ci peut passer l'épreuve des grands principes parce qu'ils ne concernent pas l'aménagement de détail des institutions. Elle sera bloquée, au contraire par tout article du Code, par toute disposition législative auxquels on attribuera le qualificatif d'ordre public » ; « Avec cette observation on voit poindre le reproche qu'encourt la conception dite « classique ». C'est qu'elle est désarmée contre une irruption excessive de la loi du for, contre une invasion du nationalisme. Voilà de quoi on se plaint, spécialement en ce qui concerne le droit international privé français dans lequel le nombre réduit des règles de conflit, leur caractère synthétique, leur archaïsme aussi, sont faits pour favoriser l'emploi de l'ordre public en tant qu'instrument conduisant à l'application de la loi française ».

²³¹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 391.

²³¹⁸ *Ibid.*

²³¹⁹ *Ibid.*

considérations matérielles tendant à l'application d'une loi en particulier. Cet effet doit être fonction de l'idéologie de la méthode conflictuelle, afin de respecter les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. Par conséquent, la loi de substitution doit être celle qui présente, hormis la loi étrangère évincée, les liens les plus étroits avec la situation internationale. Il pourra tout de même s'agir de la *lex fori* dans l'hypothèse où le seul lien avec le for serait le rattachement juridictionnel. Par exemple, dans l'hypothèse où en matière de filiation, la loi applicable, conformément à l'article 311-14 du Code civil, est celle de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant, et que celle-ci désigne une loi matérielle incompatible avec les conceptions de l'ordre public international, devra lui être substituée la loi des liens les plus étroits. Or, en matière de filiation dont la catégorie de rattachement relève du statut personnel, il convient de s'attarder sur la personne. Par conséquent, la loi des liens les plus étroits pourrait être recherchée eu égard à la loi personnelle de l'enfant, mais aussi à son domicile. En tout état de cause, de cette manière la justice conflictuelle demeure préservée malgré l'exception qui lui est imputée.

2) Le rejet d'un effet substitutif indéterminé quant à son étendue

1702. Si l'effet de rattachement à l'égard de la *lex fori* est contestable, l'étendue de sa substitution l'est également dans la mesure où celle-ci est variable tant au regard de la doctrine que de la jurisprudence. Elle s'avère donc génératrice d'inégalité pour les sujets de droit (a). C'est pourquoi afin de remédier à cette difficulté, il faut opter pour une substitution totale, mais à condition qu'elle s'opère en faveur de la loi la plus proche (b).

a) L'étendue fluctuante de la substitution génératrice d'inégalité

1703. S'il est de principe de reconnaître à l'ordre public international un effet substitutif, son étendue fait l'objet de certaines discussions tant en jurisprudence qu'en doctrine. Ainsi, deux positions s'affrontent dont « l'une consiste à limiter l'effet de substitution de l'ordre public à la seule disposition de la loi étrangère dont le contenu est jugé inadmissible et l'autre à opérer une substitution générale »²³²⁰. De la même manière, pendant longtemps, « la jurisprudence française (...) a eu tendance à substituer la loi française à la totalité du litige, dès que la loi étrangère normalement compétente présente un caractère contraire à l'ordre public français »²³²¹. Néanmoins, la jurisprudence, durant le XX^{ème} siècle a également choisi de limiter cette substitution au strict nécessaire, notamment avec

²³²⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 392.

²³²¹ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 186.

l'importante jurisprudence *Fayeulle*²³²² au cours de laquelle la Cour de cassation « a pu décider, en matière de filiation naturelle, que la loi allemande n'était contraire à l'ordre public international français qu'en ce qui concerne l'admissibilité des modes de preuves, en sorte que la substitution de la loi française devait être limitée à cette question, sans s'étendre aux effets de la filiation »²³²³. Cependant, si cette jurisprudence a pu laisser penser à un revirement, tel n'est pas le cas. Au regard de la jurisprudence postérieure, différentes solutions ont été opérées quant à l'étendue de la substitution. Cette fluctuation tant doctrinale que jurisprudentielle est parfaitement regrettable dans la mesure où d'une part, elle est génératrice d'imprévisibilité et d'insécurité juridiques pour les sujets de droit, et d'autre part, elle favorise l'inégalité de traitement puisque chaque situation internationale sera potentiellement traitée de manière différente. C'est pourquoi il serait préférable de trancher ce problème juridique.

b) *La substitution cohérente au tout de la loi la plus proche*

1704. La détermination de l'étendue de la substitution par mesure d'égalité de traitement. Afin de garantir sécurité juridique et égalité de traitement, il convient nécessairement de trancher la question relative à l'étendue de la substitution. Or, il semblerait que « parce qu'il est fait exception à l'application de la loi compétente, la substitution doit de préférence être limitée à ce qui est nécessaire »²³²⁴. En effet, dans la mesure où l'intervention de l'ordre public international est exceptionnelle, elle doit le rester. L'objectif doit consister à fausser le moins possible le jeu de la méthode conflictuelle. Néanmoins, il est des situations dans lesquelles, il demeure impossible de cantonner l'effet substitutif au strict minimum. En effet, « l'exigence d'une cohérence minimale peut conduire à étendre la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère à des mesures qui (...) apparaissent comme le corollaire nécessaire de celles visées par l'exception d'ordre public »²³²⁵. Ainsi, par souci de respect de la méthode conflictuelle, et de cohérence juridique, il semblerait qu'il soit préférable de limiter l'étendue de la substitution au strict nécessaire. Cependant, cette proposition se justifie dans la mesure où l'effet substitutif a pour objet de donner compétence à la *lex fori*, laquelle n'a pas véritablement un titre légitime à s'appliquer si ce n'est au regard de sa vocation subsidiaire.

²³²² Cass., Civ., 8 nov. 1943, *Fayeulle*, *Dalloz* 1944, p. 65, note Savatier ; *RCDIP* 1926, p. 271, note H. Batiffol ; *JCP* 1944, II, p. 2522, note Lerebours-Pigeonnière.

²³²³ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 368.

²³²⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 377.

²³²⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 392, spéc. à propos de l'arrêt suivant : Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mai 1963, *Patino*, *JCP* 1963, II, p. 13365, note H. Motulsky ; *JDI* 1963, p. 1016, note Ph. Malaurie ; *RCDIP* 1964, p. 532, note P. Lagarde, *GAJFDIP*, n°38-38.

Vraisemblablement, si l'effet substitutif de l'ordre public international s'opérait en faveur de la loi la plus proche, il serait sans doute préférable que l'étendue de la substitution s'opère pour le tout.

1705. Une substitution au tout conditionnée par l'application de la loi des liens les plus étroits. D'une part, le jeu de la méthode conflictuelle ne serait pas remis en cause puisque serait appliquée la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation internationale et d'autre part, la cohérence juridique serait préservée puisque cette loi serait appliquée dans son ensemble. En effet, le Professeur Lagarde a pu affirmer à ce sujet que « très souvent il arrive que l'intégration d'une loi étrangère dans l'ordre juridique du for aboutisse à un résultat incohérent qui ne peut être évité que par une modification de la règle de conflit, c'est-à-dire par une attribution de compétence à la loi du for : c'est la fonction de l'ordre public »²³²⁶. Cependant, « si le fonctionnement de la règle de conflit peut entraîner certaines incohérences, le fonctionnement de cette règle de conflit exceptionnelle qu'est l'ordre public peut en faire autant »²³²⁷. Par conséquent, « dans ces cas, il faut que la substitution de la *lex fori* à la loi étrangère normalement compétente soit totale ou qu'elle ne soit pas », « sinon on appliquera à un problème juridique un découpage de textes et de solutions absolument dépourvus de liens entre eux »²³²⁸. Effectivement, l'étendue de la substitution ne peut faire l'objet d'un découpage dans la mesure où la situation internationale sera régie par différentes dispositions émanant d'Etats différents. Un tel procédé paraît contestable en termes de cohérence et de sécurité juridiques. Cependant, pour opérer une substitution au tout et de surcroît préserver le jeu de la méthode conflictuelle, l'effet substitutif doit s'opérer en faveur de la loi des liens les plus étroits. A l'inverse, en appliquant la *lex fori*, la cohérence juridique sera certainement garantie pour certaines hypothèses, mais le jeu de la méthode conflictuelle totalement mis à l'écart.

1706. Une application jurisprudentielle au service d'un but matériel. Actuellement, la jurisprudence « ne semble pas très ferme en la matière », mais « révèle cependant une tendance à étendre l'effet de la substitution de l'ordre public »²³²⁹. De cette manière, la jurisprudence tend à garantir une certaine cohérence et sécurité juridiques aux sujets de droit. Néanmoins, elle favorise incontestablement la compétence de la *lex fori*. Par

²³²⁶ P. Lagarde, « Ordre public », *op. cit.*, § 188.

²³²⁷ *Ibid.*

²³²⁸ *Ibid.*

²³²⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 393.

conséquent, il est probable qu'un but matériel soit recherché derrière cette position jurisprudentielle. C'est pourquoi il devrait être recouru à la loi la plus proche. Fort heureusement, si l'effet de rattachement retenu par le système de droit positif est critiquable, il semble mesuré par la distinction pratiquée par la jurisprudence entre l'ordre public effet atténué et l'ordre public effet plein.

B. LES APPLICATIONS CONTROVERSABLES DE L'EXCEPTION PAR LA JURISPRUDENCE

1707. En théorie, l'effet substitutif reconnu à l'ordre public international ne préserve pas au mieux la méthode conflictuelle. Cependant, face à cet effet négatif de l'ordre public international, la jurisprudence a consacré l'effet atténué du mécanisme. Or, cette admission jurisprudentielle ne peut être que félicitée dans la mesure où, en pratique, l'effet atténué favorise le caractère exceptionnel de l'ordre public international (1). Néanmoins, malgré les efforts effectués par la jurisprudence, demeurent certains cas dans lesquels l'ordre public international contribue à maintenir l'inégalité de traitement ou l'insécurité juridique à l'égard des sujets de droit (2).

1) Le caractère exceptionnel du mécanisme approfondi par l'effet atténué

1708. La Cour de cassation, depuis la jurisprudence *Rivière* de 1953, admet que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger »²³³⁰. En reconnaissant cette distinction entre l'effet plein et l'effet atténué de l'ordre public international, la Cour de cassation a participé à un approfondissement de son caractère exceptionnel lequel invite au respect de la méthode conflictuelle. C'est pourquoi elle lui a octroyé un régime conforme à sa fonction (a), lequel contribue à un effacement du potentiel impérialisme de la *lex fori* (b).

a) La reconnaissance de l'effet atténué conformément à la fonction de l'ordre public

1709. Une appréciation circonstanciée affinée par l'effet atténué. L'ordre public international a pour objet de mettre fin à un trouble qui pourrait être engendré par l'application de dispositions matérielles étrangères dans un ordre juridique donné. Ce potentiel trouble est mesuré à l'aune d'une appréciation *in concreto*²³³¹ dans la mesure où il s'agit de déterminer « la conséquence sociale qu'aurait l'application de la norme considérée

²³³⁰ Cass., Civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, préc.

²³³¹ Cf. *supra* § 1690 à 1693.

sur la société française »²³³². Or, la reconnaissance d'un effet atténué à l'ordre public international participe à cette appréciation concrète du trouble à la société²³³³. En effet, en admettant que l'ordre public puisse ne pas s'opposer à l'effet en France de situations créées à l'étranger alors qu'il s'opposerait à la création de ces situations en France²³³⁴, la fonction exceptionnelle de l'ordre public international est respectée. Il s'agit de préserver la cohérence du mécanisme et d'éviter qu'il ne devienne un automatisme²³³⁵.

1710. L'effet atténué au service de la préservation de la méthode conflictuelle. Il est certain que « la différence d'intensité de « l'ordre public (...) confirme de façon saisissante que l'ordre public ne saurait se mesurer à la seule comparaison *in abstracto* de la loi étrangère et de la loi du for, mais que la nécessité de sa réaction doit s'apprécier en fonction du résultat produit par l'application de la loi étrangère dans notre pays »²³³⁶. L'effet atténué de l'ordre public international doit être conservé en ce qu'il permet de maintenir le mécanisme au rang d'exception, laquelle ne peut être justifiée que par un véritable trouble à la paix sociale. C'est pourquoi par exemple, en matière de polygamie, l'ordre public international se refusera, dans son effet plein, à proclamer une union polygamique en France, mais en revanche, acceptera de laisser produire les effets en France d'un mariage polygamique valablement contracté à l'étranger²³³⁷. Ainsi, l'effet atténué constitue bien une application du mécanisme conforme avec les objectifs qu'il prône. Par conséquent, il s'inscrit également dans la préservation de la méthode conflictuelle puisque son but est d'affiner le recours à l'exception aux seules hypothèses où cela est réellement nécessaire. Ainsi, l'effet atténué participe à un certain effacement de l'impérialisme de la *lex fori*.

b) *L'effacement du potentiel impérialisme de la lex fori*

1711. L'admission de l'effet atténué par la jurisprudence de la Cour de cassation permet certainement un effacement de l'impérialisme qui pourrait être issu de la *lex fori*. En effet, en affinant le critère de mise en œuvre de l'ordre public international par le recours à

²³³² B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Thèse, Paris 1, 2006, Dalloz, 2008, § 635.

²³³³ Ex. : Cass., Civ. 2^{ème}, 14 fév. 2007, n°05-21.816, dans lequel la Cour rappelle, à propos du versement d'une pension de réversion dans le cadre d'une bigamie valable à l'étranger, que : « l'ordre public français ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé ».

²³³⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 361.

²³³⁵ Cf. *supra* § 1691 et 1692.

²³³⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 399.

²³³⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 3 janv. 1980, *Beneddouché*, *RCDIP* 1980, p. 331, note H. Batiffol ; *JDI* 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre ; *Dalloz* 1980, p. 549, note E. Poisson-Drocourt ; *GAJFDIP* n°61.

l'effet atténué, le mécanisme de l'ordre public international ne s'applique que s'il cause un trouble effectif à la société française. Par conséquent, si son recours était déjà mesuré grâce à une appréciation *in concreto*, il l'est davantage par la reconnaissance de l'effet atténué. De cette façon, l'application de la *lex fori* est elle aussi plus mesurée, empêchant ainsi son effet substitutif d'être utilisé à tout-va. La *lex fori* voit donc son monopole plus restreint, ce qui contribue nécessairement à préserver la méthode conflictuelle. Cependant, l'appréciation *in concreto* et l'effet atténué ne suffisent pas en pratique à garantir aux sujets de droit une parfaite égalité de traitement ni la sécurité juridique à laquelle ils peuvent prétendre.

2) L'inégalité et l'insécurité entretenues par certains cas d'ordre public international

1712. En pratique, si l'ordre public international tend à devenir un mécanisme casuistique *a maxima*, il fait parfois l'objet d'applications pouvant être considérées comme contestables. D'une part, il conduit parfois à une certaine rupture d'égalité laquelle pourrait émaner d'une certaine subsistance du règne de la *lex fori* (a). D'autre part, il provoque parfois l'insécurité juridique dans la mesure où il peut avoir pour effet de créer des situations boiteuses (b).

a) L'inégalité engendrée par la subsistance du règne de la lex fori

1713. Le recours à l'ordre public international par faveur pour la *lex fori*. Malgré l'effort de la jurisprudence pour donner à l'ordre public international un caractère exceptionnel justifié par les circonstances de l'espèce, il demeure certaines hypothèses dans lesquelles la loi du for semble s'imposer. Il a été considéré que « l'effet atténué de l'ordre public est aujourd'hui fréquemment invoqué en matière de polygamie »²³³⁸ afin de laisser produire en France les effets d'une union polygamique contractée valablement à l'étranger. Cependant, la position de la jurisprudence française semble diverger lorsqu'est impliquée une épouse française. En effet, à deux reprises, la Cour de cassation a considéré que « le partage des droits patrimoniaux suite à un mariage polygamique est refusé lorsque l'une des épouses est de nationalité française »²³³⁹. Ainsi, dans deux arrêts l'un de 1988²³⁴⁰, l'autre de 2011²³⁴¹, la Cour de cassation a nié « tout effet en France au mariage polygamique dès que la première

²³³⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 362.

²³³⁹ F. Cadet, *op. cit.*, § 336.

²³⁴⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 6 juill. 1988, *RCDIP* 1989, p. 71, note Y. Lequette.

²³⁴¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2011, 10-27.864, *RCDIP* 2012, p. 339, obs. P. Lagarde.

épouse était française »²³⁴². Dans chacune de ces situations, il était question de savoir si le mariage polygamique, valablement contracté à l'étranger, pouvait produire effet en France, afin que la seconde épouse puisse percevoir la pension de réversion de l'époux décédé. Or, la haute cour a refusé de reconnaître cette union au nom de l'ordre public international chaque fois que la première épouse était française.

Au regard de ces deux espèces, il pourrait être envisagé que l'ordre public international a joué dans son effet plein dans la mesure où, contrairement aux autres mariages polygamiques, est impliquée une épouse de nationalité française. En effet, la polygamie étant prohibée en droit français, il pourrait être considéré qu'elle ne peut produire d'effet dès lors que la première épouse possède la nationalité française. Néanmoins, cet argument semble toutefois contestable dans la mesure où en pratique l'ordre public international français ne sera, concrètement, pas plus atteint s'il reconnaît les effets produits par une union polygamique totalement étrangère que par une union polygamique (valide) impliquant une épouse française. Concrètement, dans ces deux espèces, cela impliquait pour l'Etat français de verser deux fois la pension de réversion de l'époux défunt puisque deux épouses étaient impliquées. *A contrario*, en opposant l'ordre public international, la pension de réversion n'était versée qu'à l'épouse française. Ainsi, au regard des conséquences pratiques que pouvait engendrer la reconnaissance de l'union polygamique par l'Etat français, il semble tout de même difficile d'admettre que celle-ci aurait produit des effets contraires aux valeurs considérées comme fondamentales par la société française. Vraisemblablement, l'objectif était sans doute de refuser les effets de la loi étrangère pour favoriser les effets de la loi française tendant à ne verser qu'une seule pension de réversion. Il pourrait être considéré que des motivations d'ordre financier aient influé sur le recours à l'ordre public international.

1714. Un favoritisme synonyme de rupture d'égalité. En outre, cela signifie bien que, malgré la conformité du régime de l'ordre public international à sa fonction, le règne de la *lex fori* peut toutefois réapparaître. Or, ceci est regrettable puisqu'est finalement opérée une rupture d'égalité entre les mariages polygamiques étrangers et les mariages polygamiques impliquant une épouse française. Le mécanisme demeurerait donc encore perfectible et devrait être seulement mis en œuvre lorsqu'il existe un véritable trouble à la société française. De plus, il paraît également critiquable en pratique puisqu'il peut conduire à la création de situations boiteuses.

²³⁴² I. Fadlallah, « Polygamie », *Rép. intern. Dalloz*, mars 2013, § 38.

b) *L'insécurité juridique provoquée par la création de situations boiteuses*

1715. Les situations boiteuses issues du recours à l'ordre public international.

De la même façon que la qualification *lege fori* peut conduire à la création de situations boiteuses, l'ordre public international le peut également. Il suffit pour le constater de se référer au mariage homosexuel et notamment à l'arrêt du 28 janvier 2015 dans lequel la Cour de cassation a considéré que « la loi marocaine, qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe, est manifestement incompatible avec l'ordre public, (...) dès lors que, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet »²³⁴³. Par conséquent, dans cette espèce, au nom de l'ordre public international, un mariage homosexuel a été autorisé dans la mesure où la loi nationale de l'un des époux, à savoir la loi française, autorisait ledit mariage tandis que la loi personnelle marocaine de l'autre époux le prohibait. Cela signifie que désormais, « le mariage entre personnes de même sexe est d'ordre public international » et que « la loi étrangère qui le prohibe doit être écartée dès lors que le mariage est célébré en France »²³⁴⁴.

En établissant cette jurisprudence, la Cour de cassation a rangé le mariage homosexuel dans les rangs de l'ordre public international français, ce qui ne paraît pas contestable en soi. Néanmoins, son application à des cas dans lesquels la loi nationale de l'un des époux prohibe le mariage homosexuel semble nettement plus critiquable. Grâce à la jurisprudence de la Cour de cassation, les deux futurs époux vont pouvoir se marier en France et leur union sera reconnue comme valide par l'ordre juridique français. Cependant, dans la mesure où est impliquée une personne de nationalité marocaine, celle-ci ne pourra jamais faire reconnaître son union dans le pays de sa nationalité. Par conséquent, l'utilisation de l'ordre public international va conduire à des situations boiteuses puisque vraisemblablement l'institution ne sera pas valide à l'égard de tous les ordres juridiques en cause. L'emploi de l'ordre public international peut donc parfois être vecteur d'insécurité juridique pour les sujets de droit. Néanmoins, ceux-là demeureront traités de manière équivalente par l'ordre juridique français.

1716. Un mécanisme potentiellement vecteur d'insécurité juridique. Cette jurisprudence permet simplement de constater que le mécanisme de l'ordre public international conduit parfois à une certaine insécurité juridique lorsqu'il a pour effet de créer des situations boiteuses. Ainsi, son recours peut se traduire sous des formes relativement

²³⁴³ Cass., Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, 13-50.059, préc.

²³⁴⁴ H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, « Droit international privé », *Dalloz* 2015, p. 1056.

dangereuses en termes de sécurité juridique. De plus, ce genre de solutions invite à la fraude à la loi dans la mesure où elle peut inciter les sujets de droit à rechercher l'acquisition de droits en France au nom de l'ordre public international, droits auxquels ils ne peuvent prétendre dans leur propre ordre juridique. Par conséquent, si l'ordre public international peut être vecteur d'inégalité de traitement, il peut également être facteur d'insécurité juridique. C'est pourquoi il serait préférable que la jurisprudence en fasse une application plus mesurée. En outre, si l'ordre public international classique s'avère nécessaire, mais se voit attribuer de nombreuses critiques à raison des divers défauts qu'il peut présenter, il tend toutefois à se moderniser.

SOUS-SECTION 2 : LA MODERNISATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL RESPECTUEUSE DE LA REGLE DE CONFLIT

1717. Si l'ordre public international, dans sa version classique, se maintient en droit positif depuis le Moyen Âge, il a pu être l'objet de différentes évolutions notamment au cours du XX^{ème} siècle. En effet, dans la mesure où l'ordre public international classique se voit attribuer certains défauts, il s'est modernisé afin de répondre davantage de sa fonction propre. C'est pourquoi il s'est transformé dans certains cas en ordre public de proximité. Or, le recours à cette nouvelle forme d'ordre public international ne peut être que félicité dans la mesure où il respecte davantage que dans sa version classique la règle de conflit (§ 1). De plus, parallèlement à cette évolution, le mécanisme a également subi une modification quant à l'élaboration de son champ d'application matériel et spatial puisqu'il tend notamment à se régionaliser, principalement en Europe. Or, cette communautarisation, tant qu'elle préserve l'ordre public international interne, permet aussi de protéger au mieux la règle de conflit (§ 2).

§ 1 – VERS UN RECOURS A L'ORDRE PUBLIC DE PROXIMITE CONFORMEMENT A LA METHODE CONFLICTUELLE

1718. L'ordre public international, tel qu'il est conçu classiquement en droit des conflits de lois, a subi une évolution au cours du XX^{ème} siècle tendant à créer une branche spéciale consacrée à l'ordre public de proximité. En recourant à ce nouveau type d'ordre public, « la perturbation de l'ordre juridique du for (...) est fonction de l'intensité des liens de la situation particulière avec lui »²³⁴⁵. Il s'agit de la réapparition de la théorie de l'*Inlandsbeziehung*. Or, ce retour ne peut être que réjouissant dans la mesure où la

²³⁴⁵ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 374.

modernisation de l'ordre public international, assurée par l'insertion du principe de proximité, tend en théorie à préserver davantage la justice conflictuelle (A). Toutefois, en pratique, le champ d'application de l'ordre public de proximité demeure malencontreusement relatif (B).

A. LA JUSTICE CONFLICTUELLE ASSURÉE PAR LA REFORMATION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

1719. Le XX^{ème} siècle a vu le principe de proximité s'insérer au sein du mécanisme de l'ordre public international. Or, cette introduction dans le système de droit des conflits de lois ne peut être que réjouissante dans la mesure où l'ordre public de proximité répond mieux aux objectifs de la discipline (1). En sus, au regard des deux manifestations spécifiques de l'ordre public de proximité, l'exception fait l'objet d'un véritable affinement quant à son régime, lequel favorise amplement la préservation de la règle de conflit (2).

1) L'introduction du principe de proximité conformément aux objectifs du droit des conflits de lois

1720. La modernisation de l'ordre public international a conduit à intégrer le principe de proximité. Or, cette insertion s'inscrit en parfaite conformité avec la réalité de la situation internationale c'est-à-dire eu égard au lien qu'elle présente avec le for (a). Par conséquent, cette nouvelle facette de l'ordre public international favorise davantage le respect de la méthode conflictuelle (b).

a) La référence au concept de proximité par mesure de réalisme

1721. L'insertion du principe de proximité en jurisprudence. Dès la fin du XX^{ème} siècle, le recours à l'ordre public international s'est modifié grâce à la jurisprudence. « La Cour de cassation a en effet commencé à considérer que, sur certaines questions, l'ordre public était susceptible de s'effacer, non en considération du respect des droits acquis à l'étranger (...) mais en fonction du rattachement plus ou moins important avec la situation du for »²³⁴⁶. Ainsi, la haute cour a consacré en droit positif l'ordre public international de proximité issu de l'*Inlandsbeziehung* de Kahn. L'apparition de cette forme d'ordre public ne peut être que félicitée dans un système de droit des conflits de lois prônant la justice conflictuelle.

1722. Le recours au principe de proximité adapté à la réalité des situations internationales. L'ordre public international ne peut être appliqué qu'à condition d'avoir

²³⁴⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 402.

pour objet d'évincer une loi étrangère dont les conséquences, au regard d'une appréciation concrète de la situation internationale, conduiraient à perturber l'ordre juridique du for. Or, le recours à l'ordre public international ne peut être admis que parce qu'il s'analyse à l'aune d'une appréciation *in concreto*. En recourant à l'ordre public international de proximité, il apparaît alors que « cette exigence s'inscrit dans la continuité de l'obligation faite au juge d'apprécier *in concreto* le résultat de l'application de la loi étrangère et l'atteinte que ce résultat concret porte à un principe fondamental »²³⁴⁷. Effectivement, « condamner une loi étrangère ou même le résultat de son application sans vérifier l'existence d'une certaine connexion du litige avec l'ordre juridique du for équivaut à une condamnation abstraite de la loi étrangère qui ne tient pas compte du caractère relatif de l'exception de l'ordre public »²³⁴⁸. L'intérêt de l'ordre public de proximité est donc établi puisque « l'ordre juridique du for (ne peut être) atteint par l'application d'une loi étrangère dès lors que le litige en question ne présente pas de liens suffisants avec le for »²³⁴⁹. Ainsi, l'intégration de la proximité au sein de l'ordre public international demeurait et demeure encore nécessaire à une utilisation appropriée de l'exception. L'exigence d'un lien suffisant contraint à n'appliquer le mécanisme qu'à titre exceptionnel c'est-à-dire que lorsque véritablement les conséquences seront concrètement néfastes pour la société du for. Ainsi, l'ordre public international, conformément à la justice matérielle qu'il protège, répond du réalisme de la situation internationale. Il ne doit être employé qu'à la condition de créer véritablement un trouble à l'ordre juridique saisi au regard des rattachements qu'il présente avec celui-ci.

1723. L'affinement de l'exception d'ordre public international par l'insertion du principe de proximité. L'ordre public de proximité met en place des conditions d'application plus strictes, mais qui correspondent à la fonction du mécanisme. Ainsi, l'exception n'est déclenchée que si, concrètement, elle crée un trouble à la société du for, au regard des liens suffisants qui l'unissent avec le for. C'est pourquoi l'ordre public de proximité doit être défendu puisqu'il assure une application plus juste que celle de l'ordre public classique qui correspond à une approche encore plus concrète de la situation litigieuse. D'ailleurs, envisager l'ordre public international de cette manière répond au développement du contrôle

²³⁴⁷ N. Joubert, *op. cit.*, § 177.

²³⁴⁸ *Ibid.*

²³⁴⁹ *Ibid.*

de proportionnalité en essor depuis ces dernières années²³⁵⁰. De plus, l'ordre public international de proximité « permet d'apporter (des limites) à un certain impérialisme français auquel correspond peu ou prou l'ordre public ordinaire »²³⁵¹. Par conséquent, si l'ordre public de proximité permet d'affiner son propre recours en se conformant au réalisme de la situation internationale, il permet également de faire céder l'impérialisme de la *lex fori*. En effet, l'exigence d'un lien suffisant avec l'ordre juridique du for va restreindre l'application du mécanisme aux seuls cas dans lesquels ce lien existe. De cette manière, l'emploi du mécanisme ne pourra pas être arbitraire ni employé afin de faire prévaloir l'application de la *lex fori* sur celle de la loi étrangère. Finalement, en se conformant au réalisme de la situation internationale, l'ordre public international de proximité respecte davantage la méthode conflictuelle.

b) *L'intégration de la proximité au service de la méthode conflictuelle*

1724. L'assurance d'une meilleure justice conflictuelle. Si le principe de proximité constitue un des éléments constitutifs de la méthode conflictuelle, il a de plus en plus « vocation à intervenir non plus pour inspirer, mais pour corriger la règle de conflit de lois lorsque, (...) celle-ci désigne une loi (...) dont l'application risque de conduire à une solution injuste ou boiteuse »²³⁵². C'est pourquoi le principe de proximité a été étendu au mécanisme de l'ordre public international afin de mettre un terme à des situations troublant la paix sociale. Or, l'appel à la proximité tend à favoriser davantage le respect de la justice conflictuelle. En effet, si l'ordre public international se justifie en tant que nécessité indispensable à un traitement régulier des situations internationales, son recours doit demeurer exceptionnel et par conséquent justifié. En exigeant, en sus d'une appréciation *in concreto* des conséquences résultant de l'application de la loi étrangère, qu'il existe un lien suffisant entre la situation internationale et l'ordre juridique du for, le résultat de la règle de conflit ne sera écarté que parce que cela s'avère véritablement nécessaire. Par conséquent, l'intégration de la proximité va avoir pour effet d'affiner le recours à l'ordre public international, mais ceci en

²³⁵⁰ D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, § 472 lesquels opèrent un parallèle entre l'ordre public de proximité et le contrôle de proportionnalité : « On peut se demander si le contrôle de proportionnalité qui accompagne nécessairement la mise en œuvre des droits fondamentaux n'implique pas lui-même une appréciation de la proximité dans les situations transfrontières. Autrement dit, il faut se demander si une mesure nationale qui porte atteinte à une valeur protégée, met en œuvre les moyens les moins contraignants pour réaliser le but (légitime) poursuivi et s'ils sont proportionnés à celui-ci ».

²³⁵¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 406.

²³⁵² P. Lagarde, P. I « Le principe de proximité dans les conflits de lois », in « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 4.

toute conformité avec sa fonction. Autrement dit, pour reprendre les propos du Professeur Muir-Watt, il s'agit de rendre à l'ordre public international sa relativité et d'accepter plus largement l'altérité²³⁵³. De cette façon, la justice conflictuelle est davantage respectée, la règle de conflit ne pouvant être écartée que lorsqu'un impact néfaste sera véritable pour l'ordre juridique du for.

1725. L'effacement du caractère automatique de l'ordre public international classique. En outre, l'ordre public international classique peut être qualifié d'universel « en ce sens que toute situation portée à la connaissance du for et soumise à une loi étrangère est couverte, quels que soient ses liens avec le for ». Par conséquent, il « interfère assez brutalement avec les lois étrangères qui n'y sont pas conformes ». Cependant, « l'idée que toute loi étrangère compétente non conforme soit systématiquement visée (...) est parfois un peu gênante ». En effet, l'ordre public international classique tend parfois à devenir un automatisme. Or, un emploi mécanique de l'ordre public international est contraire à sa fonction même et porte atteinte à la méthode conflictuelle sans que cela soit nécessaire. En revanche, lorsque l'ordre public international intègre le principe de proximité, il ne peut être automatique puisqu'il exige la constatation d'un lien suffisant avec l'ordre juridique du for. C'est pourquoi l'ordre public de proximité préserve davantage la justice conflictuelle puisqu'il s'élève contre toute utilisation mécanique de l'exception. Par exemple, en matière de filiation, la loi étrangère qui prohibe l'établissement de la filiation naturelle ne peut être écartée au nom de l'ordre public international français que si l'enfant réside en France ou possède la nationalité française²³⁵⁴. Ainsi, l'ordre public international ne joue qu'à la condition qu'il existe un lien suffisant avec le territoire français lequel s'analyse sous l'angle de la nationalité ou de la résidence de l'enfant. En effet, il semble justifié de considérer que si l'enfant ne réside pas en France ou n'en possède pas la nationalité, alors l'ordre juridique

²³⁵³ H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 182 : « Y a-t-il un paradoxe à reconnaître la relativité de valeurs qualifiées par ailleurs d'essentielles, ou est-ce au contraire manquer de respect à l'égard de l'altérité que de ne pas doser la vocation de valeurs culturelles du for ? » ; « La voie de la relativité consiste à réintroduire des considérations de proximité dans le jeu de l'exception d'ordre public à travers le prisme de l'*Inlandsbeziehung* (ou la notion de « liens suffisants avec l'ordre juridique ». Ce dernier mécanisme signifie une limite à la vocation de l'Etat du for à imprimer ses propres conceptions à une situation internationale entretenant par hypothèse des liens substantiels avec un autre ordre juridique dont la loi a été reconnue applicable a priori. L'intervention des droits fondamentaux au nom de l'ordre public de l'Etat du for serait alors tributaire de l'intensité des liens que celui-ci entretient avec la situation litigieuse. Si de tels liens n'existent pas, l'intrusion des valeurs de l'Etat du for serait injustifiée ».

²³⁵⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 10 mai 2006, 05-10.299, *Dalloz* 2006, p. 2890, note G. Kessler ; *Dalloz* 2007, p. 1751, note P. Courbe ; et Cass. Civ. 1^{ère}, 26 oct. 2011, 09-71.369, *Dalloz* 2012, p. 1228, note H. Gaudemet-Tallon.

français ne sera pas réellement c'est-à-dire concrètement perturbé par une loi qui prohibe l'établissement de la filiation naturelle. De cette façon, l'ordre public international français n'intervient que si cela est véritablement nécessaire et préserve *a maxima* le jeu de la règle de conflit. De surcroît, si l'ordre public de proximité doit être approuvé tant à raison de sa mise en conformité avec le réalisme de la situation internationale que de son respect pour la justice conflictuelle, il constitue également un mécanisme correcteur des défauts de l'ordre public international classique.

2) Une exception affinée au travers des manifestations spécifiques de l'ordre public de proximité

1726. « L'ordre public de proximité intervient indifféremment au stade de la création et de la reconnaissance en France de la situation »²³⁵⁵ afin d'affiner l'utilisation du mécanisme dans le respect de la méthode conflictuelle. Selon le stade auquel il intervient, l'ordre public de proximité peut constituer soit un complément à l'ordre public international ordinaire (a) soit un correctif à l'effet atténué de l'ordre public international (b).

a) *L'ordre public de proximité : complément de l'ordre public ordinaire*

1727. Un correctif à l'ordre public international classique. Il peut être considéré que l'ordre public de proximité constitue un correctif à l'ordre public international ordinaire dans la mesure où il va intervenir pour protéger « des principes auxquels le droit français tient plus que dans les seuls cas où la loi française est désignée comme applicable par la règle de conflit, sans pour autant y tenir au point de les imposer en toutes circonstances à toutes lois étrangères compétentes »²³⁵⁶. Cela signifie que certains principes de droit français, sans pour autant relever explicitement de l'ordre public international classique, pourront être classés au rang de l'ordre public de proximité pour ne repousser la loi étrangère que lorsqu'il existe un lien de proximité suffisant avec la France²³⁵⁷.

1728. Un véritable complément à l'ordre public international classique. Cependant, en intervenant au stade de la création des droits, certains considèrent que l'ordre public de proximité « joue le rôle d'un facteur de renforcement du contenu de l'ordre public

²³⁵⁵ D. Sindres, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI* n°3, juill. 2012, doct. 10, § 5.

²³⁵⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 403.

²³⁵⁷ Voir en ce sens : CA de Paris, 27 fév. 2019, n°17/17990, dans lequel les juges du fond ont fait jouer l'ordre de proximité comme complément en considérant que « le principe d'égalité des filiations en droit français et l'existence de liens d'Alice Furth avec la France, même si ces liens sont en devenir compte tenu de sa minorité, conduisent à écarter la loi malgache ne reconnaissant pas de droit successoral à l'enfant adultérin, pour appliquer la loi française en ses lieu et place ».

lorsqu'il permet d'en augmenter le contenu »²³⁵⁸ et d'autres, à l'inverse, qu'il « porte en germe un risque d'affaiblissement de l'ordre public international du for »²³⁵⁹. En vérité, il semble que l'ordre public de proximité se distingue de l'ordre public international classique lorsqu'il intervient au stade de la création des droits. Il protège certains principes français qui ne sont pas érigés au rang de principes fondamentaux et dont l'intervention serait automatique *via* l'effet plein de l'ordre public. Par conséquent, il s'agit d'une catégorie particulière dans laquelle sont contenues des valeurs juridiques françaises qui doivent être relativisées eu égard au rattachement que présente la situation internationale avec la France. Ainsi, les droits considérés comme fondamentaux sont maintenus au rang de l'ordre public international classique. En revanche, certains principes qui ne relèvent pas des droits fondamentaux pourront être protégés sans pour autant être classés au rang de l'ordre public international classique.

A titre d'illustration, il est classiquement évoqué la jurisprudence *De Pedro* de 1981²³⁶⁰ au cours de laquelle la Cour de cassation a considéré que la loi étrangère qui prohibe le divorce « est 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 ». Ainsi, par cet arrêt la Cour de cassation n'a pas classé le divorce au rang d'un droit fondamental, mais comme un principe juridique du droit français relevant de l'ordre public de proximité. En d'autres termes, un Français domicilié en France ne peut se voir priver du droit de divorcer par une loi étrangère légitimement applicable. Par conséquent, la Cour de cassation n'a pas étendu le champ de l'ordre public international ordinaire, mais a permis la préservation d'une valeur juridique française dès lors qu'est impliqué un Français résidant en France.

1729. Un complément préservant *a maxima* la méthode conflictuelle. L'avènement de l'ordre public de proximité en tant que correctif à l'ordre public international ordinaire ne peut être que souhaité dans la mesure où il permet d'une part une protection plus étendue des valeurs juridiques françaises, et d'autre part dans la mesure où il ne joue qu'à la condition d'être justifié par les circonstances de l'espèce. En vérité, si l'ordre public de proximité se distingue de l'ordre public international classique, les principes relevant de l'une de ces catégories peuvent toutefois être déplacés de l'une à l'autre. Pour autant, cela ne

²³⁵⁸ J. Guillaumé, « Ordre public international - Intervention de l'ordre public international », *J.-Cl. Civil*, 30 mai 2018, Fasc. 42, § 55.

²³⁵⁹ D. Sindres, *op. cit.*, § 5.

²³⁶⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 1^{er} avr. 1981, *De Pedro*, *JDI* 1981, p. 812, note D. Alexandre ; *Dalloz* 1982, IR 69, obs. B. Audit ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 629, note Lisbonne ; *Defrénois* 1982, p. 248, obs. J. Massip.

signifie nullement que sont remis en cause les principes considérés comme fondamentaux par l'ordre juridique français. En vérité, cela permet simplement de conduire à un affinement du mécanisme dont l'objet serait de préserver au maximum la règle de conflit. En effet, « l'ordre public de proximité, en limitant les interventions de l'exception de l'ordre public, préserve le rayonnement de la règle de conflit de lois face à l'influence grandissante des droits fondamentaux ; ce faisant, il favorise l'harmonie internationale des solutions là où le *lex forisme* induit par le jeu de l'exception d'ordre public la remet en cause »²³⁶¹. Finalement, l'ordre public de proximité joue un rôle complémentaire de l'ordre public international classique puisqu'il permet d'intervenir dans des domaines pour lesquels l'ordre public international classique ne peut intervenir, mais aussi parce qu'il invite à un affinement du régime d'application du mécanisme tendant à ne l'employer que lorsque cela est justifié par des rattachements avec l'ordre juridique du for. Par conséquent, le procédé s'inscrit bien dans la préservation de la méthode conflictuelle.

1730. La substitution totale en faveur d'un ordre public de proximité. Néanmoins, si l'ordre public de proximité s'inscrit en complément de l'ordre public international classique pour en affiner son application conformément au respect de la méthode conflictuelle, il serait sans doute préférable qu'il s'y substitue totalement. En effet, plutôt que de scinder les principes en deux catégories d'ordre public international, l'une de proximité, l'autre ordinaire, chaque principe considéré comme fondamental par l'ordre juridique du for doit être employée à l'aune du principe de proximité. En opérant de cette manière, la méthode conflictuelle est totalement préservée puisque tout effet automatique de l'ordre public international est supprimé. Il s'agit donc de faire correspondre la réalité de la situation internationale à la véritable perturbation qui peut être engendrée dans l'ordre juridique du for. En outre, si, à l'heure actuelle, l'ordre public de proximité joue un rôle complémentaire, il constitue également un correctif à l'effet atténué de l'ordre public international.

b) *L'ordre public de proximité : correctif à l'effet atténué*

1731. Un correctif à l'effet atténué de l'ordre public international classique. En principe, l'effet atténué de l'ordre public international intervient au stade de l'efficacité de droits régulièrement acquis à l'étranger et doit « conduire le juge français à renoncer à la réaction de l'ordre public »²³⁶². Cependant, « les contacts de la situation avec le for peuvent

²³⁶¹ D. Sindres, *op. cit.*, § 20.

²³⁶² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 409.

être tels que la solution consacrée à l'étranger demeure choquante »²³⁶³ et conduisent à réactiver l'ordre public international eu égard à la proximité que présente la situation internationale avec l'ordre juridique du for. Par conséquent, « l'ordre public de proximité (devient) un facteur de renforcement de la sauvegarde de l'ordre public international du for »²³⁶⁴.

A titre d'illustration, il est souvent évoqué la jurisprudence propre à la répudiation puisqu'auparavant « l'ordre public atténué permettait d'accueillir en France les répudiations unilatérales prononcées à l'étranger quand des garanties procédurales et pécuniaires étaient accordées à l'épouse »²³⁶⁵. Cependant, grâce à l'ordre public de proximité, et « par cinq arrêts en date du 17 février 2004²³⁶⁶, la Cour de cassation a durci sa position en refusant l'accueil des répudiations étrangères sur le fondement du principe d'égalité des époux, dès lors que les époux, ou du moins la femme, sont domiciliés en France »²³⁶⁷. De plus, cette jurisprudence demeure constante et a été réaffirmée par un arrêt du 4 juillet 2018 de la Cour de cassation dans lequel elle a considéré que « le divorce par répudiation ne peut produire aucun effet en France »²³⁶⁸.

1732. Une substitution totale à l'ordre public de proximité confirmée. Une nouvelle fois, l'ordre public de proximité en constituant un correctif à l'effet atténué de l'ordre public international classique permet d'affiner son régime d'application. L'ordre public de proximité répond finalement de la cohérence juridique. Il permet d'exclure l'application automatique de la distinction opérée entre l'ordre public effet plein et l'ordre public effet atténué puisque si celle-ci présente un intérêt, celui-ci demeure limité. En effet, il est important que l'exception puisse jouer même à l'égard de droits régulièrement acquis lorsque ces droits vont causer un trouble à la paix sociale parce que la situation internationale en cause présente des liens étroits avec l'ordre juridique saisi. Une nouvelle fois, il s'agit de coordonner l'ordre public international avec la réalité de la situation internationale. Ainsi, que l'ordre public de proximité joue un rôle de complément de l'ordre public international ordinaire, ou qu'il corrige le jeu de l'effet atténué, il a essentiellement pour objet de restreindre l'emploi de l'exception à une application strictement nécessaire. Or, cela ne peut

²³⁶³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 409.

²³⁶⁴ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 54.

²³⁶⁵ *Ibid.*

²³⁶⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 17 fév. 2004, préc.

²³⁶⁷ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 54.

²³⁶⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2018, n°17-16.102, préc.

être que louable puisque l'ordre public international ne peut être un dispositif automatique. De cette façon, l'ordre public de proximité tend à préserver au mieux la règle de conflit, son intervention n'étant exigée que lorsque cela est véritablement nécessaire c'est-à-dire tant au regard des valeurs en cause que des liens que présente la situation internationale avec l'ordre juridique saisi. Cependant, si la modernisation de l'ordre public international au travers du principe de proximité est souhaitée, elle demeure limitée. En effet, il s'agit d'une catégorie à part dont l'utilisation demeure relative en pratique.

B. LE CHAMP D'APPLICATION RELATIF DE L'ORDRE PUBLIC DE PROXIMITE

1733. L'ordre public de proximité semble présenter de nombreuses vertus dans la mesure où il a pour objet de préserver au maximum la méthode conflictuelle et puisqu'il comble les lacunes de l'ordre public international classique. Néanmoins, son champ d'application demeure relatif. En effet, si son recours est encadré par l'instauration en jurisprudence de rattachements spécifiques (1), son domaine matériel est excessivement restreint puisqu'il se cantonne à une seule catégorie de rattachement (2).

1) Le recours à l'ordre public de proximité assujetti à des rattachements spécifiques

1734. Afin de garantir une application mesurée de l'exception, et conforme à sa fonction d'ordre public de proximité, il semble nécessaire d'opérer une prédétermination des rattachements attestant de la proximité entre la situation litigieuse et le for (a). De cette façon, le mécanisme ne sera employé que parce que son recours se justifie au regard des rattachements présents dans l'espace. C'est pourquoi la jurisprudence de la Cour de cassation s'est fort heureusement évertuée à identifier les rattachements de proximité (b).

a) La prédétermination nécessaire des rattachements de proximité

1735. L'ordre public de proximité ne se déclenche qu'à la « condition que les conditions de proximité requises de la situation avec le for soient réunies »²³⁶⁹. En d'autres termes, il faut être en présence de liens spatiaux suffisants entre la situation internationale et l'ordre juridique du for. En effet, si des liens suffisants unissent la situation litigieuse à l'ordre juridique saisi, l'intervention de l'ordre public international se déclenche, mais surtout se justifie. Ce n'est que parce qu'il existe une proximité entre les deux que l'ordre public international joue, de façon à n'être employé que lorsque cela est réellement nécessaire. Cependant, le déclenchement de l'ordre public de proximité invite à s'interroger sur

²³⁶⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 405.

l'identification des « liens que la situation doit entretenir avec le for »²³⁷⁰. Ainsi, « s'agit-il de la nationalité des intéressés, de leur domicile ou de leur résidence habituelle, de leur lieu de naissance ? »²³⁷¹. Le problème réside donc essentiellement dans la détermination des liens suffisants. En l'absence d'encadrement relatif à l'identification de ces liens, une grande variabilité d'application peut apparaître quant à l'emploi de l'ordre public de proximité. Par conséquent, la limite de l'ordre public de proximité se situe au stade de son identification lorsqu'il s'agit de déterminer la proximité pour chaque cas d'espèce. Il semble peu souhaitable de se contenter d'un système exempt d'encadrement juridique dans la mesure où chaque juge serait libre d'employer l'exception comme bon lui semble au regard de rattachements qu'il détermine lui-même. En sus, cela pourrait avoir pour conséquence de conduire à une prolifération des cas d'ordre public de proximité au détriment de la méthode conflictuelle. C'est pourquoi l'ordre public de proximité « impose un effort de définition et d'affinement des liens pertinents dans les différentes hypothèses dans lesquelles il est fait appel à ce mécanisme »²³⁷². Dès lors, dans chaque cas où l'ordre public de proximité a pu être employé, la jurisprudence a établi quels étaient les rattachements pouvant déclencher son intervention.

b) L'heureuse identification des rattachements de proximité par la jurisprudence

1736. L'établissement des rattachements requis par la jurisprudence. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble que pour chaque hypothèse dans laquelle est intervenu l'ordre public de proximité, la haute juridiction se soit efforcée à préciser les rattachements qui établissent la proximité. Par exemple, en matière d'établissement de filiation naturelle, la Cour de cassation a considéré que l'ordre public de proximité ne peut jouer qu'à condition que l'enfant réside en France ou possède la nationalité française²³⁷³. De la même manière, « en matière de divorce, la Cour de cassation a limité l'éviction de la loi étrangère ne prévoyant la séparation de corps que si l'époux qui demande le divorce en France est français et domicilié en France »²³⁷⁴. Par conséquent, chaque fois que l'ordre public de proximité intervient pour évincer une loi étrangère, les conditions de rattachement requises sont établies par la jurisprudence. Or, si un tel encadrement pourrait s'avérer strict, il permet toutefois de limiter le recours de l'ordre public de proximité dans la

²³⁷⁰ D. Sindres, *op. cit.*, § 15.

²³⁷¹ *Ibid.*

²³⁷² *Ibid.*

²³⁷³ Cf. *supra* § 1724.

²³⁷⁴ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 405.

mesure où le mécanisme ne peut être employé qu'à la condition de présenter des rattachements réels avec le territoire français. De plus, ces rattachements semblent *a priori* justifiés dans la mesure où, au regard des exemples précités, en matière de statut personnel, les rattachements au domicile et à la nationalité sont les corollaires de la discipline²³⁷⁵.

1737. L'identification du référent par la jurisprudence. En outre, afin de mettre un terme à la difficulté qui pourrait apparaître quant à l'identification du référent²³⁷⁶ à l'égard duquel est apprécié la proximité, la jurisprudence s'est également chargée de préciser dans chaque cas, à l'égard de quelle personne devait procéder l'analyse. Ainsi, en matière de filiation, la proximité s'apprécie à l'égard de l'enfant²³⁷⁷, tout comme en matière de divorce, la proximité s'apprécie à l'égard du demandeur à l'action²³⁷⁸. De cette façon, la Cour de cassation instaure un régime précis relatif au déclenchement de l'exception. Or, ceci ne peut être que félicité dans la mesure où la jurisprudence contribue à affiner le recours à ladite exception, permettant une nouvelle fois de préserver *a maxima* la méthode conflictuelle.

1738. L'imprécision du moment d'appréciation de la proximité. Cependant, si le régime jurisprudentiel mis en place permet d'évincer l'arbitraire du juge, il est insuffisant. Une incertitude quant à son domaine d'intervention perdure. En effet, demeure une « difficulté (...) d'ordre temporel »²³⁷⁹ puisqu'il n'est pas nécessairement précisé à quel instant s'apprécient les éléments de rattachements retenus. Or, cela paraît contraignant dans la mesure où le rattachement peut varier selon le moment retenu. Par exemple, dans le cadre d'un établissement de filiation naturelle, le domicile peut avoir varié entre le jour de la naissance de l'enfant et le jour de l'introduction de l'instance. En d'autres termes, le régime de l'ordre public de proximité n'est pas encore parfaitement régi dans la mesure où les imprécisions d'ordre temporel laissent subsister des doutes quant à son application. La variabilité d'application entre de nouveau en jeu. Il serait donc souhaitable afin de parfaire le régime applicable à l'ordre public de proximité que la Cour de cassation s'engage à répondre aux difficultés d'ordre temporel. De cette manière, l'emploi du mécanisme serait parfaitement encadré et demeurerait exceptionnel. En outre, l'identification spatiale des liens suffisants participe d'une mise en œuvre mesurée et justifiée de l'ordre public de proximité. Pourtant, son champ d'application matériel pourrait attester du contraire dans la mesure où il ne semble

²³⁷⁵ Cf. *supra* § 871 et s.

²³⁷⁶ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 59.

²³⁷⁷ *Ibid.*

²³⁷⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 405.

²³⁷⁹ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 58.

pas véritablement répondre à la fonction de nécessité à laquelle doit s'accommoder le mécanisme.

2) La fâcheuse restriction du domaine matériel de l'ordre public de proximité

1739. Si le champ d'application spatial de l'ordre public de proximité est relativement bien organisé, son champ d'application matériel semble, quant à lui, strictement encadré. En effet, son domaine d'intervention se cantonne au statut personnel, ce qui paraît regrettable eu égard à l'intérêt que présente le mécanisme (a). En réalité, il semblerait qu'en pratique, l'ordre public de proximité puisse potentiellement faire l'objet d'un détournement dont le but consisterait en un retour au *lex forisme* (b).

a) Le cantonnement regrettable de l'ordre public de proximité au statut personnel

1740. L'intervention fréquente de l'ordre public de proximité en matière de statut personnel. « De même que la jurisprudence fixe les rattachements requis avec le for pour que la réaction de l'ordre public de proximité se déclenche, elle précise aussi, dans le silence du législateur, quelles sont les solutions françaises qui sont promues dans l'ordre international à travers l'ordre public de proximité »²³⁸⁰. Or, si classiquement, l'ordre public international ordinaire trouve son « terrain d'élection » dans le droit des personnes et de la famille²³⁸¹, l'ordre public de proximité également. En effet, « les premières illustrations du mécanisme de l'ordre public de proximité ont eu lieu dans le domaine du statut personnel »²³⁸². Cependant, depuis lors, l'ordre public de proximité n'a concerné aucune autre matière. Ainsi, « à ce jour, l'ordre public de proximité a uniquement été mis en œuvre en matière familiale », notamment en matière de divorce, de mariages bigames, de filiation et de répudiation²³⁸³. En d'autres termes, les domaines pour lesquels l'ordre public de proximité est intervenu originellement se sont pérennisés. C'est ainsi que, par un arrêt du 27 septembre 2017, la Cour de cassation a validé la décision de la Cour d'appel de Paris qui a fait jouer l'ordre public de proximité en matière de filiation pour évincer la loi étrangère, dans la mesure où l'enfant en cause résidait en France²³⁸⁴.

1741. L'ordre public de proximité remis en cause par son champ d'application restreint. Le domaine de l'ordre public de proximité, au regard de la jurisprudence, se limite

²³⁸⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 406.

²³⁸¹ M. Lamarche, « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », *Revue Droit de la famille*, n°7-8, Juill. 2014, alerte 29.

²³⁸² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 408.

²³⁸³ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 53.

²³⁸⁴ Cass., Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, 16-19.654, *P.A.*, 31 janv. 2018, n°23, p. 12, note P.-L. Niel.

donc au statut personnel. Ce cantonnement du domaine de l'ordre de proximité invite à un emploi mesuré du mécanisme puisque tout domaine ne peut être concerné. Ainsi, la variabilité de résultat est petit à petit écartée. Néanmoins cette stricte application de l'ordre public de proximité invite à douter de l'intérêt du mécanisme. En effet, l'ordre public de proximité, dans sa fonction, constitue un outil compatible avec la méthode du droit des conflits de lois dans la mesure où il n'a pour effet de se déclencher que lorsque cela est nécessaire. Cependant, cette nécessité s'analyse tant sur le plan matériel, comme l'ordre public international ordinaire, que sur le plan spatial. Par conséquent, l'ordre public de proximité se concilie en principe mieux avec la discipline du droit des conflits de lois puisqu'il constitue une exception justifiée par les circonstances de l'espèce. Or, en considérant que l'ordre public de proximité ne s'applique qu'en matière de statut personnel, pour quelques hypothèses spécifiques, sa fonction est remise en cause. Il devient plus difficile d'en percevoir l'intérêt dès lors qu'il se limite à une unique matière et pour quelques cas précis. De plus, il n'est jamais bon de figer le recours à l'ordre public international, même s'il se traduit sous forme d'ordre public de proximité, puisqu'il est par nature variable quant à son contenu, et donc nécessairement quant à son domaine²³⁸⁵. Finalement, l'ordre public de proximité ne semble répondre qu'en théorie aux exigences que préconise la discipline du droit des conflits de lois. En vérité, en pratique, son domaine d'application invite à considérer qu'il pourrait devenir un outil au service d'une politique législative.

b) Le potentiel détournement de la fonction de l'ordre public de proximité

1742. Un mécanisme protecteur de droits subjectifs. En regardant de plus près les cas dans lesquels l'ordre public de proximité est employé, il apparaît que « ce mécanisme tend en réalité à protéger un droit subjectif de l'individu » comme « le droit de l'enfant français ou vivant en France d'établir sa filiation »²³⁸⁶. Ainsi, l'ordre public de proximité intervient afin de protéger des droits subjectifs qui, *a priori*, ne composent pas l'ordre public international ordinaire c'est-à-dire des droits qui ne sont pas érigés au rang de droits fondamentaux. Par conséquent, l'ordre public de proximité permet une intervention qui ne pourrait avoir lieu en recourant à l'ordre public international ordinaire.

1743. Un mécanisme employé en faveur de la loi française. En regardant précisément les matières dans lesquelles s'applique l'ordre public de proximité, il pourrait être

²³⁸⁵ Cf. *supra* § 1685 et s.

²³⁸⁶ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 56.

supposé que l'ordre public de proximité a été employé en France afin de garantir des valeurs françaises qui ne peuvent être érigées au rang de droits fondamentaux. En effet, en observant que l'ordre public de proximité ne joue qu'en matière de statut personnel, lorsqu'est impliqué un national Français ou un résident Français, il pourrait être considéré que l'ordre public de proximité, tel qu'utilisé par la jurisprudence, a pour objet de préserver spécialement l'ordre juridique français c'est-à-dire la loi française et non généralement l'ordre juridique du for.

1744. Le détournement de la fonction de l'ordre public de proximité. Le cantonnement du mécanisme au statut personnel renforce l'idée selon laquelle l'ordre public de proximité se met au service d'une politique législative spécifique au statut personnel. En effet, d'autres droits subjectifs sont garantis aux Français et ne font pourtant pas partie du domaine d'application de l'ordre public de proximité. Ainsi, l'ordre public de proximité permet à la société française de protéger des droits subjectifs qui ne peuvent être protégés par aucun autre mécanisme en droit des conflits de lois. L'ordre public de proximité, tel qu'il est conçu en pratique, est donc détourné de sa fonction puisqu'il ne tend plus à protéger des valeurs fondamentales mais des droits subjectifs garantis par l'ordre juridique français afin de permettre un retour à la loi française. S'opère alors un dangereux parallèle avec les lois de police puisqu'il s'agit de permettre une application de la *lex fori* chaque fois qu'est impliqué un Français ou une personne domiciliée en France. En effet, le but consiste à appliquer la loi française chaque fois qu'est en cause une personne de nationalité française ou domiciliée en France. Or, il ne doit pas être oublié que l'ordre public international, ordinaire ou de proximité, a pour objet de garantir la préservation des valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for, et non pas de l'ordre juridique français.

1745. Un détournement maintenu par le cantonnement regrettable au statut personnel. Néanmoins, cette faveur accordée à l'ordre juridique français en matière de statut personnel chaque fois qu'est impliquée une personne de nationalité française ou domiciliée en France, se justifie parce que les rattachements retenus sont le propre du statut personnel. En vérité, tant que l'ordre public de proximité ne sera pas intervenu dans d'autres domaines, permettant de vérifier que les rattachements choisis sont conformes à la matière en cause, le débat ne pourra être tranché. De cette façon persiste un doute quant à la véritable raison de l'emploi de l'ordre public de proximité par la jurisprudence. En outre, le cantonnement de l'ordre public de proximité est regrettable puisqu'il a pour effet de limiter la portée d'un mécanisme largement adapté au respect de la méthode conflictuelle. Par conséquent, il serait préférable à l'avenir que l'ordre public de proximité se développe davantage en tant

qu'exception spécifique au droit des conflits de lois et protégeant n'importe quel droit. Il ne devrait pas être opéré une différence selon les valeurs considérées ou non comme fondamentales. Il devrait simplement être considéré que l'ordre public international ne se déclenche que lorsqu'il existe un lien suffisant avec l'ordre juridique du for. De cette façon, l'automatisme pouvant être issu de l'ordre public international ordinaire serait abandonné afin de respecter la réalité de la situation internationale. Dès lors, la méthode conflictuelle serait préservée dans une large mesure, de la même façon que les valeurs fondamentales seraient protégées chaque fois qu'elles sont véritablement mises en péril. En sus, une nouvelle portée pourrait être reconnue à l'ordre public de proximité dans la mesure où l'ordre public international tend à devenir supranational.

§ 2 – VERS UNE REGIONALISATION DESIREE DU CHAMP D'APPLICATION MATERIEL ET SPATIAL DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL INTERNE

1746. Si le droit contemporain a promu une nouvelle branche de l'ordre public international au travers du principe de proximité, il a également subi une certaine évolution quant à sa structure. En effet, au regard de l'internationalisation du droit international privé, mais également des droits et libertés fondamentaux, l'ordre public international s'est vu reconnaître progressivement une portée, non plus nationale, mais régionale. Ainsi, s'est élaboré, notamment en Europe, un ordre public international régional, lequel semble *a priori* conforme aux exigences du droit des conflits de lois puisqu'il tend à garantir au mieux la règle de conflit (A). Cependant, si l'ordre public régional, et essentiellement l'ordre public européen, présente de nombreux avantages, il engendre certaines difficultés en termes d'application, dans la mesure où il se double des ordres publics internationaux internes. C'est pourquoi il semble que cette exception régionale demeure fatalement limitée par la sauvegarde, parfaitement légitime, de l'ordre public international national (B).

A. VERS LA RECONNAISSANCE D'UN ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL REGIONAL CONFORME AUX EXIGENCES DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS

1747. Traditionnellement, l'ordre public international est par nature national. En d'autres termes, l'ordre public international est propre à chaque Etat et ne peut s'analyser qu'à l'aune de cet ordre juridique national. Cependant, la nature de l'ordre public international a évolué à raison de l'apparition de sources internationales (1). C'est pourquoi au regard de cette mutation, s'est mis en place un ordre public international européen qui semble s'inscrire de manière compatible avec la méthode conflictuelle (2).

1) L'évolution de la nature de l'ordre public international par l'apparition de sources internationales

1748. A partir du XX^{ème} siècle, la nature de l'ordre public international s'est modifiée puisque celui-ci s'est universalisé sur le plan international à raison de l'apparition de divers textes internationaux spécifiques aux droits fondamentaux (a). Cependant, cette universalisation du mécanisme au sein de la société internationale est demeurée ineffective en l'absence de véritable communauté juridique (b).

a) *L'universalisation de l'ordre public international au regard des textes internationaux*

1749. L'évolution de la nature de l'ordre public international. Il est « admis de longue date (...) qu'il rev(ient) en principe à chaque droit interne de fixer, seul et pour lui-même uniquement, le contenu et le champ d'application de « son » ordre public international »²³⁸⁷. Il est considéré que figurent dans le contenu de l'exception les droits « fondamentaux ». Or, « l'idée de justifier le recours à l'ordre public par un appel à des valeurs universelles ou de droit naturel est ancienne »²³⁸⁸. C'est pourquoi il peut être observé que la plupart « des formulations les plus traditionnelles de l'exception d'ordre public international (...) reposent bien souvent sur des présupposés jusnaturalistes (...) que l'on marie toutefois (...) à la conception purement nationale de l'ordre public international »²³⁸⁹. Par conséquent, en partant du postulat selon lequel l'ordre public international est constitué par les droits naturels lesquels sont substantiellement universels, le mécanisme a fait l'objet d'une certaine évolution quant à sa nature. En effet, « la spécificité de cet ordre public universel a pris plus de consistance à partir du moment où ses sources ont commencé à devenir internationales »²³⁹⁰ lesquelles ont introduit l'idée d'un ordre public international supranational et non plus seulement national.

1750. L'apparition d'un ordre public international supranational. Effectivement, postérieurement à la Seconde Guerre mondiale, les droits de l'Homme se sont internationalisés *via* de nombreux textes régionaux, mais également grâce à la Déclaration universelle des droits de l'Homme²³⁹¹ laquelle possède une portée internationale s'étendant à 58 Etats. Or, comme l'avait déjà perçu Lerebours-Pigeonnière, l'intégration de ce texte au

²³⁸⁷ M. Forteau, « L'ordre public « transnational » ou « réellement international » : L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI* n°1, janv. 2011, doct. 1, § 6.

²³⁸⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 365.2°.

²³⁸⁹ M. Forteau, *op. cit.*, § 21.

²³⁹⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 365.2°.

²³⁹¹ Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 déc. 1948.

sein de l'ordre juridique international a nécessairement eu pour conséquence de modifier « les modes d'évaluation de l'ordre public à partir du seul droit du for »²³⁹². A partir de cette internationalisation des sources relatives aux droits de l'Homme, est *a priori* apparu un ordre public international d'ordre supranational. Dès lors le contenu du mécanisme se serait internationalisé pour former une catégorie de droits supranationaux auxquels ne peuvent déroger les lois étrangères dans leur application matérielle.

1751. Vers la disparition de l'exception d'ordre public. En procédant à cette internationalisation des sources relatives aux droits fondamentaux, il pourrait être considéré que la méthode conflictuelle ne pourra plus être confrontée à l'ordre public international. En effet, le déclenchement de « l'ordre public suppose un défaut de communauté juridique entre la loi normalement compétente et la loi du for »²³⁹³. Or, si la société internationale se conforme à respecter les droits fondamentaux, puisque ceux-là sont universels et internationalisés, il peut être supposé que vraisemblablement les législations de n'importe quel Etat seront respectueuses des droits de l'Homme. Par conséquent, si l'ordre public international a tendance à s'internationaliser, il a également vocation à disparaître puisque finalement les droits de l'Homme sont logiquement protégés par tout Etat de droit²³⁹⁴. De cette façon, il pourrait être imaginé que la méthode conflictuelle serait totalement préservée, voire écarterait l'exception de l'ordre public international de son régime puisque celui-ci s'avérerait inutile en pratique. Cependant, si ces droits sont considérés comme universels et qu'ils font l'objet d'une internationalisation, ils ne sont pas en réalité effectifs au sein de toute la société internationale dans la mesure où il existe un défaut de communauté juridique.

²³⁹² H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 365.2°.

²³⁹³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 383.

²³⁹⁴ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (les formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé, *op. cit.*, § 204 : « Désormais, dans beaucoup de cas, les valeurs affirmées au nom de l'ordre public international prennent la forme des droits de l'homme. En Europe, le respect de ceux-ci s'impose en tous les cas aux Etats qui sont parties soit à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) soit, pour certains d'entre eux (et lors de la mise en œuvre du droit dérivé de l'Union), à la Charte de l'Union européenne, de sorte que la marge laissée aux principes qui seraient purement nationaux est très étroite. Au-delà des polémiques politiques que suscite cette emprise, la controverse méthodologique porte désormais sur le point de savoir si les droits de l'homme absorbent l'exception d'ordre public international, ou vice versa. Les exemples d'intégration, ou de confluence, sont en tout cas très nombreux. Si la composante procédurale des droits fondamentaux se superpose avec une facilité relative à celle de l'ordre public procédural de source nationale, renforçant le cas échéant sur ce point la protection accordée au défendeur dans le procès⁵⁹³, le site d'une modification plus radicale est celui du respect de la vie privée (article 8 CEDH, article 7 Charte UE) combinée avec la non-discrimination (article 14 CEDH, article 21 Charte UE) ».

b) *L'ineffectivité d'un ordre public universel à raison du défaut de communauté juridique*

1752. Vraisemblablement, si le contenu de l'ordre public international se réfère aux droits naturels qui possèdent une vocation universelle, ces droits ne se voient reconnaître cette portée que de manière théorique. En effet, l'internationalisation de ces droits n'a pas eu véritablement pour objet de créer un arsenal juridique effectif en matière de droits fondamentaux auquel tout Etat devrait être contraint. D'une part, la Déclaration universelle des droits de l'Homme « n'a pas valeur de traité international »²³⁹⁵, et d'autre part, son application n'est pas assurée par un organe judiciaire. Par conséquent, en pratique, cette déclaration n'est que symbolique. Ce phénomène s'explique à raison du défaut de communauté juridique au sein de la société internationale²³⁹⁶. Ainsi, l'idée que l'ordre public international pouvait devenir commun à toutes les nations est réduite à néant. De la même façon, il n'est plus envisageable de considérer que la méthode conflictuelle puisse être parfaitement respectée dans la mesure où l'ordre public international aurait pu à terme être exclu de son propre régime²³⁹⁷. Néanmoins si un ordre public international commun à toutes les nations n'a pas vu le jour, un ordre public international européen semble se dessiner.

2) L'avènement d'un ordre public européen compatible avec la méthode conflictuelle

1753. Si aucun ordre public universel n'a pu apparaître à ce jour, en revanche, s'est créé un véritable ordre public international européen. Cependant, l'avènement de celui-ci a pu susciter diverses inquiétudes invitant à considérer que l'ordre public européen aurait tendance à diminuer les fonctions du droit des conflits de lois (a). Or, en réalité, celles-ci, et notamment la justice conflictuelle, sont nettement mieux préservées par la mise en place de cet ordre public puisqu'il tend à se constituer comme un ordre public européen de proximité (b).

a) *Le droit des conflits de lois diminué par la création d'un ordre public européen*

1754. La construction d'un ordre public régional. Si certains textes internationaux ont consisté en la consécration internationale des droits de l'Homme, mais ne sont pas effectifs en pratique, d'autres en revanche sont spécialement protégés et appliqués par leurs Etats membres ou parties. En effet, si les textes internationaux n'ont pas une véritable portée dans la société internationale c'est à raison du défaut de communauté juridique et de l'absence d'organe judiciaire. Cependant, à une échelle plus réduite c'est-à-dire à l'échelle régionale,

²³⁹⁵ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 365.2°.

²³⁹⁶ Cf. *supra* § 1751.

²³⁹⁷ Cf. *supra* § 1750.

certaines textes relatifs aux droits de l'Homme ont permis de construire un réel ordre public régional dans la mesure où ils sont véritablement protégés dans cet ordre juridique régional par un organe judiciaire. Il s'agit de l'ordre juridique européen lequel s'est créé grâce à la Conv. EDH laquelle est spécialement protégée par la CEDH. Par conséquent, s'est instauré au niveau régional, un dispositif juridique spécifique aux droits de l'Homme et commun à tous les Etats, dont l'effectivité est garantie par un organe judiciaire²³⁹⁸. Or, « l'influence de l'Europe (...) se ressent (...) sur l'ordre public tel que conçu en droit international privé »²³⁹⁹. En effet, « l'affirmation d'un ordre public international d'ordre supranational est (...) largement portée par une jurisprudence très instigatrice de la Cour de justice de l'Union européenne »²⁴⁰⁰ puisque, notamment dans l'affaire *Krombach*²⁴⁰¹, la Cour de justice « a admis que le juge interne puisse invoquer les droits fondamentaux issus de la Conv. EDH, en tant qu'ils font partie des principes généraux communautaires, au titre de l'exception d'ordre public international »²⁴⁰².

1755. La consécration d'un ordre public international européen. De plus, hormis cette affirmation par la jurisprudence de l'Union, il convient simplement de rappeler que les Etats parties à la Convention européenne sont simplement tenus de la respecter. Cela signifie que « l'ordre public européen (intervient) de façon plus indirecte, sur la base du principe que la fixation par la France de son ordre public ne saurait se faire au détriment d'engagements internationaux auxquels elle a souscrit (...) ou d'obligations qui pèsent sur elles comme imposées par des règles supérieures »²⁴⁰³. Par conséquent, tant Etat partie à la Convention européenne qu'Etat membre de l'Union européenne, la France, comme les autres Etats concernés, doit respecter la Convention européenne sous peine de sanction tant par la CEDH que par la CJUE. En d'autres termes, les droits de l'Homme constituant des droits fondamentaux vont donc nécessairement intégrer l'ordre public international de chaque Etat européen²⁴⁰⁴. Ainsi, est consacré un ordre public européen, lequel « prime bel et bien le droit

²³⁹⁸ Cf. *supra* § 359 et s.

²³⁹⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 388.

²⁴⁰⁰ M. Forteau, *op. cit.*, § 46.

²⁴⁰¹ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *RTD civ.* 2000, p. 944, obs. J. Raynard ; *RCDIP* 2000, p. 481, note H. Muir-Watt ; *JDI* 2001, p. 690, obs. A. Huet ; *RSC* 2000, p. 686, note L. Idot.

²⁴⁰² M. Forteau, *op. cit.*, § 46.

²⁴⁰³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 388.

²⁴⁰⁴ Voir en ce sens : P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *op. cit.*, p. 651 : « L'expression « ordre public européen » signifie d'abord un ordre public que chaque Etat européen fait sien ; à ce titre, il s'intègre dans l'ordre juridique de l'Etat, et plus particulièrement, dans sa catégorie des principes d'ordre public international ».

interne des Etats membres », et « à ce titre, il est légitime de considérer que les juridictions internes sont dans l'obligation (...) d'en faire respecter le contenu par les personnes privées »²⁴⁰⁵.

1756. La dangerosité de l'ordre public européen à l'égard du droit des conflits de lois. Indéniablement s'est donc mis en place un ordre public international européen. De cette façon, il pourrait alors être considéré que, si cet ordre public n'est pas universel, il est tout de même régional, ce qui permettrait ainsi de limiter son recours. En effet, si le contenu de l'ordre public international est commun sur tout le territoire européen, il pourrait être considéré que son emploi sera très restreint sur le territoire européen d'une part, et d'autre part, sera plus prévisible à l'égard des Etats tiers. Par conséquent, la création de ce nouvel ordre public aurait pour objet de participer à la création d'une véritable communauté juridique en droit des conflits de lois. Pourtant, certains auteurs soutiennent une position inverse, et notamment le Professeur Lequette²⁴⁰⁶. En effet, il pourrait être considéré qu'en recourant à un ordre public international européen, « une loi étrangère (soit) écartée dès lors qu'elle ne connaît pas tel ou tel droit de l'homme, la décision rendue sur le fondement de cette loi constituant nécessairement la violation de ce droit et par là même de l'ordre public »²⁴⁰⁷. En d'autres termes, « la crainte de certains, aujourd'hui, est que tout devienne « droit de l'homme » »²⁴⁰⁸ puisque « certains droits inconnus des systèmes juridiques il y a peu encore, du jour au lendemain, sont susceptibles de devenir des normes fondamentales auxquelles il n'est pas possible de déroger »²⁴⁰⁹. Par conséquent, le recours à l'ordre public international européen serait dangereux puisqu'il conduirait à évincer à la fois automatiquement et au maximum la loi étrangère compétente²⁴¹⁰. « Le danger est celui de l'absolutisme ou de

²⁴⁰⁵ M. Forteau, *op. cit.*, § 47.

²⁴⁰⁶ Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *Dalloz* 1997, p. 75.

²⁴⁰⁷ E. Fohrer, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'ordre public international français*, Mémoire, Paris 2, Bruylant, 1999, § 107.

²⁴⁰⁸ *Ibid.*, § 108.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*, § 107.

²⁴¹⁰ Pour aller plus loin, voir en ce sens : T. Vignal, *op. cit.*, § 184 : « Cette intégration (des sources européennes) ne se fait pas toutefois sans difficultés, pour plusieurs raisons. D'abord parce que le caractère relativement vague de ces droits fondamentaux permet de les invoquer à tout propos ; il y a alors un risque d'absolutisme, toute loi étrangère considérée comme contraire à l'un de ces droits étant susceptible d'être évincée » ; « Ensuite, parce qu'il y a eu parfois la tentation d'appliquer directement les textes de la Convention européenne des droits de l'homme, sans même examiner le contenu de la loi étrangère ; le risque est alors que le juge se borne à constater l'applicabilité du droit fondamental en cause et impose son application sans même tenir compte des circonstances de l'espèce. On s'éloigne alors sensiblement à la fois de la technique de l'exception d'ordre public et de son esprit, qui consiste à examiner au cas par cas les dispositions de la loi étrangère ainsi que le résultat que produirait leur application, pour lui opposer ou non l'exception d'ordre public. Celle-ci est imprégnée d'un esprit de relativisme qui est quelque peu absent des droits fondamentaux de source européenne ».

l'impérialisme des droits fondamentaux »²⁴¹¹. Or, ceci serait de nature « à l'emporter sur l'esprit d'ouverture du droit international privé, qui s'exprime, précisément, dans toutes ses nuances, au travers de la variabilité de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international »²⁴¹². C'est pourquoi afin de ne pas se diriger vers un recours mécanique à l'exception dont le contenu serait trop extensible, il convient d'encadrer son champ d'application tant matériel que spatial. De cette façon, le droit des conflits de lois sera davantage respecté. Or, il semblerait que la jurisprudence s'évertue à répondre de ces exigences.

b) Le droit des conflits de lois garanti par l'ordre public européen de proximité

1757. L'absence d'éviction automatique de la loi étrangère. S'il a pu être soutenu que l'ordre public européen peut conduire à évincer de manière répétitive toute loi étrangère, tel n'est pas véritablement le cas. En effet, au regard de la jurisprudence européenne, ainsi que de la jurisprudence interne, il apparaît que l'ordre public européen n'a pas conduit à une éviction systématique de la loi étrangère.

1758. Un champ matériel européen encadré. D'une part, si le contenu de l'ordre public européen peut se voir reprocher d'être évolutif, son actualité et sa variabilité lui sont consubstantielles. Le propre de l'ordre public international est d'être évolutif dans la mesure où l'ordre public international renvoie aux valeurs considérées comme fondamentales à une époque donnée. C'est pourquoi il semble difficile de considérer la critique selon laquelle, le contenu de l'ordre public international serait mouvant. Par conséquent, si au regard de la jurisprudence de la CEDH, de nouveaux droits sont protégés, ce n'est que la conséquence d'une évolution sociétale de la communauté européenne dans son ensemble. De plus, la jurisprudence européenne « tend à préciser le contenu des droits inscrits dans le texte de la Convention ». C'est pourquoi celle-ci « doit faire l'objet d'une attention particulière par le juge national confronté à une norme étrangère dont il doute de sa conformité avec les valeurs considérées comme essentielles par son for, parce qu'elle peut constituer pour lui d'utiles informations afin d'apprécier cette norme »²⁴¹³. Par conséquent, grâce à l'encadrement procuré par la jurisprudence européenne, tout droit n'a pas vocation à devenir droit de

²⁴¹¹ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 83.

²⁴¹² M. Forteau, *op. cit.*, § 25.

²⁴¹³ E. Fohrer, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'ordre public international français*, *op. cit.*, § 114.

l'homme et à intégrer l'ordre public international européen. De cette façon, celui-ci est du mieux possible encadré quant à son champ d'application matériel.

1759. Un emploi mesuré par l'effet atténué. D'autre part, l'ordre public européen étant envisagé comme l'ordre public interne, c'est-à-dire en tant que mécanisme exceptionnel, fonctionne de manière identique. Ainsi, la jurisprudence européenne « a admis que la Convention européenne des droits de l'Homme ne pouvait pas toujours jouer dans son effet plein et pouvait, dans certaines circonstances, avoir un effet atténué »²⁴¹⁴. En d'autres termes, cela signifie que l'ordre public européen est relativisé, tout comme l'ordre public interne, chaque fois que sa réaction serait trop grande à l'égard de droits valablement acquis à l'étranger. De cette façon, l'ordre public européen, tout comme l'ordre public interne, ne peut constituer un automatisme puisque sa réponse peut varier selon l'intensité du trouble causé à l'ordre public.

1760. La sollicitation d'un ordre public de proximité européen. Néanmoins, il a pu être considéré que la meilleure façon d'employer l'ordre public international sans que celui-ci ne devienne mécanique et dans l'objectif qu'il respecte au plus la méthode conflictuelle consiste à recourir au principe de proximité²⁴¹⁵. Or, le Professeur Hammje a émis l'idée selon laquelle l'ordre public international devrait faire l'objet d'un affinement depuis l'intégration des droits fondamentaux issus de la Convention européenne. Afin de déclencher l'ordre public international, elle préconise « de partir du droit de l'homme dont la violation est alléguée puis de rechercher quel champ d'application dans l'espace il s'assigne afin d'évincer ou non le droit étranger en principe applicable en vertu de la règle de conflit de lois du for »²⁴¹⁶. Or, le raisonnement proposé par celle-ci semble renvoyer à celui qu'emploie parfois la Cour de cassation lorsqu'elle utilise l'ordre public de proximité.

Ainsi, il s'agit de déterminer en amont, au regard de la valeur fondamentale en cause, quels sont les points de rattachement dans l'espace qui peuvent déclencher l'ordre public

²⁴¹⁴ E. Fohrer, *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'ordre public international français*, *op. cit.*, § 116.

²⁴¹⁵ *Ibid.*, § 82, se référant à : P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Thèse, Paris 1, 1994, Lille : ANRT, 1995, n°798 et s.

²⁴¹⁶ *Ibid.*

international²⁴¹⁷. Toutefois, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble que les rattachements dans l'espace soient plutôt déterminés à l'aune de la catégorie de rattachement en cause que du droit fondamental en lui-même²⁴¹⁸. En vérité, la distinction entre une détermination au regard de la catégorie de rattachement ou de la valeur fondamentale en cause est poreuse. Les deux concepts sont inévitablement liés dans la détermination des rattachements spatiaux. En effet, les catégories de rattachement sont nécessairement liées à certaines valeurs fondamentales. Par conséquent, la détermination des points de rattachement dans l'espace doit tant passer par l'un que l'autre concept. A titre d'exemple, tous les droits fondamentaux relatifs à la personne et à la famille sont nécessairement liés à la catégorie de rattachement du statut personnel. Par conséquent, il peut être supposé à bon droit que la proximité de la situation, en tant que condition de déclenchement de l'ordre public international, sera déterminée sans doute en tenant compte du domicile et de la nationalité²⁴¹⁹.

1761. Vers la consécration d'un ordre public européen par la Cour de cassation.

En outre, quoi qu'il en soit, il semble effectivement que l'ordre public européen ne devrait pouvoir être déclenché que lorsqu'il existe une véritable proximité avec le territoire d'un Etat membre. De cette façon, sa fonction exceptionnelle serait maintenue et préserverait davantage le respect de la méthode conflictuelle²⁴²⁰. Or, il pourrait être considéré que la jurisprudence de la Cour de cassation participe à faire de l'ordre public européen, un ordre public de proximité. En effet, dans un arrêt du 4 juillet 2018, la Cour de cassation a considéré qu'« une répudiation prononcée en Algérie est contraire à l'ordre public international dès lors que les époux de nationalité algérienne sont domiciliés sur le territoire d'un Etat contractant, même s'ils sont

²⁴¹⁷ Voir en ce sens : P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997, p. 2, laquelle expose cette thèse qui préconise d'adapter le fonctionnement de l'ordre public international « aux nécessités de la défense des droits fondamentaux. Or cette adaptation se fera directement à partir des exigences des principes fondamentaux, celles-ci dictant la mesure de la modulation à apporter aux conditions de déclenchement. La principale conséquence de cette approche se manifeste au stade de l'appréciation des liens avec le for. En effet, l'*Inlandsbeziehung* ne devra pas être déterminée de façon générale et abstraite, mais découler de ce que postule le droit fondamental lui-même. Il ne suffira donc pas d'examiner la situation en elle-même et les différents points de contact qu'elle présente avec le for, pour en retenir un, telle la nationalité. Il faut partir du droit fondamental dont la violation est alléguée et rechercher quel champ d'application dans l'espace il s'assigne ».

²⁴¹⁸ Cf. *supra* § 926 et s.

²⁴¹⁹ Cf. *supra* § 871 et s. et § 1735.

²⁴²⁰ Cf. *supra* § 1672.

séparés »²⁴²¹. « Ce faisant, la Cour de cassation consacre l'existence d'un ordre public européen de proximité »²⁴²².

1762. Une consécration favorable à l'idéologie conflictualiste. La consécration d'un ordre public européen de proximité par la Cour de cassation doit être félicitée. En effet, de cette façon, la jurisprudence française invite à la construction d'un ordre public européen affiné dont le déclenchement est conditionné d'une proximité prédéterminée avec le territoire d'un Etat membre. Ainsi, la jurisprudence respecte la fonction exceptionnelle du mécanisme tendant à n'être déclenché que lorsqu'il existe concrètement un lien suffisant avec l'ordre juridique en cause. De plus, elle participe à la création d'une véritable communauté de droit au sein de laquelle la règle de conflit sera mieux préservée. En effet, il semble parfaitement logique que toute loi étrangère contraire à un droit de l'homme européen soit écartée dès lors qu'il existe une proximité avec le territoire d'un Etat membre puisque, quel que soit ce territoire, celui-ci usera du mécanisme de l'ordre public international. En d'autres termes, la solution demeurera inchangée, quel que soit l'ordre juridique national européen en cause. Par conséquent, l'instauration d'un ordre public de proximité participe véritablement à la création d'une communauté de droit au sein de laquelle l'ordre public international n'est déclenché qu'à la condition de présenter un véritable lien avec cette communauté. De cette manière, l'ordre public international demeurera exceptionnel, mais permettra surtout un plus grand respect de la règle de conflit. Il pourrait même être envisagé que le recours à l'ordre public international soit exclu à terme par les ordres juridiques nationaux européens dès lors qu'est appliquée une loi européenne. Ainsi, l'ordre public européen de proximité participe à une universalisation du droit des conflits de lois en Europe, tendant à favoriser le respect de la règle de conflit. D'ailleurs, le Professeur Hammje l'avait déjà perçu puisque celle-ci considérait que « l'affinement de l'exception d'ordre public, s'il est justement compris, contribue à limiter le déclenchement de l'ordre public à la défense de valeurs essentielles et œuvre par là même au développement de solutions d'esprit internationaliste »²⁴²³. Finalement, l'avènement de l'ordre public européen se concilie relativement bien avec l'esprit du droit des conflits de lois puisqu'il tend à favoriser le respect de la discipline grâce à une

²⁴²¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 4 juill. 2018, n°17-16.102, préc.

²⁴²² M. Farge, « Consécration d'un ordre public européen de proximité et répudiation musulmane », *Revue Droit de la famille* n°11, nov. 2018, comm. 270.

²⁴²³ P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.*, § 47.

communautarisation de l'ordre public international. Néanmoins, la mise en place de cet ordre public européen reste à parfaire. C'est pourquoi il soulève certaines difficultés.

B. UNE EXCEPTION REGIONALE LIMITEE PAR LA SAUVEGARDE DES ORDRES PUBLICS NATIONAUX

1763. Malgré les nombreux avantages que procure la consécration d'un ordre public européen notamment eu égard à la méthode conflictuelle, il fait également état de nombreux défauts tendant à réformer son emploi. En effet, principalement, l'ordre public européen se concilie difficilement avec l'ordre public national, ce qui provoque une certaine dénaturation du mécanisme (1). C'est pourquoi afin de résoudre cette difficulté, il doit être considéré que le maintien de l'ordre public international interne, qui s'impose naturellement, s'avère indispensable pour garantir une application juste de l'exception (2).

1) La conciliation imparfaite de l'ordre public européen avec l'ordre public interne

1764. Si l'apparition d'un ordre public européen présente de nombreux avantages, son recours reste toutefois limité dans la mesure où il ne se concilie pas toujours parfaitement avec les ordres publics nationaux. D'une part, l'identification des droits fondamentaux de la Convention européenne peut provoquer des conséquences néfastes pour les ordres juridiques nationaux dans la mesure où elle conduit parfois à une fragmentation juridique ou à des incompatibilités juridiques (a). D'autre part, la force contraignante des droits fondamentaux européens invite malheureusement à imposer aux ordres juridiques nationaux une hiérarchisation entre ces droits et leurs principes nationaux considérés comme fondamentaux (b).

a) La difficile identification des droits fondamentaux de la Convention européenne

1765. La persistance de lacunes quant au contenu de la Conv. EDH. L'ordre public européen, conçu sous l'angle de l'ordre public de proximité, peut constituer un outil adapté en droit des conflits de lois puisqu'il exclurait tout absolutisme des droits fondamentaux et préserverait *a maxima* la méthode conflictuelle. Cependant, certaines difficultés demeurent quant au contenu des droits fondamentaux prévus par la Convention européenne. « En effet, malgré les efforts des rédacteurs de la Convention européenne des droits de l'Homme, cette dernière demeure il est vrai, encore lapidaire en raison de l'énoncé souvent très général des droits qu'elle entend protéger ». Ainsi, en raison de ce caractère lacunaire qui lui est imputée, la Convention européenne ne se suffit pas à elle-même pour établir le contenu de l'ordre public international européen. C'est notamment la raison pour laquelle, il a pu lui être opposé le reproche de l'absolutisme. Or, si le contenu de l'ordre

public international est variable parce qu'évolutif, il doit autant que possible demeurer identifiable. Fort heureusement, la jurisprudence européenne s'emploie à établir les contours des droits fondamentaux que protège la Convention européenne²⁴²⁴. Pour autant, si la jurisprudence se hâte à cette rude tâche, des difficultés demeurent. En effet, d'un droit fondamental, d'autres en découlent. Par exemple, du droit au respect de la vie privée et familiale émane un droit à la détermination de soi pour les transsexuels. Cela signifie que chaque droit contenu par la Conv. EDH peut englober d'autres droits fondamentaux qui ne peuvent être découverts que par la jurisprudence européenne. Or, il semble qu'il s'agisse de la limite du système.

1766. La fragmentation juridique consécutive. Il ne faut pas oublier que l'ordre public international est mis en œuvre par les juges nationaux et non par les juges européens. Par conséquent, cela signifie que les juges nationaux sont astreints à faire respecter les droits fondamentaux tels que conçus par la Conv. EDH et sa jurisprudence, mais sont également contraints par l'imprécision des droits fondamentaux tels qu'ils sont conçus par le texte. En pratique, cela pourrait donc engendrer une certaine fragmentation juridique tendant à des applications différentes de certains droits fondamentaux par chaque ordre juridique national, chaque fois que la jurisprudence européenne ne s'est pas prononcée à ce propos²⁴²⁵. De cette façon, la communauté de droit européenne propre aux droits fondamentaux serait remise en cause et les bienfaits de l'ordre public européen relativement réduits.

1767. L'acceptation de situations intolérables aux yeux du for. *A contrario*, cela signifie également que le contenu des droits fondamentaux ne pourrait plus être déterminé que par la jurisprudence européenne, à laquelle serait subordonné chaque juge national. Or, il semble que tel soit déjà le cas puisque la jurisprudence européenne a pu condamner à plusieurs reprises ses Etats membres en considérant qu'il ne respectait pas l'un des droits fondamentaux prévus par la Convention, à tout le moins de la manière dont la jurisprudence l'entend. Ainsi, « il en résulte que les Etats perdent progressivement leur souveraineté dans la gestion des rapports privés internationaux, puisqu'ils sont parfois contraints d'accueillir des situations créées à l'étranger, essentiellement au nom du droit au respect de la vie privée

²⁴²⁴ Cf. *supra* § 1757.

²⁴²⁵ Voir en ce sens : S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP* 2002-2004, spéc. p. 70 : « Si les mécanismes d'ordre public et de lois de police sont prolongés dans l'ordre communautaire, leur substance est par là-même modifiée par cette prolongation. Dès lors, en adoptant un point de vue purement national, les mécanismes d'ordre public et de lois de police sont perturbés par l'ordre communautaire et il en résulte un désordre conceptuel puisque sous le même terme, la réalité du mécanisme est différente ».

consacrée par l'article 8 de la Convention européenne, alors même que ces situations portent atteinte à l'ordre public international du for »²⁴²⁶. C'est notamment le cas de la gestation pour autrui qui peut désormais produire effet en France²⁴²⁷ alors que celle-ci est interdite sur le territoire français considérant qu'elle est contraire à l'indisponibilité du corps humain qui constitue une valeur fondamentale en droit français. En outre, cela implique que la dépendance de l'ordre public interne à l'égard de l'ordre public européen conduit d'une part à une perte de souveraineté, mais surtout et d'autre part, à tolérer des situations inacceptables aux yeux de l'ordre juridique saisi. Finalement, en procédant de la sorte, la jurisprudence européenne tend à unifier le contenu de ses droits, mais au détriment des conceptions de l'ordre international public du for.

1768. La mauvaise conciliation entre l'ordre public européen et les ordres publics nationaux. En d'autres termes, la mise en place de l'ordre public européen est limitée puisque ce dernier se concilie relativement mal avec l'ordre public national. En effet, il peut entraîner une fragmentation juridique au sein des différents Etats membres à raison de l'imprécision imputable à ses droits fondamentaux, comme il peut entraîner des incompatibilités juridiques au sein d'un ordre juridique. C'est pourquoi il est possible de douter du recours à un ordre public régional, d'autant plus qu'il peut également créer un problème spécifique de hiérarchie entre les droits fondamentaux.

b) La hiérarchisation des droits contraire à la fonction de l'ordre public international

1769. L'apparition d'une hiérarchisation des valeurs fondamentales. Plus particulièrement, si la création de l'ordre public européen peut engendrer de véritables incompatibilités juridiques au sein d'un même ordre juridique, elle a pour conséquence d'entraîner une certaine hiérarchie parmi les droits fondamentaux. Or, l'ordre public international a vocation à protéger les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for. Par conséquent, « ce mécanisme, tel qu'il est compris par le droit français, a vocation à assurer le respect de toute norme en vigueur en France, quel que soit son niveau dans la hiérarchie »²⁴²⁸. En d'autres termes, l'ordre public international a pour fonction d'assurer le respect de toutes les valeurs qu'il considère fondamentales. Cependant, en matière de droit au respect de la vie

²⁴²⁶ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 89.

²⁴²⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France et Labassée contre France*, aff. 65192/11 et aff. 65941/11, préc.

²⁴²⁸ P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *op.cit.*, p. 651.

privé²⁴²⁹ et notamment de gestation pour autrui, la jurisprudence européenne est venue remettre en cause ce postulat.

1770. L'exemple de la gestation pour autrui. En effet, la jurisprudence de la CEDH, notamment depuis les arrêts *Mennesson et Labassée*²⁴³⁰, considère que la filiation biologique d'enfants nés d'une gestation pour autrui valable à l'étranger doit pouvoir être transcrite sur les registres d'état civil des Etats membres de l'Europe. Plus précisément, elle considère que le refus de transcrire la filiation biologique consiste en une violation du droit au respect de la vie privée prévu par l'article 8 de la Convention européenne dans la mesure où la filiation biologique « relève de l'identité d'être humain »²⁴³¹. De plus, la CEDH dans ces arrêts rappelle qu'il relève de « l'intérêt supérieur de l'enfant » de voir sa filiation biologique établie et reconnue par toute autorité étatique²⁴³². Cependant, antérieurement à cette jurisprudence de la CEDH, la Cour de cassation a refusé de transcrire la filiation biologique d'enfants nés d'une gestation pour autrui valable à l'étranger en considérant que l'ordre public international s'y opposait²⁴³³. En effet, le droit français prévoit à l'article 16-7 du Code civil le principe d'indisponibilité du corps humain lequel fait *a priori* partie de l'ordre public international français. Or, postérieurement aux jurisprudences *Mennesson et Labassée*, la Cour de cassation a été contrainte de revoir sa position le 3 juillet 2015²⁴³⁴ pour faire droit à la

²⁴²⁹ H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (les formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé, *op. cit.*, § 205, à propos du droit au respect de la vie privée : « Ce dernier tandem exerce une influence radicale sur l'orientation des politiques des Etats membres en matière personnelle et familiale, puisque tout droit conféré (ou obligation imposée) par la législation de l'un d'eux doit l'être à l'ensemble des bénéficiaires (ou destinataires) potentiels, sauf raison « particulièrement solide et convaincante » : la marge d'appréciation nationale est étroite dès lors qu'une différence de traitement est en jeu. C'est par ce biais qu'ont accédé à la reconnaissance sociale diverses catégories de personnes définies par leur situation inégalitaire : les transsexuels, les enfants privés de filiation et de nationalité, des adoptants de même sexe... des conquêtes qui signalent toutes des évolutions de la perception sociale de l'égalité. Ce qu'il importe en revanche de constater à présent, précisément au regard de ce dernier point, c'est que même sous la forme des droits de l'homme, on est loin de l'universalité imaginée de la justice » ; § 206 : « En effet, protéger une valeur au nom de ces droits, c'est aussi encourir le risque de procéder à une forme de normalisation sociale, tout en occultant au demeurant d'autres solidarités. Il y a là la conséquence de la vocation exclusive des droits de l'homme (bien au-delà du seul contexte régional européen) à incarner désormais « la dernière utopie politique » ».

²⁴³⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France et Labassée contre France*, aff. 65192/11 et aff. 65941/11, préc.

²⁴³¹ J. Guillaumé, *op. cit.*, § 92.

²⁴³² *Ibid.*

²⁴³³ Cass., Civ. 1^{ère}, 6 avr. 2011, n°10-19.053, préc.

²⁴³⁴ Cass., Ass. pl., 3 juill. 2015, n°15-50.002 et n°14-21.323, *AJ fam.* 2015, p. 364, note A. Dionisi-Peyrusse ; *Dalloz* 2015, p. 1773, note D. Sindres, p. 1481, note S. Bollée, p. 1819, note H. Fulchiron et p. 1919, note Ph. Bonfils ; *Dalloz* 2016, p. 674, note M. Douchy-Oudot, p. 1045, note H. Gaudemet-Tallon et p. 857, note F. Granet-Lambrechts ; *RCDIP* 2015, p. 885 ; *RTD civ.* 2015, p. 581, note J. Hauser ; *JDI* 2016, p. 105, note J. Guillaumé ; *Dalloz* 2015, p. 1819, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon.

transcription de filiations biologiques d'enfants nés d'une gestation pour autrui valable à l'étranger.

1771. Une hiérarchie entre les valeurs fondamentales françaises et européennes.

La Cour de cassation en s'alignant sur la position de la CEDH, parce qu'elle y est contrainte, opère une hiérarchie parmi les valeurs fondamentales défendues par l'ordre public international français. En d'autres termes, il semblerait que le droit au respect de la vie privée prime sur le principe d'indisponibilité du corps humain. Par conséquent, il n'est plus possible de considérer que l'ordre public international a pour fonction de faire respecter les droits fondamentaux sans qu'aucune hiérarchie ne soit opérée entre ces droits. En effet, l'exemple de la gestation pour autrui en atteste. Finalement, le mécanisme de l'ordre public international est en quelque sorte dénaturé puisqu'il n'a plus pour objet de permettre le respect de toutes les valeurs considérées comme fondamentales par l'ordre juridique saisi sans engendrer de hiérarchie. En réalité, ce phénomène est dû à l'existence de deux ordres juridiques distincts c'est-à-dire l'ordre public européen et l'ordre public interne. Tant que ces deux ordres juridiques seront distincts, apparaîtront nécessairement ce type de difficultés. Par conséquent, pour que la fonction du droit des conflits de lois soit respectée, il faudrait soit que l'ordre public européen absorbe entièrement l'ordre public interne, soit que les droits fondamentaux européens se contentent d'intégrer l'ordre public interne tout en laissant à chaque Etat une marge de manœuvre dans la mise en œuvre de son ordre public international.

1772. La conservation exigée des valeurs fondamentales internes au détriment de l'ordre public européen. Vraisemblablement, il ne faut pas oublier que l'ordre public international est d'essence interne et que sa fonction consiste à évincer un trouble à la paix sociale au sein de l'ordre juridique saisi. Or, s'il existe véritablement un ordre juridique européen, il ne peut exister une exception d'ordre public international européenne dans la mesure où le droit des conflits de lois n'est mis en œuvre que par les ordres juridiques nationaux. Par conséquent le mécanisme doit être mis à disposition des ordres juridiques nationaux, lesquels doivent être en mesure de préserver les valeurs qu'ils considèrent comme fondamentales. En effet, il ne faut pas oublier que si l'Europe peut être considérée comme un ordre juridique supranational, il n'en demeure pas moins que chaque Etat qui la compose conserve sa souveraineté. Or, le mécanisme de l'ordre public international est issu de considérations publicistes fondées sur la souveraineté des Etats, lesquels peuvent, à ce titre, écarter toute norme étrangère qui s'avérerait contraire aux valeurs fondamentales qu'ils

prônent. Finalement, cela signifie que si un ordre public européen est en germe, il reste limité, mais devra le demeurer.

2) Le maintien indispensable et naturel de l'ordre public international interne

1773. La construction européenne a pu susciter l'avènement d'un ordre public européen. Cependant, celui-ci ne peut et ne doit pas pour autant conduire à évincer l'ordre public interne. En effet, celui-ci, eu égard à sa fonction spécifique, doit rester national. Ceci s'explique dans la mesure où subsistent des particularismes nationaux propres à chaque Etat, lesquels doivent pouvoir être revendiqués par chacun d'eux au titre de l'ordre public international (a). C'est pourquoi il doit simplement être considéré que les valeurs fondamentales européennes doivent être fusionnées au sein de l'ordre public interne aux côtés des principes considérés comme universels et fondamentaux par l'ordre juridique du for (b).

a) *La subsistance des particularismes nationaux conformément à la nature de l'exception*

1774. L'ordre public national demeurant acteur principal. Si se construit petit à petit un ordre public européen, celui-ci ne pourra en principe jamais évincer l'ordre public interne. La première raison tenant à cela revient à constater que l'acteur principal de l'ordre public international est l'ordre juridique du for c'est-à-dire un ordre juridique national. Par conséquent, dans la mesure où l'ordre public international est déclenché par les juges du fond et en aucun cas par les juges européens, il paraît justifier de considérer que l'ordre public international demeure d'essence nationale.

1775. Un ordre public international conditionné par une conception locale des valeurs fondamentales. La seconde raison tient au fait que, comme l'a établi la Cour de cassation dans l'arrêt *Lautour*²⁴³⁵, l'ordre public interne français n'intervient que « sous la seule réserve de principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeurs internationales absolues ». En d'autres termes, la Cour de cassation, dans sa jurisprudence, établit que l'ordre public international relève d'une conception locale c'est-à-dire purement nationale des valeurs et principes considérés comme fondamentaux et universels. Ainsi, si l'ordre public français est astreint d'intégrer dans son contenu les droits fondamentaux européens, il demeure tout de même libre de la conception qu'il se fait des droits et valeurs considérés comme universels et fondamentaux dans l'application du mécanisme. Or, ceci semble parfaitement logique puisque l'ordre public international a pour

²⁴³⁵ Cass., Civ., 25 mars 1948, *Lautour*, préc.

objectif de répondre à un trouble concrètement effectif au sein de l'ordre juridique saisi. C'est pourquoi il est évident que c'est à l'ordre juridique national de juger du contenu de son ordre public international ainsi que de l'atteinte qui y est portée²⁴³⁶.

1776. La persistance avérée des particularismes nationaux. De plus, l'ordre public européen ne saurait créer un ordre public international complet pour chaque Etat qui compose l'Europe. En effet, dans la mesure où l'Europe, ni même l'Union européenne, ne constituent des ordres juridiques autonomes, chaque Etat, demeurant souverain, conserve ses particularismes nationaux. C'est pourquoi l'ordre public international ne saurait devenir totalement européen. Chaque ordre public interne fait l'objet de différences, puisqu'à raison de l'identité propre de chaque Etat, certains principes peuvent être rangés comme droits fondamentaux pour certains et pas pour d'autres. Par exemple, longtemps la doctrine s'est interrogée sur le fait de savoir si la réserve héréditaire, particularisme du droit français, faisait partie de l'ordre public international français. Or, si la Cour de cassation a récemment tranché le débat par la négative²⁴³⁷, il semble que cette interrogation témoigne de l'existence des particularismes nationaux, lesquels peuvent conséquemment parfois intégrer le rang de l'ordre public international. C'est pourquoi il ne saurait être considéré que l'ordre public européen puisse évincer l'ordre public interne. Plus exactement, pour respecter la nature même du mécanisme, il ne convient pas que l'ordre public international devienne européen. Finalement, il serait préférable d'opérer une fusion entre les deux au profit de l'ordre public interne.

b) La fusion requise des valeurs fondamentales européennes avec l'ordre public interne

1777. La fusion de l'ordre public européen et de l'ordre public interne. L'ordre public européen peut se voir opposer certaines restrictions quant à sa portée. C'est pourquoi il doit vraisemblablement demeurer limité afin de respecter la fonction de l'ordre public international. En effet, chaque État, à raison de sa souveraineté, doit être en mesure de faire respecter les valeurs qu'il considère comme fondamentales. Par conséquent, il serait sans doute préférable d'opérer une fusion entre l'ordre public européen et l'ordre public interne. Réellement, il n'existe pas à proprement parler un ordre public international européen. Ce n'est que le contenu de cet ordre public qui peut être qualifié d'euro-péen. Or, l'effectivité de

²⁴³⁶ Voir en ce sens, Cass., Civ. 1^{ère}, 7 oct. 2015, n°14-14.702, *D. actualité*, 20 oct. 2015, note F. Mélin ; *Dalloz* 2016, p. 1045, note H. Gaudemet-Tallon ; dans lequel la Cour de cassation use de l'ordre public international spécifiquement français en considérant que « n'est pas contraire à l'ordre public international français, l'article 1600, d, du code civil allemand qui ne soumet pas l'exercice de l'action en contestation judiciaire de paternité à un délai de prescription ».

²⁴³⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2017, n°16-17.198 et 16-13.151, préc.

cet ordre public européen est subordonnée à sa mise en œuvre par les ordres publics nationaux. Par conséquent, l'ordre public international demeure interne, mais son contenu est soumis à des sources européennes communes. Ainsi, il doit être établi que l'ordre public international reste national, mais qu'il peut intégrer parmi ses valeurs fondamentales celles de l'Europe lorsqu'il en est membre. De cette façon, le recours à l'ordre public international sera davantage harmonisé sur les territoires européens, mais permettra de maintenir les particularismes nationaux auxquels doit également répondre le mécanisme. L'ordre public international doit donc rester un mécanisme autonome aux mains des ordres juridiques nationaux. En effet, le but de ce mécanisme consiste à stopper tout trouble à la paix sociale qui pourrait se constituer au sein de son ordre juridique. C'est pourquoi il doit toujours être envisagé sous l'angle de l'ordre juridique saisi et non sous l'angle de l'ordre juridique européen.

1778. L'absence de force contraignante de la Conv. EDH à l'égard de l'ordre public international. En outre, il convient de préciser que l'ordre public international, en tant que mécanisme spécifique au droit des conflits de lois, ne devrait pas être confondu avec les droits fondamentaux invocables par tout sujet de droit devant la justice. Par conséquent, si la Conv. EDH peut être intégrée au contenu de l'ordre public international, elle ne devrait pas être contraignante pour les Etats dans le jeu de l'ordre public international, mais uniquement pour ce cas, puisqu'elle peut conduire à de véritables incompatibilités juridiques²⁴³⁸, voire même à valider des situations de fraudes à la loi²⁴³⁹. Cet effet contraignant met parfois en péril la fonction de l'ordre public international alors que celle-ci consiste à protéger l'ordre juridique national. Néanmoins, cette remarque ne s'applique qu'à l'ordre public international en droit des conflits de lois. En aucun cas, il ne s'agit de remettre en cause l'effet direct de la Conv. EDH et ses interventions à l'issue d'un recours individuel.

1779. L'ordre public de proximité national préféré. En vérité, s'il doit être défendu que l'ordre public international doit demeurer interne c'est afin de préserver sa fonction *a maxima*. Plus la fonction de l'exception est préservée, plus son intervention demeure exceptionnelle et cohérente, de la même façon qu'elle préserve au mieux la méthode conflictuelle. Par conséquent, l'avènement de l'ordre public européen procure des avantages incontestables tendant notamment à harmoniser son recours sur les territoires européens, et à

²⁴³⁸ Cf. *supra* § 1763 et s.

²⁴³⁹ Cf. *infra* § 1873.

terme à sa disparition dans le règlement des conflits de lois entre Etats européens. Cependant, ceci ne se produira probablement jamais à raison des particularismes nationaux, lesquels doivent être protégés par le mécanisme puisqu'il s'agit de sa fonction. Ainsi, il doit simplement être espéré que l'ordre public international demeurera un mécanisme national afin que sa mise en œuvre soit toujours nécessaire eu égard au trouble qu'il pourrait engendrer dans l'ordre juridique saisi. De plus, il faut également souhaiter que l'ordre public international tende à terme à devenir un ordre public de proximité afin de justifier d'autant plus son recours. Mais, il peut être envisagé que son contenu tende à s'universaliser autour de droits fondamentaux communs afin de favoriser une harmonie d'application, qui pourra se doubler du principe de proximité avec le territoire européen. De cette façon, la méthode conflictuelle sera mieux préservée malgré l'atteinte que lui portera éternellement l'ordre public international.

1780. L'affinement de l'exception d'ordre public nécessaire par respect de l'égalité de traitement. Finalement, l'ordre public international constitue un mécanisme exceptionnel tendant à infléchir la méthode conflictuelle, et indirectement la neutralité et l'égalité de traitement auxquelles peut prétendre légitimement chaque sujet de droit. Cependant, ce sont des exigences impérieuses qui justifient son recours. En effet, par respect de la paix sociale et de la régularité des situations internationales, il semble qu'il soit inconcevable de contester son recours. De plus, celui-ci s'avère, au vu de ses fonctions, positif pour les sujets de droit puisqu'il leur garantit un traitement régulier de leur situation juridique. En outre, afin de préserver l'égalité de traitement, il convient d'une part que l'emploi de ce mécanisme demeure exceptionnel, notamment en adoptant une approche affinée et circonstanciée, afin que le résultat issu de la règle de conflit soit largement préservé. C'est pourquoi si ses caractères propres doivent être maintenus, il doit nécessairement répondre du principe de proximité et demeurer national. Toutefois, un autre mécanisme exceptionnel peut intervenir au stade de la loi matérielle désignée, à savoir l'exception de fraude à la loi.

SECTION 2 : L'EXCEPTION DE FRAUDE A LA LOI SYMBOLE DU RESPECT DE LA REGLE DE CONFLIT

1781. L'exception de fraude à la loi constitue un mécanisme spécifique et exceptionnel en droit des conflits de lois. Or, contrairement à l'ordre public international, il s'inspire de considérations conflictualistes. C'est pourquoi tant dans son principe que son régime, elle tend à favoriser le respect des règles de conflit et conséquemment de l'égalité de traitement des sujets de droit placés dans une situation internationale identique (sous-section

1). En outre, l'exception a originellement vocation à s'appliquer en matière de conflit de lois dans le but de préserver la bonne application des règles de conflit. Cependant, afin d'assurer une large répression des comportements frauduleux portés à la règle de conflit, l'exception a été élargie en matière d'exécution des jugements. Pourtant, il semblerait que cet élargissement ne suffise pas à garantir une condamnation effective des attitudes frauduleuses. En effet, les illustrations jurisprudentielles attestent d'un certain relâchement en termes de sanction. Par conséquent, et malheureusement, l'extinction de l'exception de fraude à la loi s'est enclenchée (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 : L'EFFECTIVITE DE LA REGLE DE CONFLIT RENFORCEE PAR L'EXCEPTION DE FRAUDE A LA LOI

1782. Face aux comportements frauduleux qui peuvent apparaître dans toute discipline, le droit des conflits de lois a choisi de se doter d'une exception de fraude à la loi afin de sanctionner toute attitude frauduleuse à l'égard de la règle de conflit. Or, cette reconnaissance ne pouvait être qu'inévitable afin de garantir aux sujets de droit la juste application de la méthode conflictuelle (§ 1). Néanmoins, si l'admission de principe du mécanisme et de sa sanction est justifiée, il faut également que son déclenchement réponde de la discipline du droit des conflits de lois. C'est pourquoi sa mise en œuvre est heureusement conditionnée par le conflictualisme afin que l'exception soit à la fois corollaire et garante des règles de conflit (§ 2).

§ 1 – LA FRAUDE A LA LOI INEVITABLEMENT RECONNUE ET REPRIMEE EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS

1783. Le droit des conflits de lois, comme toute autre discipline juridique, est susceptible de fraude de la part des sujets de droit. C'est pourquoi la fraude à la loi a été consacrée en droit des conflits de lois afin de garantir le respect des règles de conflit ainsi que de l'application de la loi matérielle compétente. Par conséquent, sa reconnaissance sous forme d'exception de fraude à la loi ne peut être considérée que bien fondée (A). De plus, cette légitimité se confirme au travers de sa répression. En effet, par souci d'adéquation et d'adaptation à la matière, il a été choisi de recourir à l'inopposabilité. Toutefois, les bienfaits d'une telle sanction sont mis à mal par l'imprécision de son étendue (B).

A. LE BIEN-FONDE DE L'EXCEPTION DE FRAUDE A LA LOI

1784. Contrairement à l'ordre public international, l'exception de la fraude à la loi est bien fondée au regard de la justice conflictuelle. En effet, si elle consiste en une exception à la

méthode conflictuelle, elle tend surtout au respect de la règle de droit normalement applicable. C'est pourquoi il ne peut être que réjouissant que la fraude à la loi soit devenue une exception spécifique en droit des conflits de lois puisqu'elle préserve ses règles (1). Ainsi, en tant que gardienne de la règle de conflit, l'exception de fraude à la loi constitue un corollaire à l'égalité de traitement (2).

1) La fraude à la loi élargie au droit des conflits de lois par respect de ses règles

1785. Traditionnellement, la fraude à la loi est sanctionnée en droit français au regard de l'adage *fraus omnia corrumpit*. Or, ce fondement a fait l'objet d'une extension pour s'appliquer également au droit des conflits de lois (a). De cette façon, est reconnue spécifiquement dans cette discipline, l'exception de la fraude à la loi, laquelle contribue à garantir le résultat issu de la règle de conflit (b).

a) L'extension de l'adage *fraus omnia corrumpit* au droit des conflits de lois

1786. L'adage *fraus omnia corrumpit*. Classiquement, en droit interne, s'applique l'adage *fraus omnia corrumpit*, c'est-à-dire la fraude corrompt tout. Celui-ci « traduit un principe général du droit français » selon lequel « la fraude fait exception à toutes les règles »²⁴⁴⁰. Il est alors question de fraude à la loi « chaque fois que le sujet tente d'interposer entre lui-même et la règle qui doit s'imposer à lui une norme inconciliable avec la première »²⁴⁴¹. Par conséquent, dans la mesure où la fraude a pour objet de déjouer l'application de dispositions législatives normalement applicables, elle doit être réprimée²⁴⁴². Or, il semble que « le vieil adage *fraus omnia corrumpit* coiffe les différentes disciplines juridiques »²⁴⁴³. D'ailleurs, « il fait aussi peu de doute que la fraude à la loi soit inséparable du droit international privé »²⁴⁴⁴.

1787. L'extension de l'adage au droit des conflits de lois. Dans le cadre du droit des conflits de lois, la fraude à la loi consiste à manipuler la règle de conflit afin de se voir appliquer une loi matérielle différente que celle en principe applicable. C'est pourquoi « la

²⁴⁴⁰ B. Audit, *La fraude à la loi*, Thèse, Paris 2, 1971, Dalloz, 1974, § 1.

²⁴⁴¹ *Ibid.*, § 2.

²⁴⁴² Voir en ce sens : P. Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP* 1962, p. 1, exposant que : « La fraude, quelles que soient les circonstances dans lesquelles elle se produit, vicie ce qu'elle atteint. La tricherie n'est jamais tolérable. Son influence ne saurait être limitée à certains domaines, à l'exclusion des autres. Toute situation ne méritant la protection du droit que si elle est saine, c'est-à-dire exacte dans sa réalité et convenable dans sa prétention, les déformations arbitraires qui la défigurent doivent être déjouées à concurrence de la mauvaise foi qui les inspire et des injustices qu'elles causeraient. C'est ainsi que la simulation ne saurait emporter qu'un effet limité et que la fraude n'en saurait emporter aucun ».

²⁴⁴³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 411.

²⁴⁴⁴ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *Rép. intern. Dalloz*, déc. 1998, § 1.

jurisprudence se refuse à admettre que les individus puissent utiliser les règles de conflit aux fins de se soustraire aux dispositions légales de fond normalement applicables »²⁴⁴⁵. Pour cela, la jurisprudence s'emploie à recourir à « l'exception de fraude à la loi » spécifique à la discipline laquelle permet de sanctionner la fraude en recourant à l'inopposabilité. Or, il semble que « la maxime *fraus omnia corrumpit* (...) justifie assez bien l'inefficacité de l'acte frauduleux à laquelle aboutit la mise en œuvre de l'exception de fraude à la loi en droit international privé, et sert de fondement juridique aux décisions sanctionnant la fraude à la loi »²⁴⁴⁶. En d'autres termes, l'extension de l'adage latin du droit interne au droit des conflits de lois est tout à fait justifiée puisqu'il est question de mettre un terme à une situation frauduleuse c'est-à-dire qui ne respecte pas les règles issues du droit des conflits de lois. C'est pourquoi, l'exception de fraude à la loi est admise de longue date²⁴⁴⁷. Elle permet ainsi d'assurer un traitement des situations internationales sécurisé, exempté de toute fraude. Cependant, le recours à cette exception paraît d'autant plus pertinent que celle-ci, contrairement à l'ordre public international, a pour objet de sauvegarder le résultat issu de la règle de conflit.

b) *L'exception de fraude à la loi garante du résultat de la règle de conflit*

1788. La répression de la fraude à la loi en droit des conflits de lois a pour objet de mettre fin à une situation frauduleuse. Cependant, elle a précisément pour but de garantir une application régulière de la méthode conflictuelle. En effet, « les règles de conflit ne doivent pas être utilisées par les particuliers pour échapper aux dispositions légales de fond »²⁴⁴⁸. Par conséquent, la protection qu'assure l'exception de fraude à la loi à la méthode conflictuelle, garantit aux sujets de droit un traitement neutre et égalitaire. Puisque, la bonne application de la règle de conflit est protégée jusqu'à son stade ultime c'est-à-dire l'application de la loi matérielle, alors la méthode conflictuelle n'est pas remise en cause, tout comme les objectifs

²⁴⁴⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 411.

²⁴⁴⁶ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 2.

²⁴⁴⁷ Voir en ce sens : B. Oppéit, Ch. II, S. I, Par. 2, A. « Les adages ou maximes juridiques », *op. cit.* : « La maxime *fraus omnia corrumpit* se présente comme un adage *supra leges* qui exerce son autorité *ad inhibendum*, c'est-à-dire en modifiant, au nom de la morale, le fonctionnement normal de l'ordre juridique; on est ici aussi en présence d'une maxime d'origine savante et sans doute très ancienne: un fragment d'Ulpien, au Digeste, envisage la fraude fiscale, et un texte de Beaumanoir, au XI^e siècle, traite de la fraude à propos des conventions de mariage, et paraissent déjà rattacher ces applications à un principe général. C'est au droit international privé qu'est revenu, dans les temps modernes, d'apporter une consécration solennelle à l'adage en introduisant la théorie de la fraude à la loi pour paralyser toute modification volontaire d'un rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente ».

²⁴⁴⁸ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 370.

qui la gouvernement. Ainsi, il semble que l'exception de fraude à la loi garantisse au mieux l'égalité de traitement.

2) L'exception de fraude à la loi corollaire de l'égalité de traitement

1789. L'exception de fraude à la loi constitue un mécanisme spécifique au droit des conflits de lois dont la fonction consiste à préserver le résultat issu de la règle de conflit. C'est pourquoi cette exception joue quelle que soit la loi matérielle désignée c'est-à-dire tant la loi du for que la loi étrangère (a). De cette façon, chaque loi est traitée sur un même pied d'égalité, ce qui conduit nécessairement à traiter chaque sujet de droit de manière équivalente, peu importe la loi compétente (b).

a) La répression équitable de la fraude à la loi du for et à la loi étrangère

1790. Une sanction anciennement cantonnée à la fraude à la loi du for. Si l'exception de fraude à la loi vise à garantir le résultat issu de la règle de conflit, il faut toutefois que sa sanction s'applique tant à l'égard d'une fraude à la loi du for qu'à la loi étrangère²⁴⁴⁹. Or, il a pu être considéré qu'« en droit international privé, l'exception de fraude à la loi ne joue pas normalement en faveur d'une loi étrangère »²⁴⁵⁰. En effet, une telle limitation de la fraude à la loi avait été admise par la Cour de cassation dans l'arrêt *Mancini*²⁴⁵¹ à propos d'une Italienne qui s'est fait naturaliser française pour échapper à la prohibition du divorce consacrée à l'époque par la loi italienne »²⁴⁵². Par conséquent, en droit des conflits de lois, l'exception de fraude à la loi ne pouvait être invoquée qu'à l'encontre d'une fraude à la loi du for. Or, il semblerait que cette jurisprudence soit parfaitement critiquable au regard de la discipline même du droit des conflits de lois.

1791. La sanction de la fraude à la loi française et à la loi étrangère nécessitée dans un système bilatéral. Il convient de rappeler que « chaque droit national, subissant la concurrence des lois étrangères, est susceptible d'être évincé par le recours frauduleux à l'une

²⁴⁴⁹ Voir en ce sens : P. Louis-Lucas, « La fraude à la loi étrangère », *op. cit.*, p. 1, précisant notamment que : « il n'y a pas à distinguer entre fraude à la loi française et fraude à la loi étrangère, entre fraude envers tel ou tel droit positif, et même entre fraudes envers des règles juridiques formulées dans des lois ou envers des exigences juridiques moins nettes comme celles qui résultent de coutumes, moins fermes, comme celles qui résultent de jurisprudences, ou moins discernables, comme celles qui résultent des principes généraux du droit. Car ces variétés révèlent seulement que la notion de fraude est si fondamentale qu'elle pénètre les divers milieux juridiques pour y exercer une semblable action. Et c'est cette action qui compte ».

²⁴⁵⁰ B. Audit, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, § 11.

²⁴⁵¹ Cass., Civ. 1^{ère}, 5 fév. 1929, S. 1930, 1, p. 81, note Audinet ; *JDI* 1929, p. 1258.

²⁴⁵² Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 415.

d'elles »²⁴⁵³. De plus, le droit des conflits de lois a pour objet de trancher, par le biais d'une méthode conflictuelle bilatérale, sur la compétence de ces lois en concurrence. Or, « dans un système de droit international privé qui, comme le système français, s'exprime en premier chef sous forme de règles de conflit bilatérales, il serait peu cohérent de rester indifférent devant la violation délibérée des lois étrangères »²⁴⁵⁴. En effet, dans la mesure où le bilatéralisme peut conduire indifféremment à désigner la loi du for ou la loi étrangère, il semblerait plus logique de considérer que l'exception de fraude à la loi puisse être retenue tant à l'égard de l'une que de l'autre²⁴⁵⁵. En ne retenant que la fraude à la loi du for, la discipline du droit des conflits de lois perd de son intérêt puisque son résultat n'est pas véritablement préservé. En d'autres termes, seule l'application de la *lex fori* est protégée. Or il semblerait que cette démarche s'inscrive dans une approche unilatéraliste, laquelle se concilie mal avec le bilatéralisme. Néanmoins, il semblerait que cette jurisprudence ait pu se justifier à l'époque dans la mesure où la loi étrangère n'était pas encore considérée comme l'égale de la loi du for²⁴⁵⁶.

Depuis lors, certains « auteurs préconisent la prise en considération de la fraude à la loi étrangère »²⁴⁵⁷. En effet, comme l'a affirmé Maury, « la notion de fraude à la loi joue de façon générale, quelle que soit la loi contre laquelle la fraude est dirigée »²⁴⁵⁸. Cette position doctrinale se justifie dans la mesure où la position jurisprudentielle n'était pas « satisfaisante dans l'optique d'un aménagement harmonieux des relations internationales »²⁴⁵⁹. Ainsi, « l'objet même de la discipline des conflits de lois étant d'assurer la coexistence harmonieuse des lois nationales en attribuant à chacune les situations qui lui reviennent, il serait en soi difficilement justifiable de rester par principe indifférent devant la violation délibérée des lois

²⁴⁵³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 305.

²⁴⁵⁴ B. Audit, « Fraude à la loi », *J.-Cl. Droit international*, 20 déc. 2006, Fasc. 535, § 16.

²⁴⁵⁵ Voir en ce sens : G. de La Pradelle, « La fraude à la loi », *TCFDIP 1971-1973*, p.117-145 : « Lorsqu'il s'agit de réprimer la fraude, la logique du système français interdit de distinguer entre loi du for et loi étrangère car ce système utilise des règles de conflit bilatérales qui sont l'unique voie d'accès à la loi compétente : ainsi, au moment où se pose le problème de la fraude, c'est-à-dire, dans chaque cas d'espèce, lorsque l'on examine la réalité des éléments de rattachement, on ne peut pas légitimement savoir si la loi applicable est ou non étrangère ; dans ces conditions, la loi immédiatement fraudée n'est pas la loi interne qui sera « découverte » au terme du raisonnement, mais la disposition de conflit dont les points de rattachement ont été manipulés et le remède à la fraude réside dans le caractère impératif que l'on reconnaîtra à cette disposition de conflit ».

²⁴⁵⁶ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 415.

²⁴⁵⁷ B. Audit, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, § 12.

²⁴⁵⁸ J. Maury, P. II, § 3 « Effet et portée de la fraude à la loi », in *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, *op. cit. spéc.* p. 169.

²⁴⁵⁹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 415.

étrangères »²⁴⁶⁰. Par conséquent, dans une approche bilatéraliste du traitement des situations internationales, il est nécessaire de reconnaître l'exception de fraude à la loi tant à l'égard de la loi du for que de la loi étrangère. Il s'agit, en réalité, de prolonger le principe selon lequel loi du for et loi étrangère sont traitées sur un même pied d'égalité.

1792. Une sanction équivalente de la fraude à la loi du for et à la loi étrangère.

C'est pourquoi la Cour de cassation a modifié sa position dès lors qu'elle a considéré que la loi étrangère était l'égale de la *lex fori*. Désormais se manifeste « une tendance très nette de nos tribunaux à accueillir l'exception de fraude à la loi étrangère au moins dans l'hypothèse où la fraude consiste à éluder la loi étrangère normalement compétente au profit non de la loi française, mais d'une autre loi étrangère »²⁴⁶¹. Par exemple, a pu être retenue une fraude à la loi étrangère dans le cadre d'une adoption par un Français d'un enfant Brésilien²⁴⁶² ou encore Marocain²⁴⁶³. Or, cette nouvelle position de la jurisprudence de la Cour de cassation ne peut être que félicitée dans la mesure où elle permet de respecter la méthode conflictuelle bilatérale, mais plus précisément où elle assure à la loi du for et à la loi étrangère un traitement similaire. De cette façon, l'exception de fraude à la loi favorise l'égalité de traitement des sujets de droits.

b) Du traitement égalitaire des lois à celui des sujets de droits

1793. Une sanction garante de l'égalité de traitement des situations internationales. En réprimant tant la fraude à la loi du for qu'à la loi étrangère, ces lois sont traitées sur un même pied d'égalité conformément aux préceptes qui gouvernent le bilatéralisme. Plus encore, ce traitement équivalent des lois conduit nécessairement à un traitement égalitaire des sujets de droit placés dans une situation internationale identique. En effet, quelle que soit la loi désignée applicable, celle-ci sera protégée par l'exception de fraude à la loi. Aucune distinction ne sera opérée selon qu'il s'agisse de la loi du for ou de la loi étrangère. Par conséquent, l'exception de fraude à la loi tend, une nouvelle fois, à garantir l'égalité de traitement.

1794. Une égale sanction justifiée par une discipline incitatrice à la fraude. De plus, il paraît d'autant plus justifié de retenir que l'exception de fraude à la loi joue quelle que soit la loi matérielle désignée dans la mesure où « c'est dans les rapports internationaux que

²⁴⁶⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 305.

²⁴⁶¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 415.

²⁴⁶² CA Paris, 19 sept. 1995, *RCDIP* 1996, p. 112, note H. Muir-Watt.

²⁴⁶³ CA Nouméa, 25 juin 2012, n°11/579.

(la fraude) est le plus à craindre en raison du phénomène de la frontière »²⁴⁶⁴. En effet, « les individus à la recherche d'un moyen de se soustraire à l'application d'une loi impérative qui les contrarie ne manqueront pas d'envisager les possibilités qu'offrent les lois étrangères »²⁴⁶⁵. C'est pourquoi « la fraude à la loi trouve son domaine d'élection en le droit international privé » puisqu'« ensemble le droit des conflits de lois et la fraude à la loi trouvent leur principale raison d'être un même phénomène : la multiplicité internationale des lois de droit privé »²⁴⁶⁶. Ainsi, dans la mesure où le droit international privé, et particulièrement le droit des conflits de lois, constitue le terrain le plus favorable à la fraude à la loi, eu égard à toutes les lois qu'il peut solliciter, il paraît d'autant plus sérieux de considérer que la fraude à la loi soit sanctionnée, quelle que soit la loi en cause. En d'autres termes, cela permet de garantir une certaine sécurité juridique aux sujets de droit dans le traitement de leur situation internationale et plus particulièrement d'être traités de manière équivalente, quelle que soit la loi applicable. Néanmoins, si l'exception de fraude à la loi respecte, dans son principe, la méthode conflictuelle bilatérale, ainsi que l'égalité de traitement des sujets de droit, il convient de vérifier que sa sanction s'y engage aussi.

B. L'INOPPOSABILITE : UNE SANCTION ADAPTEE A PEAFINER QUANT A SON REGIME

1795. Si le mécanisme de l'exception de fraude à la loi constitue un outil de protection de la méthode conflictuelle, sa sanction s'avère spécifique en droit des conflits de lois. En effet, conformément à la discipline, la répression de la fraude à la loi se traduit sous la forme d'une inopposabilité (1). Néanmoins, s'il s'agit d'une sanction adaptée à la matière, un débat quant à son étendue perdure. C'est pourquoi par mesure de sécurité juridique, mais surtout de cohérence juridique, il devrait y être mis un terme (2).

1) L'inopposabilité : une répression conforme au droit des conflits de lois

1796. En droit positif, il est retenu comme sanction spécifique à l'exception de fraude à la loi en droit des conflits de lois l'inopposabilité. Si ce choix peut paraître surprenant, il se conforme au principe d'indépendance des souverainetés (a). De plus, cette sanction est d'autant plus légitime au regard des conséquences qu'elle engendre puisqu'elle conduit à l'application des dispositions législatives normalement compétentes (b).

²⁴⁶⁴ B. Audit, *La fraude à la loi*, *op. cit.*, § 5, citant Niboyet, *Traité de droit international privé*, T. 3, *op. cit.*, § 1080.

²⁴⁶⁵ *Ibid.*, § 5.

²⁴⁶⁶ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 8.

a) *Le choix de l'inopposabilité au regard du principe d'indépendance des souverainetés*

1797. Le choix de l'inopposabilité comme sanction. « D'après un principe commun à toutes les législations, nul n'est reçu à invoquer en sa faveur des effets juridiques résultant de l'existence ou de l'inexistence d'un certain fait, toutes les fois que l'on a soi-même provoqué ou empêché l'accomplissement par des procédés contraires aux bonnes mœurs et la bonne foi »²⁴⁶⁷. C'est pourquoi la fraude à la loi doit effectivement être sanctionnée. Or, « en droit civil interne, la maxime *fraus omnia corrumpit* signifie que la fraude a pour effet de détruire complètement l'acte qui en est entaché »²⁴⁶⁸. C'est pourquoi certains auteurs soutiennent que « l'acte invoqué (objet de la fraude) doit être considéré comme nul c'est-à-dire qu'il ne produira aucun effet »²⁴⁶⁹. Pourtant, il semblerait qu'en droit international privé, « la jurisprudence ne (dénie) pas toute valeur à l'acte frauduleux »²⁴⁷⁰ mais qu'elle le considère seulement inopposable.

1798. L'inopposabilité justifiée par respect de l'indépendance des souverainetés. La sanction de l'inopposabilité peut paraître contestable dans la mesure où une telle sanction s'avère plus légère que la nullité. Or, dans le cadre d'une fraude à la loi, il peut être tout à fait légitime d'admettre la nullité comme sanction conformément à ce qui est pratiqué par le droit national. Cependant, « en droit international, la sanction ne peut être aussi complète »²⁴⁷¹. C'est en raison de la discipline dont il est question que la répression s'opère en faveur de l'inopposabilité. En effet, « quelle que soit la rigueur dont on veuille faire preuve, il ne dépend pas de l'Etat français de décider si l'acte est valable dans le pays étranger ou il a été accompli »²⁴⁷². Ainsi, « du fait que la fraude implique pratiquement l'intervention d'une autorité publique étrangère, le principe d'indépendance des souverainetés interdit à l'autorité de l'Etat requis d'annuler l'acte de l'autorité d'origine »²⁴⁷³. Par conséquent, dans l'optique d'un véritable respect des souverainetés entre Etats, « la sanction (de la) fraude à la loi doit être la privation de l'effet recherché »²⁴⁷⁴. En d'autres termes, conformément au principe de souveraineté, la sanction ne peut que conduire à rendre l'acte frauduleux inopposable à l'égard de l'ordre juridique devant lequel il est invoqué. L'inopposabilité, si elle constitue une

²⁴⁶⁷ G. S. Maridakis, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, *op. cit.*, spéc. n°VII.

²⁴⁶⁸ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 416.

²⁴⁶⁹ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 13.

²⁴⁷⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 375.

²⁴⁷¹ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 416.

²⁴⁷² *Ibid.*

²⁴⁷³ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 13.

²⁴⁷⁴ *Ibid.*

sanction moins complète, constitue la répression la mieux adaptée à la discipline du droit international privé puisqu'elle permet de maintenir l'harmonie entre les Etats en empêchant un ordre juridique d'outrepasser ses compétences. De plus, au regard des conséquences qu'elle engendre, son admission s'inscrit en parfaite adéquation avec l'objectif poursuivi par le droit des conflits de lois c'est-à-dire l'application des dispositions législatives compétentes.

b) L'inopposabilité légitimée par l'application des dispositions législatives compétentes

1799. La sanction de l'inopposabilité se justifie au regard du principe de souverainetés en droit international privé. Or, lorsque l'inopposabilité de l'acte frauduleux est prononcée, la situation juridique devra toutefois être résolue par les juges du fond. C'est pourquoi «le juge qui (emploie l'exception) pourra (...) traiter le rapport de droit à l'accession duquel la fraude a été fomentée, sans tenir compte de la modification qu'a apportée le fraudeur »²⁴⁷⁵. En d'autres termes, cela signifie que la sanction de l'inopposabilité est d'autant plus justifiée qu'elle conduit à traiter la situation internationale telle qu'elle aurait dû l'être en l'absence de fraude. De cette manière, l'inopposabilité respecte davantage la discipline du droit des conflits de lois en ce qu'elle permet un retour au résultat issu de la règle de conflit c'est-à-dire un retour à la loi compétente. En effet, il aurait pu être considéré que l'ordre juridique saisi substitue la *lex fori*. Or fort heureusement, l'inopposabilité de l'acte conduit à un simple retour à la légalité c'est-à-dire à une application des dispositions législatives compétentes. En outre, l'inopposabilité se présente comme la meilleure répression à la fraude à la loi en droit des conflits de lois. Néanmoins, elle suscite quelques interrogations quant à son étendue.

2) La nécessaire clôture du débat sur l'étendue de l'inopposabilité

1800. Malheureusement, l'étendue de l'inopposabilité fait l'objet de nombreux débats. Or ces controverses contribuent à alimenter une certaine insécurité juridique en pratique à l'égard des sujets de droit (a). C'est pourquoi notamment par souci de cohérence juridique, il serait préférable que la jurisprudence se contente d'une unique solution tendant à rendre intégralement inopposable l'acte frauduleux (b).

a) L'étendue de l'inopposabilité controversée : facteur d'insécurité juridique

1801. Si le débat sur la répression de la fraude à la loi en droit des conflits de lois est clos, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit de son étendue. En effet, il semblerait que la

²⁴⁷⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 64.

doctrine s'oppose sur ce point. D'une part, « certains auteurs sont favorables à une inefficacité de la fraude limitée aux seuls résultats que son auteur en attendait »²⁴⁷⁶, tandis que, d'autre part, « d'autres estiment au contraire qu'au moins lorsqu'il s'agit d'un acte juridique, l'acte frauduleux »²⁴⁷⁷ ne peut produire aucun effet. Or, il semblerait également que la jurisprudence française soit « peu significative »²⁴⁷⁸ en la matière et tende parfois à donner raison à l'une ou l'autre doctrine. Ainsi, à titre d'exemple, le Professeur de Vareilles-Sommières a pu exposer qu'« en matière de naturalisation frauduleuse, à tout le moins, (la jurisprudence) paraît bien admettre que la nationalité délaissée subsiste globalement et non pas dans le seul champ du droit des conflits »²⁴⁷⁹ alors que « dans un cas où le mariage a été célébré en fraude au droit de la nationalité, seul l'effet acquisition de nationalité a été remis en cause, l'union frauduleuse, maintenue, conservant ses autres effets »²⁴⁸⁰. Ainsi, selon le cas en cause, la jurisprudence fluctue quant à l'étendue de l'inopposabilité. Or, il paraît contestable, en termes de sécurité juridique, que la jurisprudence de la Cour de cassation ne soit pas stable quant à l'étendue de la sanction. Il pourrait s'agir d'un facteur d'inégalité de traitement entre les sujets de droit puisque ceux-là pourraient voir leur situation différemment régie selon le juge saisi. C'est pourquoi il serait préférable de trancher le débat notamment en faveur d'une inopposabilité totale de l'acte frauduleux.

b) *L'inopposabilité intégrale de l'acte motivée par la cohérence juridique*

1802. Afin que tout sujet de droit soit traité de la même façon, l'étendue de l'inopposabilité doit être fixée par la Cour de cassation. Or, ce choix doit s'opérer en faveur d'une inopposabilité totale de l'acte. En effet, s'il est possible de faire « valoir que la sanction (doit être) exactement mesurée à la violation commise », « cette conception paraît excessivement théorique »²⁴⁸¹. Comme l'a affirmé le Professeur Bernard Audit, « si le statut étranger a été recherché dans un but unique, ce qui constitue en principe l'hypothèse même d'une fraude, et que ce résultat est refusé, c'est sans doute aggraver inutilement la sanction que de maintenir les effets de l'acte étranger pour le reste »²⁴⁸². En d'autres termes, il serait

²⁴⁷⁶ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 68.

²⁴⁷⁷ *Ibid.*

²⁴⁷⁸ *Ibid.*

²⁴⁷⁹ *Ibid.*, se référant spécialement aux arrêts suivants : Cass., req., 16 déc. 1845, *S.* 1846, 1, p. 100 et Cass. Civ., 19 juill. 1875, *Dalloz* 1876, 1, p. 5 ; *S.* 1876, 1, p. 289, note Labbé.

²⁴⁸⁰ *Ibid.* ; spéc. Cass., Civ. 1^{ère}, 17 nov. 1981, *Dalloz* 1982, p. 573, P. Guiho ; *JCP* 1982, II, p. 19842, note M. Gobert.

²⁴⁸¹ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 9.

²⁴⁸² *Ibid.*

possible de considérer que la seule cohérence juridique suffit à motiver une sanction intégrale. C'est pourquoi « la doctrine dominante est favorable à la sanction frappant l'ensemble de l'acte frauduleux » puisqu'elle « présente l'avantage d'être à la fois mieux adaptée et d'une mise en œuvre plus facile »²⁴⁸³. Ainsi, il serait plus adéquat, afin de répondre d'un objectif de sécurité juridique, mais également dans un souci de cohérence juridique et de traitement facilité, de recourir à une sanction complète. Or, il semble que certains auteurs soutiennent qu'en réalité la Cour de cassation se soit prononcée en ce sens puisque dans l'arrêt de principe relatif à la fraude à la loi, à savoir l'arrêt *Princesse de Bauffremont*²⁴⁸⁴, elle a retenu que « la princesse est demeurée française »²⁴⁸⁵. En tout état de cause, afin de préserver la sécurité juridique et l'égalité de traitement, il convient, dans un souci de cohérence juridique, que la jurisprudence maintienne sa position conformément à l'arrêt de principe de 1878. De cette façon, tant l'exception dans son principe que sa sanction sont respectueuses de la méthode conflictuelle et de l'égalité de traitement qui en découle. Néanmoins, il faut que les conditions de mise en œuvre de l'exception s'y conforment également.

§ 2 – LE DECLENCHEMENT DE L'EXCEPTION CONDITIONNE PAR LE CONFLICTUALISME

1803. L'exception de fraude à la loi en droit des conflits de lois s'impose simplement par la fonction qu'elle assure. Néanmoins, si l'inopposabilité constitue la sanction la plus adaptée au droit des conflits de lois, encore faut-il que ses conditions de mises en œuvre se conforment également à la discipline. Toutefois, il a semblé parfaitement cohérent d'opérer un report des conditions internes de fraude à la loi en droit des conflits de lois s'agissant de l'élément moral et de l'élément légal (A). En revanche, il a été indispensable, eu égard à la spécificité de la règle de conflit, d'exiger un élément matériel propre afin que celui-ci en soit le corollaire et conséquemment le garant (B).

A. LE REPORT DES CONDITIONS INTERNES DE LA FRAUDE A LA LOI EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS

1804. Si l'exception de fraude à la loi constitue un mécanisme d'exception propre au droit des conflits de lois, certaines de ses conditions de mise en œuvre sont fortement inspirées de celles exigées en droit interne. C'est pourquoi il convient d'une part de rapporter

²⁴⁸³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 416.

²⁴⁸⁴ Cass., Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, S. 1878, 1, p. 193, note Labbé ; *Dalloz* 1878, 1, p. 201, concl. Charrins ; *JDI* 1878, p. 505 ; *GAJFDIP*, n°6.

²⁴⁸⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 416.

la preuve d'un élément moral c'est-à-dire d'une intention frauduleuse, laquelle permet de maintenir, notamment au regard de l'appréciation *in concreto* qui en est faite, un traitement sécurisé et égalitaire de chaque situation juridique (1). D'autre part, il est nécessaire de rapporter la preuve d'un élément légal, c'est-à-dire le détournement d'une disposition législative, laquelle ne peut, par nature, qu'être impérative. De cette manière, l'identification des cas frauduleux demeure cohérente et insusceptible d'aléa (2).

1) La preuve de l'élément moral de la fraude conforme à l'égalité de traitement

1805. L'élément moral ou l'intention frauduleuse constitue l'un des trois éléments constitutifs de l'exception de fraude à la loi. Néanmoins, en droit des conflits de lois, son établissement peut susciter quelques critiques dans la mesure où, en théorie, il pourrait conduire à un risque d'arbitraire (a). Cependant, en pratique, la jurisprudence s'emploie à apprécier *in concreto* chaque hypothèse de fraude à la loi au regard d'éléments objectifs, permettant de préserver la sécurité juridique et l'égalité de traitement (b).

a) Le risque d'arbitraire émanant de l'établissement de l'intention frauduleuse

1806. L'intention frauduleuse. « La notion de fraude à la loi réprime les tentatives de faire appliquer une loi étrangère pour échapper à une disposition impérative de la loi dont le juge doit défendre l'autorité »²⁴⁸⁶. Elle suppose donc l'existence d'un élément moral qui se traduit par une intention frauduleuse. En effet, « l'élément caractéristique de la fraude est l'intention de (détourner) la loi »²⁴⁸⁷. En d'autres termes, l'intention frauduleuse signifie que « l'intéressé a utilisé les règles de conflit « dans le seul but » de se soustraire à la loi normalement compétente »²⁴⁸⁸. Ainsi, dans chaque situation juridique pour laquelle une fraude est soupçonnée, il convient d'en établir l'intention frauduleuse. Par conséquent, l'élément moral est établi « lorsque la soustraction à des dispositions impératives n'a pas été une simple conséquence du changement introduit dans la situation, mais son but même, les autres effets de ce changement demeurant de simples accessoires sans conséquences »²⁴⁸⁹. A titre d'illustration, les mariages célébrés en fraude à la loi supposent la preuve de deux éléments constitutifs de l'intention frauduleuse. Ces derniers « sont le consentement au mariage exclusif de toute intention matrimoniale et la volonté d'échapper à une

²⁴⁸⁶ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, § 131.

²⁴⁸⁷ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 372.

²⁴⁸⁸ *Ibid.*

²⁴⁸⁹ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 11.

réglementation impérative concernant un domaine totalement étranger à l'institution »²⁴⁹⁰ du mariage.

1807. Le difficile établissement des mobiles. Cependant, il a pu être considéré par une partie de la doctrine que « l'intention ne peut être découverte que si l'on scrute les mobiles des agissements du fraudeur » puisqu'il s'agit « d'un facteur d'insécurité juridique à raison de la part d'arbitraire que les recherches d'intention comportent nécessairement, et parce qu'il est souvent difficile de savoir, parmi tous les déterminants possibles de l'action, s'il en est un qui a joué un rôle exclusif, ou même à défaut celui qui a joué le rôle principal »²⁴⁹¹. Or, il est vrai que cette critique semble pertinente dans la mesure où l'intention frauduleuse paraît difficilement identifiable eu égard à la définition qui en est établie. Il semble contraire à toute sécurité juridique de subordonner l'intention frauduleuse à des mobiles dont la preuve se rapporte difficilement. Il serait peut-être préférable d'affiner la notion ou d'établir un faisceau d'indices à partir duquel l'intention frauduleuse pourrait être établie. Néanmoins, si l'intention frauduleuse, telle qu'elle est définie, laisse supposer un risque d'arbitraire, il semble que la Cour de cassation, au regard de sa jurisprudence, s'évertue à évincer ce risque.

b) L'appréciation in concreto de l'intention frauduleuse au regard d'éléments objectifs

1808. L'intention frauduleuse établie par des éléments objectifs. « S'il est exact que l'intention frauduleuse est parfois difficile à prouver (...), elle sera dans d'autres hypothèses manifeste soit en raison de l'aveu du fraudeur (...), soit eu égard aux circonstances objectives qui entourent la manœuvre, et qui peuvent former autant d'indices du but poursuivi par le fraudeur »²⁴⁹². C'est pourquoi « la jurisprudence attache une importance particulière à certains indices tirés de l'attitude du plaideur soupçonné de fraude »²⁴⁹³ et qu'elle établit l'intention frauduleuse de l'intéressé « à partir d'éléments objectifs »²⁴⁹⁴. En effet, afin de constater l'élément moral de la fraude à la loi, la jurisprudence s'emploie à déterminer si l'auteur de la fraude entretient un véritable lien « avec l'ordre juridique qui lui a permis de changer de statut »²⁴⁹⁵. Par exemple, « dans le cas, qui s'est le plus fréquemment

²⁴⁹⁰ S. Lebreton, « Réflexions sur la sanction des mariages célébrés en fraude à la loi, à partir de la critique de l'article 190-1 du Code civil », *JCP N.*, n°24, 18 juin 1999, p. 967, § 12.

²⁴⁹¹ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 11.

²⁴⁹² *Ibid.*, § 56.

²⁴⁹³ *Ibid.*, § 57.

²⁴⁹⁴ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 11.

²⁴⁹⁵ *Ibid.*, § 12.

présenté, de fraude par changement de nationalité ou de domicile, cela ressortira du fait que l'intéressé n'a pas changé son cadre de vie et continue d'entretenir les liens les plus étroits avec la nationalité ou l'établissement formellement répudiés »²⁴⁹⁶. En d'autres termes, sur la base d'une analyse objective de la situation spatiale, les juges du fond peuvent être en mesure de déterminer l'élément intentionnel. Finalement, en recourant à cette appréciation objective de la situation, les juges du fond évincent le risque d'arbitraire qui peut leur être opposé. Ce sont bien des déductions objectives, eu égard aux circonstances de l'espèce, qui permettent d'établir l'intention frauduleuse, et non spécifiquement une analyse des mobiles.

1809. Le maintien nécessaire d'une appréciation casuistique. De plus, il semblerait qu'il soit nécessaire de préserver cette appréciation concrète, mais surtout souveraine des juges du fond, dans la mesure où chaque situation frauduleuse est différente. Par conséquent, une analyse casuistique de chaque situation est nécessaire. La seule restriction doit consister à encadrer leur appréciation au regard d'éléments objectifs permettant de déduire l'intention frauduleuse. Ceci se justifie d'autant plus que pour chaque situation, l'appréciation objective de la situation spatiale ne peut pas toujours suffire à établir l'intention frauduleuse. En revanche, d'autres éléments objectifs peuvent le permettre. Par exemple, l'intention frauduleuse peut être établie par le fait de « demander le bénéfice de la loi rendue applicable par la manœuvre, très peu de temps après la réalisation de celle-ci »²⁴⁹⁷ ou encore « à saisir un juge étranger dont on peut attendre un jugement différent de celui que rendra le juge du for, alors qu'une instance est pendante devant ce dernier »²⁴⁹⁸. En outre, cela signifie que l'intention frauduleuse ne doit pas faire l'objet d'une appréciation stricte sur la base d'un raisonnement abstrait. En raison de la diversité des situations juridiques, cette condition doit demeurer soumise à une appréciation souveraine et *in concreto* des juges du fond. Néanmoins, cette appréciation ne doit être fondée que sur des éléments objectifs afin d'évincer tout risque d'arbitraire du juge. Or, il semble que la jurisprudence s'attelle déjà à cette tâche. Il convient donc de maintenir cette attitude afin de traiter chaque situation de manière équivalente, et en toute sécurité juridique. Également, conformément à n'importe quelle fraude, celle-ci requiert un élément légal.

²⁴⁹⁶ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 11.

²⁴⁹⁷ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 57, se référant spécialement à l'arrêt suivant : Cass., Civ., 5 fév. 1929, préc.

²⁴⁹⁸ *Ibid.*, se référant spécialement à l'arrêt suivant : Cass. Civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, *RCDIP* 1991, p. 593, note P. Courbe.

2) La preuve d'un élément légal exigée au regard de l'impérativité des dispositions fraudées

1810. Si l'exception de la fraude à la loi pour être mise en œuvre requiert d'établir l'intention frauduleuse de son auteur, elle exige également un élément légal. Cependant, s'il convient d'établir une fraude à une disposition législative, que ce soit en droit interne ou en droit international privé, l'exception ne sera déclenchée que si la fraude est constituée à l'égard de dispositions impératives (a). En revanche, et dans cette seule hypothèse, l'exception sera écartée si la fraude est invoquée à l'égard de dispositions considérées comme totalement supplétives en droit des conflits de lois (b).

a) Une exception déclenchée par le détournement de dispositions impératives

1811. Le détournement exigé de dispositions impératives. Toute fraude à la loi suppose un élément légal c'est-à-dire une loi à frauder. Cependant, s'il ne fait plus aucun doute qu'en droit des conflits de lois, tant la loi du for que la loi étrangère peuvent faire l'objet d'un détournement²⁴⁹⁹, tout type de loi ne peut *a priori* être concerné. En effet, dans toute matière, il est constant d'admettre que la fraude à la loi ne s'opère qu'à l'égard de dispositions impératives c'est-à-dire de lois qui sont considérées comme impératives pour les parties dans la mesure où elles s'imposent à elles-mêmes. En effet, par principe, l'impérativité de ces dispositions en sanctionne tout contournement. C'est pourquoi l'élément légal de la fraude suppose un détournement de dispositions légales impératives. Or, ce raisonnement, parfaitement cohérent eu égard au caractère impératif de ces normes, vaut quelle que soit la discipline. Par conséquent, il s'applique au droit des conflits de lois. De cette manière, toutes les règles de conflit pour lesquelles les parties n'ont pas la faculté de choisir la loi applicable constituent des dispositions impératives auxquelles doivent se soustraire les parties. C'est pourquoi « en droit positif, le grief de fraude à la loi a été principalement invoqué en matière de statut personnel, à la suite d'un changement de nationalité ou de domicile »²⁵⁰⁰. En effet, les règles de conflit du statut personnel ne tenant pas compte de la volonté des parties constituent des règles impératives qui peuvent faire l'objet d'une fraude.

1812. L'exclusion des dispositions supplétives. Ainsi, s'il ne fait pas de doute que la condition légale de la fraude suppose que soient contournées des dispositions impératives, *a contrario*, les dispositions supplétives ne peuvent faire l'objet d'une fraude. Effectivement,

²⁴⁹⁹ Cf. *supra* § 1791.

²⁵⁰⁰ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 21.

les dispositions supplétives sont celles qui peuvent être licitement écartées par les parties. Elles ne s'appliquent alors qu'à défaut de manifestations des parties dans la loi applicable. Par conséquent, cela revient à considérer que les dispositions supplétives renvoient aux dispositions pour lesquelles la volonté des parties est prise en compte. Or, traditionnellement, la matière contractuelle constitue la discipline dans laquelle la volonté des parties prime. En droit français, il semble alors possible de contourner les dispositions supplétives propres à la matière contractuelle sans qu'une sanction soit encourue. En opérant un parallèle avec le droit international privé, il pourrait alors être envisagé que la matière contractuelle soit exempte de fraude à la loi puisqu'elle est *a priori* fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté.

1813. La difficile identification des dispositions supplétives en droit des conflits de lois. Cependant, si l'identification des dispositions impératives semble relativement aisée, celle des dispositions supplétives peut l'être nettement moins. Le droit des conflits de lois contient plusieurs règles de conflit, outre la matière contractuelle, pour lesquelles la volonté des parties participe à la détermination de la loi applicable. Néanmoins, cette participation ne consiste pas nécessairement en une consécration pure et simple d'une disposition supplétive dans la mesure où cette volonté ne peut constituer qu'un facteur dans la détermination de la loi applicable. Ainsi, pour tous les cas où la volonté des parties est prise en compte, il ne convient pas de considérer qu'il s'agit d'une disposition supplétive susceptible d'être écartée par la volonté des parties. Par exemple, le règlement Rome III retient comme loi applicable en son article 5²⁵⁰¹, quatre rattachements différents. Dans cette hypothèse, l'exception de fraude à la loi n'est pas écartée puisqu'elle peut toujours être constituée par la manipulation d'un critère de rattachement malgré le choix de lois proposé. Par conséquent, la prise en compte de la volonté des parties par une règle de conflit ne doit pas conduire nécessairement à la considérer comme supplétive.

1814. La maigreur des dispositions véritablement supplétives. Pourtant, certains ont pu soutenir que cette liberté dans le choix de la loi applicable a pour effet de « chasse(r) la fraude »²⁵⁰². Or, cette affirmation se justifie dans la mesure où le choix de lois consiste à

²⁵⁰¹ Art. 5 du règlement du règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *Rome III* : « Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes : a) la loi de l'Etat de résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou b) la loi de l'Etat de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou c) la loi de l'Etat de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou d) la loi du for ».

²⁵⁰² S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP* 2010-2012, p. 255.

repousser *a maxima* les cas dans lesquels pourrait être envisagée une fraude à la loi puisque les parties vont pouvoir choisir, parmi plusieurs lois, celle qui leur convient le mieux. Cependant, cela ne signifie pas nécessairement que toute fraude puisse être écartée. En effet, il se peut que ni la loi de la nationalité, ni la loi de résidence habituelle, ni la loi du for ne conviennent aux parties, elles pourraient alors faire en sorte de modifier leur résidence habituelle, voire même saisir une juridiction dont la *lex fori* leur est favorable. Ainsi, même si ces cas de fraude paraissent hypothétiques, ils demeurent envisageables. C'est pourquoi il ne convient pas de ranger ces règles de conflit au rang des règles supplétives. Elles doivent demeurer protégées par le recours à l'exception de fraude à la loi et ne pas permettre aux parties de choisir sciemment une loi dont l'objet serait d'évincer des dispositions impératives. En sus, il ne serait pas pertinent de considérer que la possibilité de choisir la loi applicable parmi des lois prédéterminées s'entende d'une fraude à la loi puisque ces lois sont sans doute représentatives du lien significatif qu'il peut exister avec la situation juridique.

1815. Des dispositions supplétives cantonnées au rattachement unique à l'autonomie de la volonté. La fraude à la loi suppose un élément légal impliquant le détournement de dispositions impératives par souci de cohérence juridique. Cependant, si cette identification demeure évidente tant sur le plan interne qu'international, il ne peut être opéré un parallèle similaire à l'égard des dispositions supplétives dans la mesure où ces dernières s'illustrent de manière plus particulière en droit international privé. C'est pourquoi afin de maintenir un régime sécurisé à l'exception de fraude à la loi, il convient de considérer que seules les règles de conflit retenant pour unique rattachement l'autonomie de la volonté sont susceptibles d'être considérées comme supplétives.

b) Une exception seulement écartée par une disposition totalement supplétive

1816. La fraude à la loi indirectement tolérée en matière contractuelle. Comme l'a affirmé le Professeur de Vareilles-Sommières « la notion de loi supplétive prend un sens particulier en droit international privé des contrats parce que c'est le principe d'autonomie qui, en matière, tient lieu de règles de conflit »²⁵⁰³. En effet, en considérant qu'en matière contractuelle, la règle de conflit s'octroie comme rattachement unique l'autonomie de la

²⁵⁰³ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 26.

volonté, il semblerait qu'aucune fraude à la loi ne puisse alors être retenue²⁵⁰⁴. C'est pourquoi il a pu être opposé notamment par les tenants d'une théorie objectiviste que le principe d'autonomie de la volonté pourrait conduire les parties à s'affranchir des dispositions impératives nationales « par désignation d'une loi à leur convenance »²⁵⁰⁵. Ainsi, les parties pourraient opter pour une loi n'ayant aucun lien avec la situation juridique de manière à évincer des dispositions impératives contraignantes.

Cette objection paraît relativement justifiée dans la mesure où il semble contraire de considérer que les parties puissent recourir à une loi avec laquelle il n'existe aucun rattachement dans une simple optique frauduleuse. En effet, il est opposé à la discipline même du droit des conflits de lois de donner la possibilité aux parties de choisir une loi qui ne présente aucun lien avec la situation internationale, son objectif étant de localiser le rapport de droit²⁵⁰⁶. C'est pourquoi il serait sans doute préférable de limiter cette liberté « au choix d'une loi présentant un lien avec le contrat »²⁵⁰⁷ afin de respecter le but poursuivi par le droit des conflits de lois, et de surcroît, empêcher toute fraude à la loi. Néanmoins, l'autonomie de la volonté constitue un facteur de rattachement consubstantiel à la matière contractuelle. Dès lors, il peut sembler admissible de considérer qu'il s'agisse de l'élément de rattachement unique auquel se cantonne la règle de conflit. Cependant, demeure l'objection relative à une éventuelle fraude. Toutefois, il semblerait que l'Union européenne se soit rangée du côté du principe d'autonomie de la volonté puisque le règlement Rome I relatif aux obligations contractuelles²⁵⁰⁸ prévoit en son article 3 que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Par conséquent, le principe de l'autonomie de la volonté prime et laisse supposer que toute fraude à la loi puisse avoir lieu. Dans la mesure où il s'agit d'une règle supplétive, cette conséquence demeure cohérente.

1817. Une intention frauduleuse limitée par les lois de police. Il paraît tout de même contestable que la volonté de parties puisse leur permettre de donner compétence à une loi avec laquelle le contrat ne présente aucun lien significatif dans le seul objectif d'écartier

²⁵⁰⁴ Voir en ce sens : R. Savatier, « Les aspects de droit international privé de la Communauté économique européenne », *TCFDIP* 1960-1962, spéc. p. 18, lequel affirmait que : « l'autonomie de la volonté, c'est le pouvoir, pour des hommes qui ne sont pas nécessairement des juristes, de faire le contrat à leur guise, sans technique juridique ».

²⁵⁰⁵ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 46.

²⁵⁰⁶ Cf. *supra* § 988.

²⁵⁰⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 415.

²⁵⁰⁸ Art. 3 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I* : « Le contrat est régi par la loi choisie par les parties ».

des dispositions impératives contraignantes. Or, en vérité, l'intention frauduleuse des parties peut être écartée malgré l'autonomie qui leur est accordée au regard de la loi applicable. Cette limite est apportée par les lois de police qui s'imposent aux parties²⁵⁰⁹. En effet, si le règlement Rome I érige l'autonomie de la volonté au rang de principe, il réserve le jeu des lois de police en son article 9²⁵¹⁰. Ainsi, grâce à cet article, le règlement limite les hypothèses de fraude à la loi puisque finalement d'une part, les dispositions impératives de l'ordre juridique saisi, et d'autre part, les dispositions impératives de l'ordre juridique où doivent être exécutées les obligations du contrat, pourront être appliquées malgré un choix de loi différent. De cette manière, les cas de fraude à la loi sont quasiment neutralisés.

En sus, le Professeur Bernard Audit exposait que « la liberté de choix de la loi applicable n'exclut pas (nécessairement) que le grief de fraude puisse être élevé à l'encontre du choix de la loi »²⁵¹¹. Pour autant, il constatait une « absence de décision sanctionnant comme frauduleux un choix de la loi applicable »²⁵¹². Or, selon lui si la jurisprudence n'a pas à faire à ce genre d'hypothèses, c'est en réalité parce que « l'opposition d'intérêts des parties au contrat réduit les risques de collusions frauduleuses entre elles », mais également « parce que le respect d'une loi évincée par le choix des parties (est) assuré en recourant aux notions (...) de loi internationalement impérative ou de police »²⁵¹³. En d'autres termes, cela signifie que ranger la matière contractuelle au rang de règles supplétives ne va pas nécessairement favoriser les fraudes à la loi puisque celles-ci sont contrecarrées par le respect des lois de police.

1818. La conservation d'un traitement différencié selon la nature des dispositions. Finalement, il ne saurait être remis en cause la supplétivité de la matière contractuelle. En effet, c'est « en raison même de son caractère supplétif (que) la compétence de cette loi n'est précisément pas protégée contre le choix d'une autre loi par les parties, qui

²⁵⁰⁹ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé, *op. cit.*, § 184 : « (...) ces lois, dont le nombre a considérablement augmenté avec le développement de la régulation publique des marchés (droit de la concurrence ou antitrust, droit des marchés financiers) ont été perçues et présentées comme la contrepartie du maintien de la volonté privée comme rattachement en matière contractuelle⁵. Leur présence permet précisément de dispenser le principe d'autonomie de toute condition de lien avec l'Etat dont la loi a été choisie ».

²⁵¹⁰ Art. 9.2 et 9.3 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rome I* : « 2. Les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi. 3. Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale ».

²⁵¹¹ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 47.

²⁵¹² *Ibid.*

²⁵¹³ *Ibid.*

ne saurait être considéré comme frauduleux ». En revanche, chaque ordre juridique protège ses dispositions impératives matérielles en matière contractuelle, lesquelles pourront être opposées aux parties malgré un choix de loi différent. De cette manière, les hypothèses de fraude à la loi pouvant être issue de la liberté accordée aux parties sont relativement restreintes. En outre, il convient de conserver, par mesure de cohérence juridique, la distinction qui s'opère entre les dispositions impératives et les dispositions supplétives à l'égard de l'élément légal. Néanmoins, les règles de conflit supplétives doivent être identifiées avec justesse, et ne peuvent être que celles pour lesquelles le principe est celui de l'autonomie de la volonté. Ainsi, les autres règles de conflit, même celles prenant en compte l'autonomie de la volonté, doivent être respectées et sont protégées par l'exception de fraude à la loi. Il s'agit simplement d'accorder aux sujets de droit, une protection juridique cohérente dans le traitement de leur situation internationale. C'est pourquoi d'ailleurs, l'identification des dispositions impératives et supplétives doit être claire afin qu'il n'y ait pas de doute quant à l'utilisation de l'exception. L'égalité de traitement demeure de cette façon préservée jusqu'au stade de l'application de la loi compétente. Hormis les conditions communes à toute fraude à la loi, l'exception spécifique au droit des conflits de lois requiert un élément matériel particulier lequel répond à la fonction même du mécanisme c'est-à-dire le respect de la règle de conflit.

B. LA SPECIFICITE DE LA REGLE DE CONFLIT GARANTIE A MAXIMA PAR L'ELEMENT MATERIEL DE L'EXCEPTION

1819. Si le droit des conflits de lois s'est doté du mécanisme exceptionnel de la fraude à la loi pour sanctionner les comportements frauduleux au regard de la discipline, il a été contraint de l'encadrer par un élément constitutif particulier. En effet, l'élément matériel de la fraude est spécifique en droit des conflits de lois afin de répondre à l'objectif même de l'exception c'est-à-dire le respect absolu de la règle de conflit et de son résultat (1). Cet élément matériel doit donc être maintenu au regard des vertus qu'il présente. Toutefois si cet élément matériel se justifie au regard de la spécificité de la règle de conflit, son intervention pourrait être diminuée en recourant à une méthode bilatérale à rattachement unique. De cette façon, sans remettre en cause cet élément matériel, les cas de fraude à la loi seraient plus réduits (2).

1) La préservation absolue de la règle de conflit au regard de l'étendue de l'élément matériel

1820. La fraude à la loi suppose un élément matériel lequel s'illustre de manière particulière en droit des conflits de lois. En effet, si « la fraude à la loi implique l'existence d'une manœuvre de la part de son auteur », elle s'exprime au travers de « deux principes »²⁵¹⁴. Ainsi, conformément aux attitudes frauduleuses à l'égard de la méthode conflictuelle, la répréhension joue à l'égard de tout comportement consistant à modifier volontairement un élément de rattachement (a). Cependant, afin d'accroître la protection à laquelle peut légitimement prétendre cette méthode, la répression a été élargie aux attitudes tenant à manipuler intentionnellement les qualifications (b).

a) La répréhension classique de la modification volontaire d'un élément de rattachement

1821. La manipulation d'un élément de rattachement. Une fraude à la loi peut être constituée « non seulement lorsque le rapport juridique est transformé de manière à tomber, avec toutes les apparences de la légalité, sous l'emprise d'une autre règle de droit également en vigueur dans le même pays, mais tout aussi bien lorsque les parties suscitent un lien de rattachement entre le rapport et un autre pays, de manière que, en vertu de la règle de droit international privé, le rapport semble devoir être régi d'après la loi en vigueur dans cet autre pays »²⁵¹⁵. Précisément, la fraude en droit des conflits de lois suppose la constitution d'un élément matériel qui s'illustre par le « déplacement du facteur de rattachement »²⁵¹⁶. En effet, « la première tentation du fraudeur peut être d'agir sur l'élément localisateur du rapport de droit tel qu'identifié par le facteur de rattachement employé par la règle de conflit » afin de parvenir à « l'application d'une loi autre que la loi normalement compétente »²⁵¹⁷.

1822. Une manipulation exigée depuis la jurisprudence *Princesse de Bauffremont*. L'exception de la fraude à la loi, telle qu'elle a été consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation, suppose alors l'existence d'une manipulation de l'élément de rattachement pour être reconnue. Il s'agit de l'hypothèse consacrée par la Cour de cassation dans l'affaire *Bauffremont*, dans laquelle « la manœuvre employée (...) pour frauder la loi française fut une naturalisation étrangère »²⁵¹⁸. Par conséquent, pour sanctionner une fraude à la loi au sens du droit des conflits de lois, il doit être démontré la modification

²⁵¹⁴ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 29.

²⁵¹⁵ G. S. Maridakis, *op. cit.*, p. 231 et s., spéc. VII.

²⁵¹⁶ J.-M. Jacquet, « Contrats », *Rép. intern. Dalloz*, déc. 1998, § 226.

²⁵¹⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 413.

²⁵¹⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 33.

artificielle d'un critère de rattachement pour faire échapper à sa loi naturelle un contentieux²⁵¹⁹. Toutefois, si « la fraude à la loi s'analyse (...) en une modification volontaire (dans un but illicite) de l'élément localisateur, et suppose évidemment pour pouvoir exister que la règle de conflit soit fondée sur un facteur de rattachement dont la localisation dépend de façon directe ou indirecte de la volonté des individus »²⁵²⁰. « L'exemple classique est celui de la nationalité, élément de rattachement du statut personnel » qui consiste à changer de nationalité « pour échapper à une prohibition de la loi personnelle »²⁵²¹. En revanche, « la fraude est pratiquement impossible lorsque la volonté de l'individu n'intervient normalement pas dans la détermination du rattachement : ainsi le lien de situation d'un immeuble ou celui de survenance d'un accident »²⁵²². Ainsi, ne sont susceptibles de fraude à la loi que les éléments de rattachements qui peuvent faire l'objet d'une modification spatiale.

1823. Un élément matériel en réponse à la fonction de l'exception. En outre, l'élément matériel classique, constitutif d'une fraude à la loi, paraît parfaitement cohérent et pertinent eu égard à la fonction de l'exception de fraude en droit des conflits de lois. En effet, son objectif consiste à garantir le résultat normalement issu de la règle de conflit et par conséquent à sanctionner tout comportement ayant pour but d'éluder ce résultat²⁵²³. Or, il semble que la manipulation volontaire d'un élément de rattachement traduise explicitement ce comportement. C'est pourquoi il doit demeurer un élément constitutif de l'infraction de manière à répondre parfaitement à la fonction de l'exception. Ainsi, en sanctionnant le détournement intentionnel des facteurs de rattachement, la méthode conflictuelle ainsi que son résultat sont légitimement protégés. Néanmoins, il semblerait qu'en ne retenant que cet élément matériel, d'autres fraudes puissent échapper à la sanction. C'est pourquoi l'élément matériel de l'exception de fraude à la loi a été élargi à la manipulation de la qualification.

b) La répression contemporaine de la manipulation intentionnelle des qualifications

1824. La manipulation d'une catégorie de rattachement. Si l'élément matériel de la fraude à la loi consiste en principe en une manipulation volontaire d'un élément de

²⁵¹⁹ Voir en ce sens CA Aix-en-Provence, 5 déc. 2018, n°17/12717.

²⁵²⁰ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 413.

²⁵²¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, § 371.1°.

²⁵²² B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 9.

²⁵²³ Voir en ce sens : W. Wengler, *Les conflits de lois et le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 202, appuyant cette justification par rapport à la rupture d'égalité que peut engendrer la fraude à la loi : « l'égalité des parties est (...) compromise si l'on choisit comme critère de rattachement un facteur concernant directement et uniquement l'un des adversaires et sur lequel ce dernier a la possibilité d'agir afin de modifier la localisation et de provoquer l'application du droit la plus favorable à ses intérêts ».

rattachement, « une espèce a cependant donné l'occasion de constater qu'une fraude pouvait être opérée en agissant non directement sur le rattachement, mais sur la qualification du rapport de droit, élément premier de la règle de conflit »²⁵²⁴. En effet, dans l'affaire *Caron* de 1985²⁵²⁵, la Cour de cassation a considéré que l'élément matériel de la fraude à la loi pouvait se traduire par une exploitation de la catégorie de rattachement²⁵²⁶. Cette hypothèse consiste à jouer sur les qualifications, de sorte que celle retenue pour le rapport de droit entraîne « sa soumission à une règle de conflit désignant une loi plus propice aux objectifs du fraudeur que celle normalement compétente »²⁵²⁷. La consécration jurisprudentielle de ce nouvel élément matériel paraît fondée puisqu'elle sanctionne une seconde forme de fraude à la loi eu égard au respect de la règle de conflit. Dès lors que la fraude consiste à manipuler la méthode conflictuelle, en l'occurrence la qualification, ce comportement doit être réprimé. C'est pourquoi il est tout à fait logique d'avoir intégré cette attitude frauduleuse parmi l'élément matériel de la fraude à la loi. Il s'agit, une nouvelle fois, de protéger *a maxima* le respect de la méthode conflictuelle.

1825. La fraude à la loi doublée d'un *forum shopping*. De plus, certains auteurs affirment également que l'élément matériel de la fraude à la loi peut renvoyer à des « manœuvre(s) ou agissements sur les données du litige de façon à créer les conditions de la compétence du juge recherché »²⁵²⁸ pour « obtenir un jugement par application de la loi désignée par sa règle de conflit de lois, au détriment de celle désignée par la règle de conflit du juge normalement compétent ». Il s'agit donc de l'hypothèse où le fraudeur exploite « la diversité des systèmes nationaux de droit international privé » pour organiser une fraude à la loi, laquelle se double d'un *forum shopping*. Véritablement, cette hypothèse consiste avant

²⁵²⁴ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 8.

²⁵²⁵ Cass., Civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Caron*, n°82-15.033, *JCP G.* n°26, 25 juin 1986, II, p. 20630, note F. Boulanger ; *RCDIP* 1986, p. 66, note Y. Lequette.

²⁵²⁶ « La Cour d'appel, qui a retenu la manipulation de la règle de conflits consistant, par une série d'opérations harmonisées, à modifier l'élément de rattachement constitué à l'origine par la nature immobilière du bien situé en France, devenu ensuite bien meuble, afin d'écarter l'application de la loi successorale française prévoyant une réserve, a ainsi caractérisé l'existence de la fraude ».

²⁵²⁷ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, § 413.

²⁵²⁸ P. de Vareilles-Sommières, « Jugement étranger : matières civile et commerciale », *Rép. proc. civ. Dalloz*, sept. 2013, § 127.

tout en une fraude au jugement²⁵²⁹, laquelle peut également être sanctionnée en droit international privé au titre des conflits de juridictions. Néanmoins, cette hypothèse fait état de la fermeté de la discipline à l'égard des comportements frauduleux.

1826. Un élément matériel étendu au service du respect de la règle de conflit. Il ressort du champ d'application de l'élément matériel que celui-ci est relativement étendu puisqu'il se réfère à tout comportement consistant à agir sur la méthode conflictuelle pour permettre l'application d'une loi autre que celle normalement désignée par la règle de conflit. Or, cette large répréhension ne peut être que félicitée dans la mesure où elle conduit inévitablement à un plus grand respect de la méthode conflictuelle. De cette façon, chaque situation internationale demeure soumise à une véritable sécurité juridique laquelle garantit un traitement égalitaire à tout sujet de droit. Néanmoins, si l'élément matériel spécifique à la discipline du droit des conflits de lois répond à la préservation de la méthode conflictuelle, il semble que celle-ci pourrait davantage être respectée en ne retenant qu'un unique rattachement aux liens les plus étroits.

2) L'envisageable diminution des cas de fraude à la loi grâce à la méthode bilatérale à rattachement unique

1827. Si l'exception de fraude à la loi en droit des conflits de lois constitue un outil de protection de la méthode conflictuelle, elle pourrait se rendre moins nécessaire s'il était choisi de recourir à la méthode bilatérale à rattachement unique. De cette manière la règle de conflit et son résultat seraient davantage préservés. En effet, en utilisant l'unique rattachement aux liens les plus étroits, la fraude à la loi pourrait théoriquement être évincée (a). Cependant, l'utilisation de ce rattachement ne peut conduire en pratique qu'à une restriction des cas de fraude, laquelle doit tout de même être encouragée (b).

a) L'éviction éventuelle de la fraude à la loi par le rattachement aux liens les plus étroits

1828. Dans la mesure où l'élément matériel de la fraude à la loi consiste légitimement en la manipulation volontaire d'un élément de rattachement ou de la qualification, il serait judicieux de recourir à une méthode conflictuelle unique afin de bannir toute fraude à la loi. C'est pourquoi il faudrait appliquer la théorie selon laquelle toutes les

²⁵²⁹ Voir en ce sens : P. de Vareilles-Sommières, « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998-2000, spéc. p. 50 : « indépendamment même des nombreuses options de compétence que les règles de conflit de juridictions laissent fréquemment aux plaideurs, l'unilatéralisme qui règne (hors droit conventionnel) en droit de la compétence internationale favorise largement cette possibilité de choix, puisqu'il permet même qu'une compétence qu'un ordre juridictionnel s'attribuerait pourtant comme exclusive, soit néanmoins concurrencée par la compétence d'un autre ordre, niant l'exclusivisme du premier ».

règles de conflits, quelle que soit la catégorie de rattachement, retiennent pour unique rattachement la loi de liens les plus étroits²⁵³⁰. En retenant cet unique facteur de rattachement, il semblerait qu'aucune fraude ne soit envisageable. En effet, le rattachement aux liens les plus étroits n'est pas susceptible de fraude dans la mesure où ce rattachement s'apprécie à l'aune de plusieurs points de rattachement. Par conséquent, il ne peut faire l'objet d'une simple manipulation par un sujet de droit. De la même manière, en retenant ce facteur comme unique rattachement à toutes les règles de conflit de lois, aucune manipulation de la qualification ne serait désormais possible. De cette façon, l'exception de fraude à la loi, bien que justifiée en droit positif, ne serait plus nécessaire. En d'autres termes, le recours à cette méthode permettrait de garantir de manière absolue un traitement sécurisé et égalitaire à chaque sujet de droit. Cependant, il ne s'agit là que d'une approche théorique. En pratique, il semblerait que cette méthode permette seulement de restreindre les hypothèses de fraude à la loi.

b) La restriction des hypothèses de fraude par recours aux liens les plus étroits

1829. La simple restriction des cas de fraude à la loi. Si en théorie la méthode conflictuelle bilatérale à rattachement unique pourrait permettre d'évincer toute fraude à la loi, cela ne peut vraisemblablement pas être le cas en pratique. En effet, pour retenir une méthode fondée sur les liens les plus étroits et éviter un trop grand risque d'arbitraire de la part du juge, il serait nécessaire que chaque catégorie de rattachement se voie attribuer un faisceau d'indices propres contenant les points de rattachement pouvant être pris en compte eu égard à la matière concernée²⁵³¹. Par conséquent, la fraude à la loi pourrait toujours se constituer par la manipulation de ces différents points de rattachement pour permettre à une loi d'être appliquée plutôt qu'une autre. Ce comportement frauduleux ne serait pas exclu, mais plus complexe. Il ne s'agirait donc plus de manipuler un seul élément de rattachement mais plusieurs afin de modifier la loi qui présente les liens les plus étroits. De plus, en établissant une liste de faisceau d'indices spécifiques à chaque catégorie de rattachement, la modification de la qualification réapparaît également. En effet, malgré qu'un rattachement unique s'applique au droit des conflits de lois, celui-ci fait l'objet de différentes illustrations selon la catégorie de rattachement en cause. Ainsi, un fraudeur pourrait tenter de manipuler la qualification afin que la loi des liens les plus étroits ne soit pas analysée au regard des points

²⁵³⁰ Cf. *supra* § 987.

²⁵³¹ *Ibid.*

de rattachement en principe applicables. En d'autres termes, le recours à la méthode conflictuelle bilatérale à rattachement aux liens les plus étroits n'aura pas nécessairement pour effet d'évincer la fraude à la loi. En revanche, cette méthode contribue à restreindre les hypothèses de fraude, celles-ci étant relativement plus complexes à mettre en œuvre. C'est pourquoi l'avènement d'une telle méthode demeure compatible avec une volonté de préserver la méthode conflictuelle puisqu'elle tend à affiner les cas de fraude à la loi.

1830. Une exception conforme favorable à l'égalité de traitement. En outre, l'exception de fraude à la loi, telle qu'elle est aujourd'hui conçue en droit des conflits de lois, doit être maintenue puisqu'elle favorise le respect de la règle de conflit et le résultat qui en émane. Elle s'inscrit donc bien dans une perspective de sécurité juridique et d'égalité de traitement à l'égard des sujets de droit. En pratique, ses illustrations semblent relativement variées et invitent à être considérées sous l'angle du respect de la méthode conflictuelle et de l'égalité de traitement qui en découle.

SOUS-SECTION 2 : D'UNE LARGE REPREHENSION DE LA FRAUDE A LA LOI A SON INOCCUPATION EXTINCTION

1831. L'exception de fraude à la loi en droit des conflits de lois constitue incontestablement un outil de protection de la méthode conflictuelle qu'il convient de conserver. Toutefois, hormis l'hypothèse dans laquelle la fraude à la loi se produit en matière de conflit de lois, celle-ci peut également s'étendre à l'exécution des jugements. C'est pourquoi la condamnation de la fraude à la loi a été élargie au contrôle d'*exequatur* en droit français afin de garantir jusque dans la circulation des jugements une bonne application des règles de conflit (§ 1). Cependant, si conflit de lois et exécution des jugements s'efforcent en théorie à réprimer les comportements frauduleux en droit des conflits de lois, la pratique atteste du contraire. En effet, au regard du peu d'illustrations jurisprudentielles dans lesquels l'exception de la fraude à la loi est retenue, il apparaît une certaine tolérance à l'égard des attitudes frauduleuses. En d'autres termes, au détriment du respect de la méthode conflictuelle, s'amorce la disparition de l'exception de fraude à la loi (§ 2).

§ 1 – LA CONDAMNATION ETENDUE DE LA FRAUDE A LA LOI GRACE AU CONTROLE D'EXEQUATUR EN DROIT FRANÇAIS

1832. Il a pu être considéré que l'élément matériel de la fraude à la loi se révèle par une manipulation de la diversité des systèmes nationaux. En effet, contrairement aux hypothèses classiques de fraude à la loi, consistant en la manipulation d'un élément de

rattachement ou d'une catégorie de rattachement, ce comportement frauduleux consiste à saisir une juridiction dans le but de se voir appliquer des règles de conflit différentes de celles normalement applicables. Par conséquent, l'objectif consiste à rendre applicables des règles de conflit qui ne sont pas, en principe compétentes, dans le but d'atteindre un résultat substantiel différent. Il s'agit donc de l'hypothèse dans laquelle la fraude à la loi se constitue par un *forum shopping*. Or, il semblerait que cette hypothèse ait longtemps été réprimée par le juge de l'*exequatur* notamment grâce au contrôle de la loi appliquée. Néanmoins, cette répréhension pourrait être considérée comme relative dans la mesure où cette condition est désormais supprimée du contrôle d'*exequatur* (A). Cependant, il s'avère que la jurisprudence de la Cour de cassation entend maintenir la répression de la fraude à la loi, quelle que soit la forme par laquelle elle s'illustre, grâce aux conditions spécifiques du contrôle d'*exequatur* interne (B).

A. LA REPREHENSION RELATIVE DE LA FRAUDE A LA LOI CONSTITUEE PAR UN FORUM SHOPPING

1833. La fraude à la loi peut s'illustrer au travers du cas particulier du *forum shopping*. C'est pourquoi elle peut, sous cette forme, également faire l'objet d'une répression, laquelle a été initiée par la jurisprudence de la Cour de cassation (1). En effet, afin de respecter le résultat issu de la méthode conflictuelle, il semble justifié que la haute juridiction réprime ce type de comportement. Pourtant, cette condamnation paraît avoir malheureusement été remise en cause en droit positif par une récente évolution de la jurisprudence (2).

1) La répression jurisprudentielle de la fraude à la loi initiée par un *forum shopping*

1834. Malgré les hypothèses classiques dans lesquelles la fraude à la loi se traduit par la manipulation de la règle de conflit, il en existe une particulière qui s'illustre au travers d'un *forum shopping*. C'est pourquoi la jurisprudence a nécessairement étendu le champ d'application de l'élément matériel à ce cas spécifique (a) pour qu'il puisse être condamné grâce au contrôle d'*exequatur* exercé par les juges du fond (b).

*a) L'élargissement nécessaire de l'élément matériel au *forum shopping**

1835. La fraude à la loi constituée par une fraude au jugement. Si la fraude à la loi se traduit classiquement, dans son élément matériel, par la modification d'un élément de rattachement ou par la manipulation d'une catégorie de rattachement, elle peut s'illustrer

également au travers d'un *forum shopping*²⁵³². Dans cette hypothèse, la fraude s'entend « comme le fait d'avoir délibérément recherché une décision à l'étranger, dans le but d'obtenir un certain résultat, avec ou sans utilisation d'une règle de conflit »²⁵³³. Ainsi, le fraudeur crée « les conditions d'un examen de son rapport de droit par un tribunal dont le système de droit international privé désigne un droit autre que celui qui est normalement compétent »²⁵³⁴. Or, s'il n'est pas question d'une fraude à la loi dans son sens classique au regard de l'élément matériel, il s'agit tout de même d'une fraude à la loi dont l'objet consiste à détourner l'application des règles de conflit normalement applicables²⁵³⁵.

1836. Un comportement réprimé par la jurisprudence. Dans la mesure où ce type de comportement, doublé d'un *forum shopping*, demeure frauduleux, la jurisprudence s'attache à le sanctionner comme elle a pu y procéder dans l'affaire *Weiller*²⁵³⁶. En effet, dans cette hypothèse, « en déplaçant son domicile, l'épouse française créa un chef de compétence judiciaire au Nevada permettant d'obtenir l'application du droit du divorce au Nevada désigné par la règle de conflit de cet Etat, au lieu du droit français applicable aux époux français »²⁵³⁷. Il paraît parfaitement logique, eu égard au respect des règles de conflit qui régissent en principe un rapport de droit, que ces hypothèses frauduleuses soient sanctionnées. Cependant, dans la mesure où l'Etat devant lequel se déroule la fraude applique valablement ses règles de conflit, la sanction de la fraude ne peut que consister en une absence d'effectivité de la décision rendue par cet Etat devant l'ordre juridique fraudé.

b) *La condamnation de la fraude à la loi assurée par le contrôle d'exequatur*

1837. Afin de sanctionner la fraude à la loi issue d'un *forum shopping*, la jurisprudence de la Cour de cassation s'attache à contrôler les jugements qui réclament *exequatur* sur le territoire français. Ainsi, afin de garantir que la décision rendue à l'étranger

²⁵³² Cf. *supra* § 1824.

²⁵³³ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 66.

²⁵³⁴ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 49.

²⁵³⁵ Voir en ce sens, Cass., Civ. 1^{ère}, 20 juin 2012, n°11-30.120, *D. actualité*, 11 juill. 2012, note M. Kebir ; *Dalloz* 2013, p. 1503, note F. Jault-Seseke ; *RCDIP* 2012, p. 900, note H. Gaudemet-Tallon ; dans lequel la Cour a considéré que « l'autorité de chose jugée conférée, par une convention bilatérale, à un jugement de divorce algérien ne peut faire obstacle à la recevabilité de l'action en contribution aux charges du mariage lorsque la juridiction étrangère a été saisie dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français » puisque « de telles circonstances constituent une fraude au jugement ».

²⁵³⁶ Cass., Civ., 22 janv. 1951, *Weiller*, *RCDIP* 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; *JCP* 1951, II, p. 6151, note S. et T. ; *Dalloz* 1952, J, p. 35 ; *S.* 1951, 1, p. 187 ; *Gaz. Pal.* 1951, 1, p. 210 ; *GAJFDIP*, n°24-25.

²⁵³⁷ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 49.

soit exempte de fraude, la haute cour vérifie plusieurs conditions depuis l'arrêt *Munzer*²⁵³⁸. Parmi ces conditions figure avant tout l'absence de fraude à la loi. Par conséquent, le juge de l'*exequatur* est contraint de vérifier que la décision rendue par l'Etat étranger l'a été en absence de fraude à la loi c'est-à-dire, au sens strict de la fraude, en l'absence d'une manipulation de la règle de conflit issue de l'élément de rattachement ou de la catégorie de rattachement. De plus, le juge de l'*exequatur* doit également contrôler la loi appliquée. « Cette condition de régularité internationale (conduit) le juge français à refuser tout effet au jugement étranger qui (aurait) appliqué au litige une loi autre que celle désignée par les règles françaises de conflit de lois »²⁵³⁹. Ainsi, au regard de ce filtre, il est possible de sanctionner la fraude à la loi issue du *forum shopping* c'est-à-dire l'hypothèse dans laquelle la fraude consiste à saisir un tribunal pour obtenir l'application de règles de conflit autres que celles normalement applicables. Grâce à ces deux filtres, la jurisprudence de la Cour de cassation opère un contrôle strict à l'égard de la fraude à la loi, quelle que soit la forme sous laquelle elle se manifeste. Cependant, il semblerait que cette rigueur ait été remise en cause en 2007 lors de la suppression du contrôle de la loi appliquée.

2) La remise en cause de la condamnation de la fraude à la loi issue du *forum shopping*

1838. La jurisprudence de la Cour de cassation a opéré un revirement jurisprudentiel en 2007 en supprimant la condition relative au contrôle de la loi appliquée. Or, ce changement paraît regrettable dans la mesure où il invite à une absence de sanction de la fraude doublée d'un *forum shopping* (a). Toutefois, il semble que ce choix jurisprudentiel s'explique parfaitement dans la mesure où il tend à favoriser le respect des solutions nationales de conflit de lois (b).

a) La suppression regrettable du contrôle de la loi appliquée

1839. Si la répression de la fraude à la loi issue d'un *forum shopping* était assurée par le contrôle de la loi appliquée, cela a été remis en cause par la jurisprudence *Cornelissen* de 2007²⁵⁴⁰. En effet, par cet arrêt, la Cour de cassation a abandonné le contrôle de la loi

²⁵³⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 7 janv. 1964, *Munzer*, *RCDIP* 1964, p. 344, note H. Batiffol ; *JDI* 1964, p. 302, note B. Goldman ; *JCP* 1964, II, p. 13590, note M. Ancel ; *GAJFDIP*, n°41.

²⁵³⁹ A. Huet, « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *J.-Cl. Droit international*, 14 nov. 2015, Fasc. 584-40, § 6.

²⁵⁴⁰ Cass., Civ. 1^{ère}, 20 févr. 2007, *Cornelissen*, n°05-14.082, *Dalloz* 2007, p. 891, note P. Chauvin, p. 1751, note P. Courbe, et p. 1115, note L. d'Avout ; *JCP G.* 2007, act. 107, note Bruneau ; *JDI* 2007, comm. 19, p. 1195, note Train ; *RCDIP* 2007, p. 988, note B. Ancel et H. Muir-Watt.

appliquée. Désormais, le contrôle d'*exequatur* ne se cantonne plus qu'à trois conditions, dont l'absence de fraude à la loi. Cependant, en abandonnant le contrôle de la loi appliquée, il est susceptible de considérer que ne seront plus sanctionnés les comportements frauduleux issus de la saisine d'un tribunal puisque ne sera plus vérifiée l'application des règles de conflit. Or, il semble relativement regrettable que ce comportement frauduleux ne soit pas sanctionné puisqu'il consiste bien à détourner la méthode conflictuelle. Néanmoins, la suppression du contrôle de la loi appliquée se justifie par un plus grand respect de la méthode conflictuelle.

b) *Une suppression conforme aux solutions nationales de conflits de lois*

1840. Une suppression motivée par le respect de chaque système. Vraisemblablement, la suppression du contrôle de la loi appliquée se justifie par son inadaptation aux systèmes conflictuels en droit des conflits de lois et principalement au regard de « la relativité courante des solutions nationales des conflits de lois »²⁵⁴¹. En effet, « la tendance qui se dégage depuis le XIX^{ème} siècle est celle d'une spécialisation constante du droit international privé dans la plupart des pays, et ainsi d'un particularisme grandissant des règles de rattachement »²⁵⁴². C'est pourquoi depuis lors, chaque Etat s'est doté de ses propres règles de conflit pour régir les conflits de lois. Chaque Etat applique alors à ses justiciables les règles de conflit de lois en vigueur sur son territoire. Par conséquent, il paraît parfaitement incohérent que juge de l'*exequatur* français vérifie qu'une décision rendue par un tribunal étranger ait correctement appliqué les règles de conflit françaises alors qu'il est évident que ce tribunal a tranché le litige conformément aux règles de conflit de lois en vigueur dans son Etat. En vérité, il s'agit simplement de respecter la souveraineté de chaque Etat, et par conséquent, de tolérer que chaque Etat applique sur son territoire ses propres règles de conflit de lois. En l'absence de règles communes, il ne peut incomber au juge français de vérifier la bonne application par le juge étranger de ses règles de compétence. Il s'agirait d'un dépassement de compétence contraire à l'indépendance de chaque Etat. Ceci explique sans doute les raisons pour lesquelles la Cour de cassation a été contrainte d'opérer un revirement de jurisprudence.

1841. Une suppression garante de l'égalité de traitement. Néanmoins, en supprimant cette condition, la Cour de cassation invite à respecter davantage la méthode conflictuelle. En effet, en ne pouvant opposer le filtre du contrôle de la loi appliquée, il sera

²⁵⁴¹ L. d'Avout et S. Bollée, « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *Dalloz* 2007, p. 1115.

²⁵⁴² *Ibid.*

évidemment plus simple de faire produire effet au résultat issu d'une règle de conflit valablement applicable. De cette manière le résultat issu de la règle de conflit compétente aura vocation à s'appliquer également, quel que soit le territoire en cause. Il ne se cantonnera pas à la sphère juridique dans laquelle la décision a été rendue. Or, ceci ne peut être qu'approuvé puisque cela permet à chaque sujet de droit de se voir appliquer les dispositions matérielles issues de la règle de conflit compétente, quelle que soit sa position géographique. Ainsi, cela favorise l'égalité de traitement des sujets de droit. De plus, cela contribue à diminuer le cloisonnement qui peut s'instaurer entre chaque système national de conflit de lois. En outre, si la suppression du contrôle de la loi appliquée laisse supposer que la fraude à la loi ne sera plus sanctionnée, cela n'est pas réellement le cas. La répréhension de la fraude est maintenue au regard des autres conditions spécifiques du contrôle d'*exequatur*.

B. LA REPREHENSION EFFECTIVE DE LA FRAUDE A LA LOI QUELLE QUE SOIT SA FORME

1842. Dans la mesure où la Cour de cassation a supprimé en 2007 le contrôle de la loi appliquée, il pourrait être considéré qu'elle a également choisi d'abandonner tout contrôle à l'égard de la règle de conflit mise en œuvre par le juge étranger. Cependant, il s'avère que le contrôle de la loi appliquée est partiellement maintenu conformément au respect de la méthode conflictuelle permettant ainsi de sanctionner les cas de fraude à la loi classiques (1). De la même manière, les comportements frauduleux issus d'un *forum shopping* demeurent condamnables au regard du filtre relatif à la compétence indirecte du juge étranger. Ainsi, la sanction de la fraude à la loi est pérennisée grâce au contrôle d'*exequatur* (2).

1) Le contrôle de la loi appliquée partiellement conservé conformément au respect de la méthode conflictuelle

1843. Si la régularité internationale des décisions étrangères ne suppose plus de contrôler la loi appliquée, le juge de l'*exequatur* veille toutefois à la bonne mise en œuvre des règles de conflit au moyen d'une autre condition. En effet, la vérification de l'absence de fraude à la loi supplée en partie à la fonction anciennement assurée par le contrôle de la loi appliquée (a). Or, cette condition réalise un compromis juridique tendant au respect des souverainetés de chaque Etat, mais également de la méthode conflictuelle (b).

a) Le contrôle de la loi appliquée suppléée par l'absence de fraude à la loi

1844. Malgré la suppression du contrôle de la loi appliquée, le contrôle de l'*exequatur* suppose de respecter l'absence de fraude à la loi. Cette condition suppose que le juge de l'*exequatur* vérifie pour chaque décision étrangère que celle-ci ne soit pas le résultat

d'une fraude à la loi. Ainsi, au regard de cette condition, le juge de l'*exequatur* peut « sanctionner une fraude par recours à une loi étrangère incompétente »²⁵⁴³. Or, le juge de l'*exequatur* peut réprimer tant une fraude à la loi du for qu'à la loi étrangère²⁵⁴⁴. Par conséquent, dans le cas où une telle fraude serait constatée, « la mise en œuvre de la condition examinée conduit (...) à refuser de reconnaître effet à la décision »²⁵⁴⁵. Ainsi, en examinant l'absence de fraude à la loi, le juge va contrôler que la règle de conflit mise en œuvre n'a pas été l'objet d'un comportement frauduleux consistant à modifier un élément de rattachement ou à manipuler une catégorie de rattachement. De cette manière, le juge de l'*exequatur* vérifie indirectement la bonne application des règles de conflit par le juge compétent sans que celle-ci ne soit analysée qu'au regard du système français. De cette manière, le contrôle de la loi appliquée perdure au travers du contrôle de la fraude à la loi afin de garantir au mieux le résultat issu de la méthode conflictuelle.

b) Le respect des souverainetés et de la méthode conflictuelle assuré par le contrôle de fraude à la loi

1845. Si la jurisprudence de la Cour de cassation a supprimé le contrôle de la loi appliquée, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre licite des règles de conflit reste examinée par les juges du fond. De cette manière, l'inconvénient issu du contrôle de la loi appliquée, tendant à l'irrespect de la souveraineté des Etats, disparaît tandis que l'application correcte des règles de conflit compétentes demeure étudiée par les juges du fond au regard du contrôle de l'absence de fraude à la loi. Ainsi, la Cour de cassation a su opérer une sorte de compromis juridique permettant à la fois de balayer les défauts du contrôle d'*exequatur*, contraires à l'esprit du droit international privé, pour maintenir des points d'examen parfaitement cohérents avec le respect des souverainetés et aussi de la méthode conflictuelle. En effet, désormais, le filtre de la fraude à la loi assure cette double fonction. Toutefois, si le mécanisme de la fraude à la loi supplée au rôle du contrôle de la loi appliquée, il ne permet de sanctionner la fraude à la loi que dans sa fonction traditionnelle c'est-à-dire lorsque la règle de conflit elle-même a fait l'objet d'une manipulation frauduleuse. *A contrario*, il semblerait que cette condition ne permette pas de retenir explicitement une fraude à la loi initiée par un

²⁵⁴³ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 76.

²⁵⁴⁴ Voir en ce sens, Cass., Civ. 1^{ère}, 17 déc. 2014, n°13-21.365 et 13-24.295, *Dalloz* 2015, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 2015, p. 443, note S. Laval ; *D. actualité*, 21 janv. 2015, note F. Mélin ; dans lesquels la Cour a jugé que « doit être rejetée, la demande d'*exequatur* d'un jugement étranger, dès lors que le juge étranger a été saisi par une partie qui a tenté, par une présentation fallacieuse de la situation existante, d'accréditer l'idée que la résidence familiale était demeurée établie sur le sol étranger ».

²⁵⁴⁵ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 80.

forum shopping dans le cas où cette fraude ne consisterait pas en une manipulation de la règle de conflit, mais simplement de la saisine des tribunaux. Fort heureusement, une autre condition du contrôle d'*exequatur* prend la relève pour sanctionner ce type de comportements.

2) La sanction de fraude à la loi pérennisée par le contrôle d'*exequatur*

1846. S'il a pu être envisagé que la fraude à la loi provoquée par un *forum shopping* puisse être exempte de sanction, tel n'est pas le cas en pratique. En effet, la répression de ce comportement frauduleux est désormais assurée par le contrôle de la compétence indirecte du juge pouvant s'opposer à l'exécution de la décision (a). De cette façon, la Cour de cassation promeut la condamnation de la fraude à la loi jusque dans la circulation des jugements (b).

a) La fraude à la loi doublée d'un forum shopping réprimée par la compétence indirecte du juge

1847. La condition de la compétence indirecte du juge étranger. Si le contrôle d'*exequatur* de la fraude à la loi ne tend pas explicitement à sanctionner les comportements frauduleux issus d'un *forum shopping*, sa répression est toutefois assurée par une autre condition, malgré la suppression du contrôle de la loi appliquée. En effet, parmi les conditions du contrôle d'*exequatur* figure le respect de la compétence indirecte du juge étranger²⁵⁴⁶. Ce point de contrôle a fait l'objet d'un encadrement jurisprudentiel depuis l'arrêt *Simitch* de 1985 dans lequel la Cour de cassation a énoncé que « toutes les fois que la règle française de solution de conflit de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »²⁵⁴⁷. Ainsi, la compétence indirecte du juge étranger suppose pour le juge de vérifier d'une part qu'il existe un véritable lien de rattachement caractérisé entre le juge étranger et la situation internationale, et d'autre part qu'il n'est pas question d'une fraude au jugement. Or, c'est au regard de ces deux conditions que pourra être sanctionnée une fraude à la loi doublée d'un *forum shopping*.

²⁵⁴⁶ Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 28 mars 2018, n°17-10.626 et 17-13.220, dans lequel la Cour rappelle qu'« en l'absence (...) de convention internationale, le juge français doit s'assurer, pour accorder l'*exequatur*, que trois conditions sont réunies soit la compétence du juge étranger, la conformité de la décision à l'ordre public international français, de fond et de procédure, et l'absence de fraude à la loi ».

²⁵⁴⁷ Cass., Civ. 1^{ère}, 6 fév. 1985, *Simitch*, n°83-11.241, *RCDIP* 1985, p. 369 ; *JDI* 1985, p. 460, note A. Huet ; *Dalloz* 1985, p. 469, note J. Massip et IR 497, obs. B. Audit ; *RCDIP* 1985, p. 243, chron. Ph. Francescakis ; *GAJFDIP*, n°70.

1848. Une condition au service de la répression des fraudes issues d'un *forum shopping*. En effet, il convient de rappeler que, souvent, « l'absence de lien objectif est (...) ce qui permet d'établir l'intention frauduleuse d'une personne »²⁵⁴⁸. Ainsi, dans le cadre d'une fraude à la loi classique, il est souvent fait état de l'absence d'effectivité de la modification de la situation internationale, eu égard à l'élément de rattachement manipulé, pour prouver l'intention frauduleuse²⁵⁴⁹. Or, il en sera de même dans le cadre d'une fraude à la loi initiée par un *forum shopping*. Ainsi, en constatant « l'absence de lien antérieurement à l'intervention du juge »²⁵⁵⁰, aucun lien de rattachement caractérisé ne pourra être établi, de sorte que la condition relative à la compétence indirecte du juge fera défaut. Par conséquent, la décision ne sera pas susceptible d'*exequatur*. De cette manière, en sus des hypothèses de fraude à la loi classiques, le juge de l'*exequatur* peut sanctionner, grâce à la compétence indirecte du juge étranger, les fraudes à la loi issue d'un *forum shopping*. En d'autres termes, le contrôle d'*exequatur* assure à la méthode conflictuelle une protection étendue c'est-à-dire au-delà de la simple application des règles de conflit, mais également dans la circulation des jugements qui les mettent en œuvre.

b) *La condamnation de la fraude à la loi étendue à la circulation des jugements*

1849. La répression étendue des cas de fraude à la loi. Si l'on peut parfois douter de la répression de la fraude à la loi au regard des nombreux cas dans lesquels elle n'est pas réprimée²⁵⁵¹, il semble toutefois que sa condamnation soit relativement étendue puisqu'elle peut jouer au-delà de la seule mise en œuvre des règles de conflit par un ordre juridique, c'est-à-dire également dans le cadre de la circulation des jugements. Or, dans ce cadre, les juges du fond veillent tant à contrôler l'absence de fraude à la loi au sens classique du terme, que l'absence de fraude à la loi issue d'un *forum shopping*. Ainsi, une double protection est octroyée à la méthode conflictuelle permettant de maintenir ses effets légitimes, et de l'exempter de fraude jusqu'à l'exécution du jugement qui la met en œuvre. C'est pourquoi ces points de contrôle ne peuvent être que félicités puisqu'en assurant le respect de la méthode conflictuelle, le contrôle d'*exequatur* garantit également aux sujets de droit un traitement égalitaire de leur situation internationale dès lors que l'exécution est sollicitée sur le territoire

²⁵⁴⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 303.

²⁵⁴⁹ Cf. *supra* § 1807.

²⁵⁵⁰ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 303.

²⁵⁵¹ Cf. *infra* § 1850 et s.

français. Ainsi, la solution devra être identique pour chaque sujet de droit dès lors qu'est employée la règle de conflit compétente.

1850. Une répression restreinte à l'*exequatur* en droit international privé interne. Toutefois, il convient de rappeler que ce contrôle d'*exequatur* ne s'applique qu'en France et demeure national. Ainsi, ce filtre ne joue que pour les demandes d'*exequatur* qui échappent aux situations intra-européennes lesquelles sont essentiellement régies par des règlements européens. Or, ces textes s'investissent à supprimer toute procédure préalable à l'*exequatur* et à en réduire les points de contrôle. Par exemple dans le règlement Bruxelles I *bis*²⁵⁵², les motifs de refus d'exécution d'une décision émanant d'une juridiction d'un Etat membre ne mentionnent aucunement l'hypothèse de fraude à la loi. Par conséquent, les règlements européens n'accordent pas la même vigilance à l'égard de la fraude à la loi dès lors que la situation internationale est intra-européenne. En d'autres termes, là où la Cour de cassation tente de garantir une égalité de traitement entre chaque sujet de droit au regard de son contrôle d'*exequatur*, l'Union européenne la remet en cause. En effet, en effaçant le contrôle de la fraude à la loi, il est possible que certaines situations soient l'objet de fraude à la loi, sans que celle-ci puisse empêcher une décision d'être exécutoire. De plus, cela favorise un traitement inégalitaire, en termes d'*exequatur*, entre les situations intra-européennes et extra-européennes. En outre, il semble possible de douter de la véritable effectivité de l'exception de fraude à la loi, malgré les efforts faits par la jurisprudence française pour en assurer la pleine efficacité. Les applications jurisprudentielles attestent de cette relativité.

§ 2 – LA DISPARITION DE LA FRAUDE A LA LOI ANNONCEE PAR SES ILLUSTRATIONS JURISPRUDENTIELLES

1851. Si le droit positif s'évertue à sanctionner, en principe, l'exception de fraude à la loi, tant en matière de conflit de lois que d'exécution des jugements, la pratique atteste d'un certain relativisme en termes de répression. En effet, il est de nombreux cas pour lesquels la fraude à la loi est évincée, et conséquemment, permettant de douter de sa véritable effectivité. Ainsi, l'éviction de la fraude à la loi par la jurisprudence se justifie par des considérations tenant à la réalité juridique de la situation internationale (A). Également, les aspirations de la

²⁵⁵² Art. 45 et 46 du règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *Bruxelles I bis*.

justice matérielle conduisent à rendre inefficace toute sanction de comportements véritablement frauduleux (B).

A. LA RELATIVITE DE LA FRAUDE A LA LOI AU REGARD DE LA REALITE JURIDIQUE DE LA SITUATION INTERNATIONALE

1852. Si en théorie, l'exception de la fraude à la loi constitue un mécanisme favorable au respect du conflictualisme, en pratique, elle n'y participe que de manière relative dans la mesure où elle fait les frais de la réalité de la situation internationale. Ainsi, la fraude à la loi s'efface souvent face à la reconnaissance d'un conflit mobile par la jurisprudence (1). De surcroît, sa sanction est fragilisée dans le cadre de certaines circonstances notamment à raison de l'écoulement du temps ou de fraudes patentes (2).

1) Le conflit mobile préféré à la fraude à la loi en jurisprudence

1853. L'exception de la fraude à la loi est en principe mise en œuvre par les juges du fond. Cependant, il semble qu'il s'agisse d'un mécanisme doté d'une portée limitée dans la mesure où il ne se cantonne qu'aux rattachements qui peuvent être l'objet de modifications dans l'espace (a). Néanmoins, la rareté des cas jurisprudentiels se justifie plutôt par la préférence qui est donnée à l'effectivité de la situation juridique soupçonnée frauduleuse (b).

a) Un mécanisme cantonné aux uniques rattachements susceptibles de modification

1854. Le cantonnement de la fraude à la loi à certaines catégories de rattachement. L'exception de fraude à la loi ne peut être empruntée que sous réserve de la présence de ses éléments constitutifs. Or, il apparaît au regard du droit positif que les hypothèses de fraude se cantonnent vraisemblablement à des cas particuliers. Principalement, la fraude à la loi a pu être invoquée en matière de statut personnel, à la suite d'un changement de nationalité ou de domicile²⁵⁵³. En effet, le statut personnel constitue le terrain d'élection de la fraude à la loi dans la mesure où d'une part il s'agit d'une matière impérative et d'autre part ses éléments de rattachements principaux sont la nationalité et le domicile. Par exemple, il a pu être observé « certains cas d'acquisition de la nationalité française pour échapper à une loi étrangère ignorant le divorce »²⁵⁵⁴. Également, en matière de statut personnel, mais aussi de forme des actes, la règle *locus regit actum* a pu faire l'objet de fraude notamment en matière

²⁵⁵³ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 21.

²⁵⁵⁴ P. de Vareilles-Sommières, « Fraude à la loi », *op. cit.*, se référant spécialement à l'arrêt suivant : Cass. Civ., 5 fév. 1929, préc.

de célébration du mariage²⁵⁵⁵. De la même manière, le statut réel mobilier et les successions ont également pu être utilisés dans l'objectif de frauder la loi étrangère en modifiant volontairement les qualifications²⁵⁵⁶. Ainsi, il est considéré que l'exception de fraude à la loi joue en matière de statut personnel, de statut réel et de forme des actes.

1855. Un cantonnement justifié par les rattachements retenus. Le cantonnement de la fraude à ces matières se justifie au regard des rattachements retenus par chacune de ces disciplines. En effet, la nationalité, le domicile, le lieu de situation d'un meuble et le lieu de conclusion des actes constituent des rattachements susceptibles de modification, mais surtout susceptibles de manipulation par les parties. Par conséquent, chaque fois qu'un de ces rattachements est retenu par une règle de conflit, celle-ci est susceptible de fraude. Pour autant, il semblerait que « les applications jurisprudentielles de l'exception de fraude (soient) presque inexistantes »²⁵⁵⁷. En effet, s'il existe quelques jurisprudences mettant en œuvre l'exception de fraude à la loi, celles-ci sont relativement maigres. Or, ceci s'explique essentiellement à raison du fait que même les rattachements susceptibles de fraude n'en provoquent pas nécessairement une dès lors qu'ils font l'objet d'une modification. Par conséquent, cette raréfaction jurisprudentielle permet de douter de l'effectivité du mécanisme.

b) Une exception écartée face à l'effectivité de la situation juridique

1856. La réalité de la situation internationale préférée à la fraude. Si par principe les éléments de rattachement susceptibles de modification peuvent conduire à une fraude à la loi, la pratique l'infirmes partiellement. En effet, il ne convient pas de remettre en doute le fait que ces éléments de rattachement peuvent conduire à une fraude à la loi, mais encore faut-il qu'ils ne consistent pas en une simple hypothèse de conflit mobile²⁵⁵⁸. Ainsi, « contrairement à une affirmation courante, il ne saurait y avoir fraude à déplacer un meuble pour le soumettre à une autre loi »²⁵⁵⁹. C'est pourquoi « il est sans exemple que la jurisprudence ait appliqué l'exception de fraude à la loi à une telle hypothèse »²⁵⁶⁰. En réalité, il semble qu'« un

²⁵⁵⁵ S. Lebreton, *op. cit.*, p. 967.

²⁵⁵⁶ Cass., Civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Caron*, n°82-15.033, préc.

²⁵⁵⁷ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 301.

²⁵⁵⁸ Voir en ce sens : D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I., § 433 : « Liés tous deux au phénomène de la mobilité, la fraude à la loi et le conflit mobile entretiennent des relations étroites, au point que la fraude est parfois identifiée à la création d'un faux conflit mobile, du moins quand elle porte sur le changement du seul facteur de rattachement, tandis qu'il est généralement admis qu'ils ont les mêmes domaines de survenance possible. Pareille assimilation est sujette à caution cependant, car la fraude ne peut concerner que les rattachements dont la définition même laisse place à une manipulation volontaire ».

²⁵⁵⁹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 300.

²⁵⁶⁰ *Ibid.*

déplacement effectif de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit exclut la fraude et ne soulève qu'une question de conflit mobile »²⁵⁶¹. En d'autres termes, dès lors que la modification peut être considérée comme effective, alors aucune fraude à la loi ne saurait être constatée²⁵⁶². Or, il est consubstantiel au déplacement d'un meuble d'être effectif. De cette façon, aucune fraude à la loi ne peut être envisagée. De la même façon, ne peut être condamné un changement de nationalité ou de domicile lorsque celui-ci est effectif²⁵⁶³ et surtout « en l'absence d'élément intentionnel caractérisé »²⁵⁶⁴. Ainsi, il ne saurait être reproché à une personne « un changement de nationalité » dès lors que celui-ci s'accorde avec « son nouveau cadre de vie »²⁵⁶⁵.

1857. L'intention frauduleuse comme élément distinctif. Par conséquent, l'intention frauduleuse constitue l'élément de différenciation entre la fraude à la loi et le conflit mobile²⁵⁶⁶. Or, il semble que l'effectivité d'une situation juridique favorise sa licéité. C'est pourquoi du moins en matière de déplacement de meubles, la fraude à la loi n'est que théorique. Aucune jurisprudence n'a validé cette théorie puisqu'en pratique le déplacement est inévitablement effectif. En sus, en matière de forme des actes, il est également peu de cas pour lesquels la fraude à la loi est reconnue dans la mesure où la règle *locus regit actum* ne présente un caractère obligatoire qu'en matière extrapatrimoniaire. *A contrario*, en matière patrimoniale, elle possède un « caractère facultatif (qui) va à l'encontre d'une intervention de la fraude à la loi »²⁵⁶⁷. Ainsi, il convient surtout de retenir que « de manière générale, il n'y a pas de fraude à se soustraire effectivement du champ d'application d'une loi ; l'essence de la

²⁵⁶¹ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 300.

²⁵⁶² Voir en ce sens : Cass., Civ. 1^{ère}, 3 fév. 2010, n°08-19.293, préc., dans lequel la Cour rappelle que « la loi française est seule applicable aux droits réels dont sont l'objet des biens mobiliers situés en France ». En l'espèce, le peintre Arman, décédé en 2005, avait remis en 2000 à un restaurateur sept tableaux qui ont été placés sur les murs d'un restaurant à New-York, puis rapportées en France en 2007.

²⁵⁶³ Voir en ce sens D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, T. I., § 433 : « Sont exclus du champ de la fraude les rattachements qui intègrent une exigence d'effectivité, comme le domicile. Il n'est donc pas utile d'invoquer la fraude pour déjouer une déclaration de domicile artificiel ou simulé : il suffit de constater que celui-ci n'existe pas parce qu'ineffectif. En revanche, le changement – par définition effectif – de domicile peut évidemment donner lieu à un conflit mobile ».

²⁵⁶⁴ B. Bourdelois, « Mariage », *Rép. intern. Dalloz*, sept. 2011, § 133.

²⁵⁶⁵ *Ibid.*

²⁵⁶⁶ Voir en ce sens : S. Clavel, *op. cit.*, § 131, laquelle expose « la difficulté inhérente » liée à l'admission de la fraude à la loi tendant à l'établissement de l'intention frauduleuse ; « la modification dans le temps de l'élément de rattachement retenu par la règle de conflit est une situation banale, pour ne pas dire courante. Il ne saurait donc être question de stigmatiser tout changement affectant l'élément de rattachement, ce changement pouvant résulter des circonstances purement fortuites et légitimes. En revanche, il n'est pas admissible que certains individus procèdent volontairement à cette manipulation dans une intention frauduleuse ».

²⁵⁶⁷ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 44.

fraude réside dans une discordance entre les déclarations et les actes »²⁵⁶⁸. Ceci explique sans doute pourquoi les jurisprudences accueillant l'exception de fraude à la loi en droit international privé se font rares. Cependant, si en pratique, l'exception de fraude à la loi semble s'effacer au profit du conflit mobile, elle est d'autant plus remise en cause par la tendance à l'anéantissement de sa sanction.

2) La perte d'effectivité de la sanction au regard de l'écoulement du temps et des fraudes patentes

1858. Si le domaine de l'exception de fraude à la loi paraît restreint, l'effectivité de sa sanction l'est parfois aussi. En effet, contrairement au respect du résultat issu de la règle de conflit, la sanction de la fraude à la loi est parfois anéantie par la réalité des situations juridiques (a). De la même façon, l'égalité de traitement est remise en cause par la variabilité de la sanction en cas de fraude patente (b).

a) La sanction de la fraude à la loi anéantie par la réalité des situations juridiques

1859. La victoire de l'écoulement du temps. L'exception de fraude à la loi, fondée en son principe, voit parfois son effet réduit en raison de circonstances liées au temps. En effet, « il est souvent difficile de remettre en cause une situation qui, bien qu'irrégulièrement constituée au regard des principes du for, a suffisamment développé ses effets pour que l'inconvénient de ne pas la reconnaître l'emporte sur le désir de sanctionner les intéressés »²⁵⁶⁹. Cela signifie que « l'écoulement du temps » constitue un « facteur de consolidation »²⁵⁷⁰ des situations frauduleuses. En d'autres termes, l'appréciation de la fraude à la loi se subordonne également à « l'effectivité du changement » qui sera examiné au regard de « l'écoulement du temps »²⁵⁷¹. Par conséquent, l'exception ne produira pas d'effet « lorsqu'un divorce a été obtenu dans les conditions les plus irrégulières, mais qu'il a été suivi du remariage d'un époux, voire des deux, et que des enfants sont nés de ces unions »²⁵⁷². Ainsi, la réalité de la situation juridique l'emporte sur la répression de la fraude à la loi.

1860. L'exemple du tourisme procréatif. Or, un lourd contentieux semble se développer à ce propos en matière de filiation puisque ces dernières années, s'est développé

²⁵⁶⁸ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 300.

²⁵⁶⁹ *Ibid.*, § 306.

²⁵⁷⁰ B. Bourdelois, *op. cit.*, § 66.

²⁵⁷¹ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 59.

²⁵⁷² *Ibid.*, § 17.

un certain « tourisme procréatif »²⁵⁷³. Ainsi, de nombreux couples profitent de législations étrangères pour bénéficier de moyens de procréation interdits en France. Cependant, « les tribunaux n'ont souvent connaissance de la fraude commise qu'au bout de nombreuses années »²⁵⁷⁴. Par conséquent, « l'enfant a dès lors eu le temps de tisser des liens affectifs avec ses parents de fait »²⁵⁷⁵. C'est pourquoi au regard de l'écoulement du temps, les tribunaux sont contraints de considérer que « l'illicéité de la situation de fait (sera) effacée par la possession d'état de parent, même si celle-ci trouve sa source dans une fraude à la loi »²⁵⁷⁶. Ainsi, une nouvelle fois, la réalité de la situation juridique familiale de fait l'emporte sur son illicéité. De surcroît, cette problématique s'avère d'autant plus négative dans le sens où « les individus ont souvent conscience » de leur attitude frauduleuse²⁵⁷⁷. Par conséquent, « de nombreux couples attendent (...) que la situation soit bien établie avant de se faire connaître des tribunaux »²⁵⁷⁸. En d'autres termes, cela signifie que la fraude à la loi pourrait constituer un mécanisme juridique aux mains des sujets de droit, lesquels seraient libre d'en disposer eu égard à l'écoulement du temps.

1861. Une victoire nécessitée par la sécurité juridique. Il peut sembler dommage d'admettre de ne pas sanctionner des situations juridiques issues d'une fraude à la loi. Cependant, il doit être considéré que la remise en cause de ces situations par l'exception de fraude à la loi pourrait être plus contraignante et créer une véritable insécurité juridique. C'est pourquoi au nom de la sécurité juridique, il paraît indispensable de laisser produire les effets de ces situations encrées dans le temps. Néanmoins, la reconnaissance de ces situations frauduleuses participe à un anéantissement de la règle de conflit. En effet, le résultat émanant en principe de la règle de conflit sera évincé définitivement. Par conséquent, une certaine rupture d'égalité peut être engendrée entre les personnes soumises véritablement à la règle de conflit et celles régies par la loi étrangère issue de la fraude. Or, il semblerait que l'écoulement du temps ne constitue pas l'unique hypothèse dans laquelle l'exception de fraude à la loi ne joue pas.

²⁵⁷³ G. Kessler, « résumé », in « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Revue Droit de la famille*, n°7/8, juill. 2005, étude 16.

²⁵⁷⁴ *Ibid.*

²⁵⁷⁵ *Ibid.*

²⁵⁷⁶ *Ibid.*, § 2.

²⁵⁷⁷ *Ibid.*

²⁵⁷⁸ *Ibid.*

b) *La sanction de la fraude à la loi susceptible de variabilité en cas de fraude patente*

1862. La sanction aléatoire des fraudes patentes. Hormis l'hypothèse dans laquelle la fraude peut être consolidée par l'effet du temps, « il arrive (également) qu'une fraude patente soit dénoncée par une partie qui y a participé en toute connaissance de cause »²⁵⁷⁹. Cependant, « ayant cessé d'y trouver avantage, elle invoque elle-même l'irrégularité commise afin de rendre l'acte étranger inopposable »²⁵⁸⁰. Comme l'a affirmé le Professeur Bernard Audit, l'adage *nemo auditur* devrait s'appliquer à cette hypothèse puisque « dans la mesure où la sanction réside dans une inopposabilité, on peut effectivement répondre que les auteurs de la fraude ne peuvent l'invoquer »²⁵⁸¹. Cependant, puisque l'état des personnes constitue le « terrain d'élection de la fraude »²⁵⁸², « le souci de faire prévaloir la régularité juridique paraît devoir l'emporter sur celui de punir l'intéressé »²⁵⁸³. C'est pourquoi « la jurisprudence est amenée à adopter l'une ou l'autre attitude, vraisemblablement en fonction de l'équité du cas »²⁵⁸⁴. Ainsi, « lorsque l'état des personnes est en cause, le principe semble bien que les tribunaux sanctionnent la fraude sans s'arrêter au fait que le demandeur y a participé »²⁵⁸⁵.

1863. Une sanction soumise à l'équité du juge. Dans ce cas particulier, il semble effectivement qu'il soit nécessaire de procéder par équité. En effet, d'une part, il paraît parfaitement logique d'appliquer l'adage *nemo auditur* afin qu'aucun sujet de droit ne puisse se prévaloir de sa propre fraude. Mais, d'autre part, il paraît également légitime de considérer qu'en matière d'état des personnes, celle-ci ne puisse dépendre d'une telle considération. En effet, la régularité de la situation internationale doit l'emporter en matière d'état des personnes afin de correspondre avec la réalité juridique. Ainsi, l'équité semble s'imposer d'elle-même afin de trancher sur ces hypothèses de fraudes patentes. Cependant, l'équité conduit à rompre l'égalité de traitement à laquelle peuvent prétendre les sujets de droit. En effet, en reconnaissant que dans le cadre de fraudes patentes, la sanction soit casuistique au regard de l'équité, il semblerait qu'une rupture d'égalité se produise entre les sujets de droit. Ainsi, selon la matière en cause et les circonstances de l'espèce, les solutions pourront être divergentes. Néanmoins, il semble qu'aucune autre solution ne puisse mieux répondre à cette

²⁵⁷⁹ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 15.

²⁵⁸⁰ *Ibid.*

²⁵⁸¹ *Ibid.*

²⁵⁸² *Ibid.*

²⁵⁸³ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 304.

²⁵⁸⁴ B. Audit, « Fraude à la loi », *op. cit.*, § 15., citant spécialement l'arrêt suivant : Cass., Crim., 11 juin 1996, *Dalloz* 1997, p. 576, note E. Agostini ; *Dalloz* 1998, somm. p. 576, obs. B. Audit.

²⁵⁸⁵ *Ibid.*

hypothèse particulière afin de préserver la sécurité juridique et finalement une certaine effectivité du mécanisme. De cette façon, la fraude à la loi n'est pas laissée à la disposition des sujets de droit.

1864. La sanction partielle des cas de fraude à la loi en jurisprudence. En outre, tant au regard des cas d'écoulement du temps que des hypothèses de fraude patente, il apparaît que la sanction de la fraude à la loi ne s'impose pas strictement et qu'elle peut subir certains aléas dans certaines circonstances. Ainsi, si, en théorie, la sanction de la fraude à la loi permet de préserver le résultat issu de la règle de conflit, en pratique, cette protection est nuancée. Ainsi, l'égalité de traitement subit quelques scléroses au stade de l'application concrète du mécanisme exceptionnel. Néanmoins, celles-ci s'imposent à raison de la réalité juridique et principalement de la sécurité juridique à laquelle doivent être soumis les sujets de droit. De surcroît ces empiètements sur la force juridique de la sanction semblent s'étendre lorsqu'il est question de droits fondamentaux.

B. LA SANCTION INEFFECTIVE DES FRAUDES FACE A LA DOMINATION DE LA JUSTICE MATERIELLE

1865. Hormis les cas pour lesquels la fraude à la loi ne produit pas d'effets pour des raisons de sécurité et réalité juridiques, elle ne produit également pas de conséquences dans certains domaines afin de faire prévaloir la justice matérielle sur la justice conflictuelle. C'est pourquoi le droit positif concède la réception de situations filiales frauduleuses en France en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant (1). Or, cette attitude tendant à évincer la fraude au profit des droits fondamentaux conduit progressivement à l'extinction de l'exception et ceci à raison d'une nette propagation du substantialisme en droit des conflits de lois (2).

1) La réception de situations filiales frauduleuses au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant

1866. Si, classiquement, l'exception de fraude à la loi voit ses effets atténués en raison de la réalité de la situation juridique, cet affaiblissement s'étend au cas particulier de situations internationales frauduleuses en matière de filiation (a). Or, si la réalité de la situation familiale pourrait éventuellement être invoquée, c'est à l'appui des droits fondamentaux et notamment de l'intérêt supérieur de l'enfant que la reconnaissance de ces situations est autorisée (b).

a) L'admission de situations internationales frauduleuses en matière de filiation

1867. L'admission de fraudes à la loi française en matière de filiation. Au-delà des cas pour lesquelles la sanction de la fraude à la loi est relativisée eu égard à la réalité de la

situation internationale, il est également d'autres hypothèses pour lesquelles le mécanisme est écarté. Particulièrement en matière de filiation, la France accueille des cas de fraude à la loi française et leur donne pleinement effectivité sur le territoire français.

1868. L'exemple de la procréation médicalement assistée. Premièrement, en matière de PMA, le droit français n'offre actuellement la possibilité de recourir à ce procédé qu'aux couples hétérosexuels. C'est pourquoi de nombreux couples féminins homosexuels ont recours à une procréation médicalement assistée à l'étranger. Or, « le procédé qui consiste à bénéficier à l'étranger d'une assistance médicale à la procréation interdite en France, puis à demander l'adoption de l'enfant, conçu conformément à la loi étrangère mais en violation de la loi française, constitue une fraude à celle-ci »²⁵⁸⁶. Or, depuis deux avis de la Cour de cassation de 2014, celle-ci considère que « le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant »²⁵⁸⁷. Par conséquent, la Cour de cassation écarte l'exception de fraude à la loi et reconnaît l'ouverture de l'adoption alors que l'enfant est issu d'un processus frauduleux.

1869. L'exemple de la gestation pour autrui. Deuxièmement, en matière de gestation pour autrui, le droit français ne permet pas de recourir à ce procédé. Par conséquent, comme pour la PMA, certaines personnes ou couples ont recours à une GPA à l'étranger. Ainsi, il s'agit de recourir à une GPA interdite en France pour ensuite réclamer la transcription de la filiation sur les registres d'état civil français. Or, si l'enfant est conçu conformément au droit étranger, il l'est en revanche en violation de la loi française. C'est pourquoi il est question d'une fraude à la loi. Pourtant, une nouvelle fois, la Cour de cassation a considéré en 2015²⁵⁸⁸, que « la transcription de la filiation biologique (est autorisée) si l'acte de naissance ne comporte pas d'irrégularités formelles »²⁵⁸⁹. Ainsi, la Cour de cassation a donné effectivité en France à une situation en fraude à la loi française.

1870. Des fraudes admises au regard de la régularité de la situation familiale. Au regard de ces deux hypothèses particulières relatives au statut personnel, il semble sans doute

²⁵⁸⁶ P. Reigné, « résumé », in « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi », *Revue Droit de la famille*, n°7-8, juill. 2014, comm. 113.

²⁵⁸⁷ Cass., avis, 22 sept. 2014, n°14-70.006 et 14-70.007, préc.

²⁵⁸⁸ Cass., Ass. pl., 3 juill. 2015, n°15-50.002 et n°14-21.323, préc.

²⁵⁸⁹ F. Sudre, « GPA : bis repetita », *JCP N.* n°37, 16 sept. 2016.

possible de faire un lien avec la réalité juridique de la situation internationale. En effet, si ce n'est pas l'écoulement du temps qui joue cette fois-ci, il semble que la régularité de la situation internationale et plus particulièrement familiale l'emporte sur l'exception de fraude à la loi. Par conséquent, une fois encore, le mécanisme exceptionnel est déjoué, de façon à remettre en cause la loi normalement applicable en vertu du droit des conflits de lois

1871. . Ainsi, la fonction assignée à l'exception de fraude à la loi est de nouveau balayée. Pourtant, cette éviction de la fraude à la loi semble être justifiée en droit positif par les droits fondamentaux reconnus à tout sujet de droit.

b) La reconnaissance de situations frauduleuses au nom des droits fondamentaux

1872. Des fraudes tolérées au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. En réalité, si la Cour de cassation a adopté ces différentes positions en matière de filiation, c'est en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant. S'agissant de la PMA, la Cour de cassation fait droit à la demande d'adoption considérant en réalité que celle-ci est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant et au droit au respect de la vie privée et familiale de faire droit à la demande d'adoption de l'épouse de la mère de l'enfant. S'agissant de la GPA, la Cour de cassation reconnaît la possibilité de transcrire la filiation biologique considérant également que cela relève de l'intérêt supérieur. Plus précisément, la Cour de cassation s'est vraisemblablement alignée sur la position de la CEDH, qui en 2014²⁵⁹⁰, a considéré qu'« en présence d'un lien biologique avec le père, il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant que les Etats retranscrivent sur les registres d'état civil la filiation établie à l'étranger d'enfant né d'une telle pratique »²⁵⁹¹, et dont la position a été réaffirmée en 2016²⁵⁹².

1873. Une sanction ineffective au nom des droits fondamentaux. Par conséquent, c'est en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant c'est-à-dire de son droit au respect de la vie privée, qu'il convient de reconnaître sur le territoire français des situations filiales émanant

²⁵⁹⁰ CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson contre France et Labassée contre France*, aff. 65192/11 et aff. 65941/11, préc.

²⁵⁹¹ L. Lorenzini, « Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant », *JDI* n°3, juill. 2017, doct. 10.

²⁵⁹² CEDH, 14 janv. 2016, *Mandet c/ France*, N°30955/12, *D. actualité*, 8 fév. 2016, note V. Lefebvre ; *Daloz* 2016, p. 257, et p. 1966, note Ph. Bonfils ; *Daloz* 2017, p. 729, note F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2016, p. 331.

d'un processus frauduleux eu égard à la loi française²⁵⁹³. Ainsi, en sus des hypothèses dans lesquelles l'exception de fraude à la loi est remise en cause, s'y greffent ces cas particuliers en matière de filiation. Ainsi, il pourrait être ajouté à cette liste que les droits fondamentaux peuvent justifier l'absence de sanction de fraude à la loi. La protection accordée à la méthode conflictuelle par l'exception de fraude à la loi s'affaiblit alors davantage. Néanmoins, cette mise en cause des droits fondamentaux n'est pas si surprenante puisque certaines situations frauduleuses ne font pas l'objet de sanction en raison de considérations substantielles.

2) L'extinction propice de l'exception face à la propagation du substantialisme

1874. Réellement, les jurisprudences relatives aux situations filiales frauduleuses viennent remettre en cause la posture de l'exception de fraude à la loi face aux droits fondamentaux. Or, il semblerait que ces droits fondamentaux permettent, dans une autre mesure, de reléguer la fraude à la loi derrière la justice matérielle (a). C'est pourquoi et malheureusement, cette exception tend inévitablement à disparaître, et ceci en défaveur du respect de la méthode conflictuelle (b).

a) *La relégation de la fraude à la loi face à la justice matérielle*

1875. Si l'éviction de la fraude à la loi peut se justifier par la prédominance de certains droits fondamentaux au regard des intérêts en cause, elle peut également être envisagée au regard du respect de l'ordre public international. En effet, dans certains cas, « le défaut de sanction d'une fraude à la loi étrangère » a pu s'expliquer « parfois par sa contrariété, plus ou moins avouée, aux conceptions locales ou par des motifs politiques »²⁵⁹⁴. La sanction qu'engendre la fraude à la loi peut conduire à appliquer une loi qui serait contraire aux conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for. C'est pourquoi la répression peut être légitimement écartée dans ce cas, afin de permettre un traitement juridique de la situation internationale compatible avec l'ordre juridique saisi. En d'autres termes, cela signifie que si les droits fondamentaux peuvent entrer en jeu pour écarter l'exception de fraude à la loi, l'ordre public international le peut également. Ainsi, au regard de certaines considérations de justice matérielle, il semblerait que la fraude à la loi puisse être

²⁵⁹³ Voir en ce sens : H. Muir-Watt, « Discours sur les méthodes de droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) : Cours général de droit international privé », *op. cit.*, § 131, laquelle expose la difficulté de sanctionner une gestation pour autrui par l'inopposabilité dans la mesure où « l'inopposabilité de l'acte revient à punir les enfants pour les péchés de leurs parents » et poursuit : « Le dilemme d'ordre moral est donc un point aveugle méthodologique du droit international privé : seule le « comme si » - c'est-à-dire l'adoption fictive d'une vue surplombante afin d'évaluer globalement l'ensemble des intérêts en cause sans occulter l'une ou l'autre catégorie – pourrait permettre d'en sortir ».

²⁵⁹⁴ B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, § 306.

écartée. Par conséquent, ce mécanisme tend à disparaître au profit de considérations substantielles *a priori* estimées plus importantes que la répression de situations frauduleuses.

b) *La disparition annoncée de l'exception de fraude à la loi en droit positif*

1876. Une répression minimale susceptible de rupture d'égalité. Toutes ces hypothèses consistant à prendre en considération certaines valeurs fondamentales, et plus vraisemblablement des aspirations d'ordre substantiel invitent à la disparition de l'exception de la fraude à la loi. En effet, au regard des nombreuses atténuations qu'elle connaît quant à son application, qu'il s'agisse de l'écoulement du temps, de l'effectivité de la situation juridique, des fraudes patentes ou encore des droits fondamentaux, il semblerait que sa fonction soit reléguée à un rang inférieur. En vérité, ces cas exceptionnels, tendant à se généraliser, invitent à ranger la fraude à la loi « au magasin des accessoires juridiques inutiles »²⁵⁹⁵, voire à considérer que « plus rien n'est frauduleux »²⁵⁹⁶. Or, cette attitude tend à remettre en cause la méthode conflictuelle. La justice matérielle a donc pris le pas sur la justice conflictuelle en droit des conflits de lois. Il est regrettable que l'exception de fraude à la loi perde autant de vigueur dans la mesure où elle constitue un outil protecteur de la méthode conflictuelle. Par conséquent, puisque le résultat frauduleux de la règle de conflit fait l'objet de peu de sanctions, l'égalité de traitement entre les sujets de droit est rompue. Certains seront soumis à la loi véritablement compétente, tandis que d'autres seront soumis à la loi fraudée.

1877. La réactivation de la sanction par respect de l'égalité de traitement. En conclusion, en théorie, l'exception de fraude à la loi, ainsi que son régime constituent un outil de protection de la règle de conflit. En effet, outre quelques imperfections, le mécanisme, tant dans son principe que son régime, répond des exigences de la justice conflictuelle et notamment des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. De plus, cette protection est relativement étendue puisqu'elle s'applique au conflit de lois et à l'exécution des jugements. Cependant, les applications jurisprudentielles de fraude à la loi sont restreintes en raison d'un certain laxisme toléré pour diverses raisons notamment de nature substantielle. Ainsi, dans la mesure où cette ineffectivité de la sanction tend à remettre en cause le respect de la règle de conflit, ainsi que l'égalité de traitement qui en découle, il serait sans doute préférable d'y

²⁵⁹⁵ J. Foyer, « Filiation », *Rép. intern. Dalloz*, juill. 2015, § 245.

²⁵⁹⁶ S. Clavel, *op. cit.*, p. 255 et s.

remédier. Pour cela, il serait plus simple, comme cela semble être le cas pour la PMA²⁵⁹⁷, que le législateur aligne sa position conformément à celle de la jurisprudence afin que des situations considérées comme frauduleuses, mais tolérées, ne le soient plus.

²⁵⁹⁷ Voir en ce sens : projet de loi bioéthique 2019 présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 portant réforme de la PMA notamment afin de l'ouvrir aux couples femmes homosexuelles.

CONCLUSION DU CHAPITRE II :

1878. L'alignement des éléments perturbateurs sur l'égalité de traitement des situations internationales. Le régime de l'application de la loi matérielle désignée peut être perturbé par deux exceptions que sont l'ordre public international et la fraude à la loi. Toutefois, au regard de leurs fonctions respectives, il ne convient pas d'en contester leur admission en droit positif. En revanche, leur régime respectif peut être remis en cause dans la mesure où il ne préserve pas *a maxima* l'égalité de traitement garantie par la méthode conflictuelle.

1879. L'affinement du régime de l'ordre public international. D'une part, l'ordre public international doit demeurer un mécanisme exceptionnel employé avec précaution lorsque cela est véritablement nécessaire c'est-à-dire lorsqu'au regard des circonstances de l'espèce, son intervention s'avère obligatoire afin de mettre un terme au trouble social créé dans l'ordre juridique saisi. C'est pourquoi le déclenchement de l'exception doit être le plus possible circonstancié. Par conséquent, il doit faire l'objet d'un affinement par rapport à son régime actuel. Ainsi s'il convient de conserver ses caractères et son effet atténué, il faut absolument qu'il consiste en un ordre public international de proximité. Il s'agit de la seule façon de garantir un recours strictement nécessaire au mécanisme, par exception à la méthode conflictuelle. Celle-ci ne sera écartée que lorsque de véritables conditions matérielles, mais surtout spatiales justifient d'écarter le résultat issu de la règle de conflit. De cette manière, l'égalité de traitement ne sera écartée que lorsque la régularité de la situation internationale dans l'ordre juridique saisi le justifie vraiment. Toutefois, pour que le jeu de la méthode conflictuelle soit davantage préservé, l'effet substitutif du mécanisme doit se produire en faveur de la loi qui présente les liens les plus étroits, excepté la loi désignée applicable.

1880. La réactivation de l'exception de fraude à la loi. D'autre part, la fraude à la loi doit également être maintenue dans la mesure où elle constitue une exception au service du respect de la règle de conflit. C'est pourquoi son régime ne doit pas spécialement être révisé hormis la question de l'étendue de sa sanction. En revanche, son effectivité en pratique est remise en cause pour diverses raisons imputables à la réalité de la situation internationale ou à certaines considérations substantielles. Or, ces diverses entorses au mécanisme remettent en cause le résultat issu de la règle de conflit et conséquemment l'égalité de traitement. C'est pourquoi il convient d'agir sur ce point pour rendre à l'exception de la fraude à la loi son véritable rang. Toutefois, eu égard aux divers cas jurisprudentiels pour lesquels la fraude à la loi est tolérée, il semblerait qu'il revienne simplement au législateur d'aligner sa législation

sur la position adoptée par la jurisprudence de la Cour de cassation, notamment à propos du tourisme procréatif. Ainsi, l'exception de fraude à la loi pourrait, de nouveau, être employée lorsqu'il existe une véritable fraude qui ne peut être tolérée par l'ordre juridique français. Par conséquent, neutralité et égalité de traitement retrouveraient également leur place.

1881. La préservation de l'égalité de traitement au stade final de la règle de conflit. Finalement, même lorsque le régime de la loi matérielle applicable est perturbé par l'ordre public international ou la fraude à la loi, il peut demeurer conforme à l'égalité de traitement qui découle de la méthode conflictuelle. Ainsi, cet objectif est garanti jusqu'au stade ultime de l'application de la règle de conflit.

CONCLUSION DU TITRE II :

1882. La reconsidération du régime d'application à l'aune de l'égalité de traitement. En conclusion, le régime d'application de la règle de conflit, tant au regard de son encadrement de principe, que des exceptions par lesquelles il peut être affecté, doit faire l'objet d'une certaine réformation afin de se conformer à l'égalité de traitement qui est promue par la méthode conflictuelle.

1883. Une réformation partielle du régime de principe. S'agissant du régime d'application classique, il convient d'être nuancé puisqu'il n'est que partiellement incompatible avec les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. En effet, seul le régime d'application de la règle de conflit doit être remis en cause de manière évidente. Les règles applicables en matière d'office du juge ne respectent pas actuellement ces objectifs dans la mesure où la jurisprudence appréhende, sans doute, de la mauvaise façon la nature de ces règles. C'est pourquoi il convient de réformer entièrement ce régime en considérant que toute règle de conflit constitue une règle de droit qui doit obligatoirement être appliquée par le juge, et qu'à défaut d'application possible, y sera substituée la loi des liens les plus étroits. En adoptant ce régime, la neutralité de la règle est préservée, et l'égalité de traitement garantie aux sujets de droit au stade de l'application de la règle de conflit. En revanche, le régime d'application de la loi matérielle compétente est globalement bien encadré par la jurisprudence et participe à la protection de ces deux objectifs. Par conséquent, seules quelques modifications à l'égard de cas exceptionnels doivent être envisagées, notamment la suppression de la théorie de l'équivalence. Ainsi, le régime d'application classique de la règle de conflit doit faire l'objet d'une révision, mais celle-ci n'est que partielle. Il est alors possible d'espérer que ce régime garantisse à l'avenir l'égalité de traitement des situations internationales.

1884. Une réformation localisée des mécanismes d'éviction. S'agissant des exceptions au régime d'application, celles-ci doivent être maintenues en droit positif eu égard à leur fonction respective. Néanmoins, leur utilisation actuelle en jurisprudence invite à les reconsidérer eu égard aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. C'est pourquoi l'ordre public international doit demeurer exceptionnel, c'est-à-dire strictement justifié eu égard aux circonstances matérielles, mais surtout spatiales. Il doit alors nécessairement constituer un ordre public de proximité afin d'écarter la méthode conflictuelle uniquement lorsque cela est exigé par la régularité de la situation internationale dans un ordre juridique. De la même manière, pour garantir aux sujets de droit une justice véritablement conflictuelle,

la loi substituée doit être celle des liens les plus étroits. En d'autres termes, le régime de l'ordre public international doit s'inspirer de celui de la méthode conflictuelle pour demeurer une exception. Ainsi, la neutralité de la règle de conflit et l'égalité de traitement qui en découle ne sont écartées que lorsque la régularité de la situation l'impose effectivement. En revanche, s'agissant de la fraude à la loi, il n'est pas question de remettre en cause son régime qui favorise le respect des règles de conflit. Toutefois, il convient d'intervenir quant à la question de son efficacité en jurisprudence, puisqu'elle tend à s'effacer pour diverses raisons. Il est alors préconisé que le législateur s'aligne sur la position de la jurisprudence afin de rendre légales des situations frauduleuses tolérées, et ainsi rendre à cette exception toute sa vigueur. De cette façon, l'égalité de traitement retrouve de manière consécutive sa place aux côtés du respect de la neutralité de la méthode conflictuelle.

1885. Un régime d'application à remodeler dans son ensemble au regard de l'égalité de traitement. Finalement, le régime d'application de la règle de conflit dans son ensemble ne répond que limitativement de la justice conflictuelle. C'est pourquoi différents de ses points de droit doivent être reconsidérés à l'aune de l'égalité de traitement. Toutefois, si la tâche est malaisée, elle demeure accessible. Il peut être espéré que le régime d'application de la règle de conflit s'aligne donc sur les exigences de la justice du droit des conflits de lois.

CONCLUSION DE LA PARTIE II :

1886. La réformation du régime de la règle de conflit conformément à l'égalité de traitement. Finalement, eu égard à l'étude du régime applicable en théorie des conflits de lois, si le statut de la règle de conflit bilatérale peut conduire au maintien de la neutralité de la règle et à l'égalité de traitement qui en découle, il n'en est pas de même de son régime actuellement encadré par des règles spécifiques à la théorie générale du conflit de lois. En effet, pour parvenir à une mise en conformité de ces objectifs, il convient de réformer tant la phase d'applicabilité que la phase d'application.

1887. La révision intégrale du régime d'applicabilité. S'agissant de l'applicabilité de la règle de droit c'est-à-dire de la règle de conflit, cette phase doit être *quasi* intégralement remise en cause dans la mesure où elle s'inscrit en totale inadéquation avec les objectifs de neutralité et d'égalité de traitement issus de la règle de conflit. En effet, qu'il s'agisse de son régime de principe, ou de ses exceptions, ils possèdent tous des caractères dont les conséquences sont néfastes pour la réalisation de ces objectifs. Ainsi, la qualification doit être révisée au profit d'une qualification internationale fondée sur une méthode unique des liens les plus étroits. En sus, la détermination de la règle de conflit applicable parmi les sources en vigueur doit se produire à l'aune d'un principe de primauté, tout comme les champs d'application matériel et spatial des textes internationaux doivent être strictement encadrés. De la même manière, les lois de police, si elles doivent être maintenues, doivent faire l'objet d'une identification par le législateur. Ainsi, toutes les règles de principe doivent être réformées pour répondre de la neutralité de la méthode et de l'égalité de traitement qui en découle. Or, ce constat est identique eu égard aux éléments perturbateurs puisqu'ils ne respectent pas dans leur conception actuelle ces deux objectifs. C'est pourquoi par respect de la méthode conflictuelle, le mécanisme du renvoi doit être supprimé, tout comme le conflit de lois dans le temps doit être résolu par le droit transitoire de l'ordre juridique dont émane les règles en conflit. En revanche, le conflit mobile semble pouvoir être éradiqué en adoptant simplement la méthode à rattachement unique aux liens le plus étroits. En d'autres termes, le régime d'applicabilité de la règle de conflit doit intégralement être révisé puisqu'aucune de ses règles ne respecte la méthode conflictuelle et, par conséquent l'égalité de traitement recherchée. Toutefois, l'étude de ce régime invite à considérer que cette révision est abordable en droit positif.

1888. Le renouvellement partiel du régime d'application. En revanche, le régime d'application de la règle de droit applicable, c'est-à-dire de la règle de conflit et de la loi

matérielle, ne doit faire l'objet que d'une modernisation partielle. En effet, eu égard à ses règles de principes, seul le régime d'application de la règle de conflit doit être globalement changé afin que l'office du juge respecte la nature de règle de droit à laquelle prétend toute règle de conflit. Ainsi, chaque règle doit obligatoirement être appliquée par le juge et, à défaut, ne doit être appliquée subsidiairement que la loi des liens les plus étroits. En revanche, le régime d'application de la loi matérielle, tel que conçu par la jurisprudence, respecte ces principes dans son ensemble. C'est pourquoi seules quelques modifications annexes doivent être effectuées telles que la suppression de la théorie de l'équivalence. De la même façon, les exceptions de ce régime d'application doivent être maintenues eu égard au rôle qu'elles assurent. Néanmoins, elles doivent être renouvelées pour répondre davantage des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement. L'ordre public international doit être révisé afin que son régime ne soit construit qu'à l'aune du principe de proximité. Également, l'exception de la fraude à la loi doit être réactivée dans la mesure où elle fait l'objet d'un effacement en pratique. En conclusion, le régime d'application doit être revu, mais sa modernisation semble tout à fait envisageable. Par conséquent, ce régime peut véritablement garantir l'égalité de traitement des situations internationales.

1889. Un régime garant de l'égalité de traitement accessible. Finalement, qu'il s'agisse de l'applicabilité ou de l'application de la règle de conflit, le régime retenu en théorie générale des conflits de lois contrevient, et parfois fortement, au respect des objectifs de neutralité et d'égalité de traitement normalement garantis par la méthode conflictuelle bilatérale. C'est pourquoi si le statut de la règle de droit doit être celui d'une règle de conflit bilatérale à rattachement unique aux liens les plus étroits, son régime doit être totalement refondé à l'aune de ces objectifs afin d'assurer une égalité de traitement des situations internationales. Néanmoins, l'étude du régime invite à penser que cette réformation soit parfaitement accessible en droit positif.

CONCLUSION

1890. L'absence de conformité du droit des conflits de lois avec l'égalité de traitement des situations internationales. Confronter la discipline du droit des conflits de lois à l'égalité de traitement des situations internationales revient à considérer que celle-ci ne s'y conforme pas, tant au regard de sa méthode que de son régime. C'est pourquoi il convient d'admettre deux postulats différents afin que cette discipline puisse à l'avenir répondre de cette aspiration.

1891. La substitution d'une méthode conflictuelle objective bilatérale à rattachement aux liens les plus étroits. Il est nécessaire de refonder la discipline sur un socle nouveau en opérant table rase du passé afin d'exclure toute considération subjective de sa méthode ainsi que toute fragmentation juridique. C'est pourquoi il revient à la doctrine d'établir une méthode unique conforme à la nature et à l'objet du droit des conflits de lois afin qu'elle puisse être appréhendée par n'importe quel Etat. Toutefois, pour qu'une telle méthode soit susceptible d'universalisation, elle doit nécessairement être conflictuelle, objective, bilatérale et à rattachement unique aux liens les plus étroits. En effet, dans la mesure où cette méthode est neutre puisque scientifique, elle permet d'emporter l'assentiment de tout Etat. De plus, puisqu'elle est fondée à l'aune du principe de proximité, appréciée de manière concrète dans chaque situation internationale, elle répond de l'idéologie prônée par la justice conflictuelle du droit des conflits de lois consistant à déterminer la compétence de chaque loi dans l'espace. De surcroît, en adoptant une méthode bilatérale, traitant chaque loi sur un pied d'égalité, et en optant pour un rattachement unique aux liens les plus étroits, il est certain que cette méthode permet de garantir, en sus de la neutralité de la règle de conflit, l'égalité de traitement qui en découle. Ainsi, en recourant à ce statut unique de règle, la neutralité de la méthode est préservée et permet de créer un terrain favorable à l'universalisme, lequel assure conséquemment à l'égalité de traitement une véritable effectivité. Toutefois, si la création de ce statut ravive l'espoir que la méthode en droit des conflits de lois puisse être neutre et égalitaire, il faut également que son régime s'y conforme.

1892. La modernisation du régime applicable en théorie générale du conflit de lois sous l'égide de l'égalité de traitement. S'il doit être procédé à un changement complet de méthode, il doit également être opérée une réformation du régime applicable à la règle de conflit. En effet, ce régime fait état de nombreux défauts dans la mesure où il ne répond pas de façon régulière à la justice conflictuelle et donc à l'égalité de traitement des situations internationales. C'est pourquoi pour respecter les objectifs de neutralité et d'égalité, le régime

doit s'aligner sur l'idéologie de la justice conflictuelle afin que les règles applicables soient neutres et orientées par une approche scientifique fondée sur le principe de proximité. Ainsi, le régime doit maintenir la neutralité de la méthode et conséquemment promouvoir un régime d'application universelle. De plus, le statut de la règle de conflit, notamment en tant que règle de droit, doit être respecté. En outre, cela signifie que le régime doit faire l'objet d'une sérieuse réformation, excepté quant aux règles relatives à l'application de la loi matérielle compétente. Toutefois, si cette modernisation du régime, justifiée par le respect de l'égalité de traitement des situations internationales, s'avère ambitieuse, elle n'en est pas moins vaine. Pour être réalisable, il suffit, par le biais de révisions et suppressions, d'organiser ce régime autour d'une seule ligne conductrice, celle de la justice conflictuelle classiquement promue par le droit des conflits de lois.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

ALLAND D. et RIALS S.

- *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

ANCEL B. et LEQUETTE Y.

- *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2006

ANZILOTTI D.

- *Teoria del diritto internazionale privato passim et règles générales des conflits de lois*, Recueil 1936, t. 58

ARMINJON P.

- *Précis de droit international privé*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1947

ATTAL M. et RAYNOUARD A.

- *Droit international privé*, Tome 1 : « Principes généraux », Larcier, 2013

AUDIT B. et AVOUT L. (d')

- *Droit international privé*, Economica, 7^{ème} éd., 2013

BARTIN E.

- *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, Domat-Montchrestien, 1930

BATIFFOL H. et LAGARDE P.

- *Droit international privé*, Tome I, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993

BUREAU D. et MUIR-WATT H.

- *Le droit international privé*, PUF, 1^{ère} éd., Que sais-je ?, 2009
- *Droit international privé*, PUF, 4^{ème} éd., 2017, Tome I

CABRILLAC R.

- *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2019*, LexisNexis, 10^{ème} éd., 2018

CACHARD O.

- *Droit international privé*, Bruylant, 6^{ème} éd., 2017

CARBASSE J.-M.

- *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, 7^{ème} éd., 2017

CLAVEL S.

- *Droit international privé*, Dalloz, Coll. Hypercours, 5^{ème} éd., 2018

CORNU G.

- *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^{ème} éd.

DESPAGNET F.

- *Précis de droit international privé*, Recueil Sirey et du Journal du Palais, 5ème éd., 1909

EHRENZWEIG A. A.

- *Private international law*, Sijthoff, 1967

FOELIX M.

- *Traité de droit international privé ou du conflit de lois de différentes nations*, Marescq Ainé, 4^{ème} éd., 1866

GRAULICH P.

- *Principes de droit international privé*, Dalloz, 1ère éd., 1961
- *Introduction au droit international privé*, Liège, Fac. de Droit, d'Economie et de Sciences sociales, 1978, t. I

GUINCHARD S. et DEBARD T.

- *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 26ème éd.

KEGEL G.

- *Internationales privatrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964

LAURENT F.

- *Droit civil international*, Ed. Paris Bruxelles : A. Marescq Bruylant-Christophe & ce, 1880-1881

LEREBOURS-PIGEONNIERE et LOUSSOUARN Y.

- *Droit international privé*, Dalloz, 9ème éd., 1970

LOUSSOUARN Y., BOUREL P. et VAREILLES-SOMMIERES P. (de)

- *Droit international privé*, Dalloz, 10ème éd., 2013

MAYER P.

- *Droit international privé*, Domat, 6ème éd., 1998

MAYER P. et HEUZE V.

- *Droit international privé*, Domat - Montchrestien, 11ème éd., 2014

NIBOYET M.-L. et GEOUFFRE DE LA PRADELLE G.

- *Droit international privé*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2017

NIBOYET J.-P.

- *Droit international privé français*, Tome III, Sirey, 1944
- *Droit international privé français*, Tome I, Sirey, 2ème éd., 1947
- *Droit international privé français*, Tome IV, Sirey, 2ème éd., 1947

PILLET A.

- *Principes de droit international privé*, Pedone - Alliers Frères, 1903

PILLET A. et NIBOYET J.-P.

- *Manuel de droit international privé*, Recueil Sirey, 2ème fasc., 1924

QUADRI R.

- *Lezioni di Diritto internazionale privato*, 3ème éd., Naples, 1961

RIGAUD L.

- *Cours de droit international privé*, Domat - Montchrestien, 2ème éd., 1943

ROBERT J. et DUFFAR J.

- *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Domat - Montchrestien, 8ème éd., 2009

SAURON J.-L.

- *Procédures devant les juridictions de l'Union européenne et devant la CEDH*, Gualino, 4ème éd., 2016

SAVATIER R.

- *Cours de droit international privé*, LGDJ, 2ème éd., 1953

VALERY J.

- *Manuel de droit international privé*, Fontemoing et Cie, 1914

VIGNAL T.

- *Droit international privé*, Sirey, 4ème éd., 2017

WEISS A.

- *Manuel de droit international privé*, Recueil Sirey, 1920

OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MEMOIRES, MONOGRAPHIES, COURS ET TRAVAUX
COLLECTIFS

ABI-SAAB G.

- « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1987, vol. n°207

AGO R.

- « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, 1936, vol. n°58

ANCEL B.

- *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Thèse, Paris 2, 1974, Dalloz, 1977
- *Éléments d'histoire du droit international privé*, Éd. Panthéon-Assas, 2017, p. 329

AUDIT B.

- *La fraude à la loi*, Thèse, Paris 2, 1971, Dalloz, 1974
- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI*, 1984, vol. n°186
- « Le droit international privé en quête d'universalité : cours général », *RCADI*, 2003, vol. n°305

ARMINJON P.

- « L'objet et la méthode du droit international privé », *RCADI*, 1928, vol. n°21

BATIFFOL H.

- « Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI*, 1948, vol. n°72
- *Les aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002

BERGE J.-S., FORTEAU M., NIBOYET M.-L. et THOUVENIN J.-M.

- *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales : regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes : actes de la journée d'études organisée le 16 avr. 2010 par le CEDCACE, le CEDIN et le CEJEC*, Pedone, 2011, Coll. des Cahiers internationaux

BIREAUD R.

- *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, Thèse, Aix-Marseille, 1932, Imprimerie d'éditions Roubaud, 1932

BISMUTH R. et THOUVENIN J.-M.

- *La standardisation internationale privée : aspects juridiques : (colloque, Poitiers, vendredi 24 mai 2013)*, Larcier, 2014

BORRAS A.

- « Le droit communautaire et les rapports privés internationaux », *RCADI*, 2005, vol. n°317

BOUREL P.

- « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », *RCADI*, 1989, vol. n°214

BRUNS V.

- « La cour permanente de justice internationale : son organisation et sa compétence », *RCADI*, 1937, vol. n°62

BUCHER A.

- *La dimension sociale du droit international privé*, Adi-poche, Coll. Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, 2011
- « La dimension sociale du droit international privé : Cours général », *RCADI*, 2010, n°341

CADET F.

- *Les transformations méthodologiques de l'ordre public en droit international de la famille : étude comparée France/Espagne*, Thèse, Toulouse 1, 2001, Lille : ANRT, 2003

CAVERS D. F.

- « Contemporary conflicts law in American perspective », *RCADI*, 1970, vol. n°131

COUJOU J.-P.

- *Principes du droit naturel*, Dalloz, 2007

DELAUME G.-R.

- *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Thèse, Paris, 1946, Sirey, 1947

DIENA G.

- « La conception du Droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie », *RCADI*, 1927, vol. n°17

DONNEDIEU DE VABRES H.

- *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit des lois*, Thèse, Paris, 1905, Ed. A. Rousseau, 1905

FAVOREU L.

- *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux - débats*, Economica, PU Aix-Marseille, 1982

FOHRER E.

- *L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme sur l'ordre public international français*, Mémoire, Paris 2, Bruylant, 1999

FRANCESKAKIS Ph.

- *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Thèse, Paris, 1957, Sirey, 1958

FRANKENSTEIN E.

- « Tendances nouvelles du droit international privé », *RCADI*, 1930, vol. n°33

FAUVARQUE-COSSON B.

- *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse, Paris 2, 1994, LGDJ, 1996

GANNAGE L.

- *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, Thèse, Paris 2, 1998, LGDJ, 2001

GAVALDA C.

- *Les conflits dans le temps en droit international privé*, Thèse, Paris, 1954 Sirey, 1955

GAUDEMET-TALLON H.

- « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, 2005, vol. n°312

GRIFFIN-COLLART E.

- *L'égalité*, vol. n° II : « égalité et justice dans l'utilitarisme », Bruylant, 1974

GRIMALDI J.-D.

- *Délimitation juridique de la communauté internationale contemporaine*, Thèse, Paris, 1943, Dalloz, 1943

GUTZWILLER M.

- « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929, vol. n°29

HABERMAS J.

- *Droit et démocratie : entre faits et normes*, Gallimard, 1997

HALPÉRIN J.-L.

- *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999

HAMMJE P.

- *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, Thèse, Paris 1, 1994, Lille : ANRT, 1995

HAURIOU M.

- *La science sociale traditionnelle*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1896

HERE F. (d')

- *Des problèmes posés par la qualification des rapports juridiques en droit international privé*, Thèse, Aix-Marseille, 1938, Domat-Montchrestien, 1938

HUNTER-HENIN M.

- *Pour une redéfinition du statut personnel*, Thèse, Paris 1, 2001, PU Aix-Marseille, 2004

JAYME E.

- « Les sources du droit international privé », *RCADI*, 1995, vol. n°251
- « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, vol. n°251

JORGE M.

- *Les rattachements alternatifs en droit international privé*, Thèse, Paris 1, 1988, Lille : ANRT, 1989

JOUBERT N.

- *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique*, Thèse, Paris 1, 2002, LexisNexis, 2008

KANT E.

- *Qu'est-ce que les Lumières ?* traduit par J.-F. Poirier et F. Proust, réimpression, Flammarion, 2006

KEGEL G.

- « Governmental Interests : Brained Currie », *RCADI*, 1964, vol. n°112

KINSCH P.

- « Droits de l'Homme, droits fondamentaux et droit international privé », *RCADI*, 2005, vol. n°318

KOHLER C.

- « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes », *RCADI*, 2013, vol. n°359

LAGARDE P.

- *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris, 1957, LGDJ, 1959
- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain : cours général de droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. n°196
- « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, 2014, vol. n°371

LAGRANGE E.

- « L'efficacité des normes internationales concernant la situation des personnes privées dans les ordres juridiques internes », *RCADI*, 2012, vol. n°356

LALIVE P.

- « Tendances et méthodes en droit international privé : cours général », *RCADI*, 1977, vol. n°155

LECUYER S.

- *Appréciation critique du droit international privé conventionnel : pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Thèse, Paris 10, 2006, LGDJ, 2007

LEROUX P.

- *De l'égalité*, Boussac : imprimerie de Pierre Leroux, 1848

LEQUETTE Y.

- « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? Cours général de droit international privé », *RCADI*, 2018, vol. n°387

LEVEL P.

- *Essai de systématisation du conflit de lois dans le temps*, Thèse, Paris, 1957, LGDJ, 1959

LEWALD H.

- « Le contrôle des Cours suprêmes sur l'application des lois étrangères », *RCADI*, 1936, vol. n°57

MARCHADIER F.

- *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Thèse, Limoges, 2005, Bruylant, 2007

MAURY J.

- « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, 1936, vol. n°57
- *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid, 1952

MAZIERE P.

- *Le principe d'égalité en droit privé*, Thèse, Paris 2, 1997, PU Aix-Marseille, 2003

MELIN F.

- *La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond*, Thèse, Reims, 2002, PU Aix-Marseille, 2002

MELIN-SOUCRAMANIEN F.

- *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *Economica*, 1ère éd., 1997

MOLDOVAN M. C.

- *L'ordre public en droit international privé*, Thèse, Paris, 1933, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1932

MONTESQUIEU

- *De l'esprit des lois*, Tome I, Ed. de Robert Derathé, *Classiques Garnier*, Bibliothèque du XVIIIème siècle, Paris, 2011

MUIR-WATT H.

- *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse, Paris 2, 1985, Lille : ANRT, 1986
- « Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économiques sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *RCADI*, 2004, vol. n°307
- « Discours sur les méthodes du droit international privé », *RCADI*, 2018, vol. n°389

OPPETIT B.

- « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, 2008, vol. n°234

PAOLO ROMANO G.

- *Le dilemme du renvoi en droit international privé*, Thèse d'habilitation, Saint-Gall, 2014, LGDJ, 2014, 1ère éd.

PAPAUX A.

- *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction*, Thèse, Lausanne, 2002, LGDJ, 2003

PATOCCHI P. M.

- *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse, Genève, 1985, Georg & Cie, 1985

PELLET A.

- *Le droit international entre souveraineté et communauté*, Pedone, 2014

PEREZNIETO CASTRO L.

- « Le concept de territorialisme dans le droit », *RCADI*, 1985, vol. n°190

PICONE P.

- « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. n°197
- « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : cours général de droit international privé », *RCADI*, 1999, vol. n°276

PILLET A.

- *L'ordre public en droit international privé*, F. Allier père et fils et L. Larose et Forcel, 1890
- « La théorie générale des droits acquis », *RCADI*, 1925, vol. n° 8

PITTON M.-C.

- *Le rôle du jugement étranger dans l'interprétation du droit conventionnel uniforme*, Thèse, Paris 1, 2007, The Hague : Eleven international publishing, 2014

POLITIS N.

- *La justice internationale : une introduction historique*, Ed. Panthéon-Assas, 2017

POMMIER J.-C.

- *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Thèse, Paris 2, 1990, Economica, 1992

QUADRI R.

- *Cours général de droit international public*, T. 113, Académie de droit international, Recueil des cours, 1964, pp. 239-483

RAAPE L.

- « Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé », *RCADI*, 1934, vol. n°50

RASS-MASSON L.

- *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse, Paris, Panthéon-Assas, 2015

REMY B.

- *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Thèse, Paris 1, 2006, Dalloz, 2008

RIDEAU J.

- « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'Homme », *RCADI*, 1997, vol. n°265

RIGAUX F.

- « Le conflit mobile en droit international privé », *RCADI*, 1966, vol. n° 117
- « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1989, vol. n° 213

ROBIN-OLIVIER S.

- *Le principe d'égalité en droit communautaire*, Thèse, Aix-Marseille, 1999, PU Aix-Marseille, 1999

ROUBIER P.

- *Le droit transitoire : conflits de lois dans le temps*, Dalloz et Sirey, 2ème éd., 1960

ROUSSEAU J.-J.

- *Du contrat social*, Flammarion, Paris, 2001

SAVIGNY F. C.

- *Traité de droit romain*, réimpression de la 2e éd. de Paris : Librairie de Firmin Didot Frères, fils et Cie, 1860, et traduit par CH. Guenoux, LGDJ, 2002

SCELLE G.

- « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, vol. n°46

SINDRES D.

- *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Thèse, Paris 1, 2007, LGDJ, 2008

SOULEAU-BERTRAND M.

- *Le conflit mobile*, Thèse, Paris 1, 2003, Dalloz, 2005

TOCQUEVILLE A.

- *Le despotisme démocratique*, L'Herne, 2009

UBERTAZZI G. M.

- « Règles de non-discrimination et droit international privé », *RCADI*, 1977, vol. n°157

VAREILLES-SOMMIERES P. (de)

- « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *RCADI*, 2014, vol. n°371

VON BAR L.

- *Annuaire de l'institut de droit international*, éd. Abrégée, 1900, T. IV

VITTA E.

- « Cours général de droit international privé », *RCADI*, 1979, vol. n°162

VEIL S.

- *Une vie*, éd. Stock, 2007

YASSEEN M. K.

- « L'office du juge dans l'application du droit étranger et la preuve de ce droit », *RCADI*, 1962, vol. n°109

ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS, FORUMS ET COMMUNICATIONS

AGOSTINI E.

- « Le mécanisme du renvoi », *RCDIP* 2013, p. 545

ANCEL B.

- « Qualification », *RDI* 1998, § 41
- « Conflits de lois dans le temps », *Rép. intern. Dalloz*, déc. 2000
- « S'agissant de droits disponibles, le juge n'est tenu d'appliquer le droit étranger que s'il est expressément invoqué », *RCDIP* 2003, p. 462
- « Le conflit mobile par M. Souleau-Bertrand », *RCDIP* 2006, p. 452
- « Limitation de la mise en œuvre du renvoi en matière de succession internationale », *RCDIP* 2009, p. 512

ANCEL B. et MUIR-WATT H.

- « Application de la règle de conflit en cas d'équivalence des lois applicables et appliquées », *RCDIP* 1998, p. 698
- « Du statut prohibitif (droit savant et tendances régressives), in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 7

ANCEL J.-P.

- « L'invocation d'un droit étranger et le contrôle de la Cour de cassation », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 7

ANCEL M.

- « La doctrine universaliste dans l'œuvre de Lévy-Ullmann », in *L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann*, Centre français de droit comparé, sous la direction de L. Julliot de la Morandière et M. Ancel, Les éditions de l'épargne, 1955, p. 181 et s.

ANGULO RODRIGUEZ M.

- « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *RCDIP* 1972, p. 370

AUDIT B.

- « Fraude à la loi », *J.-Cl. Droit international*, 20 déc. 2006, Fasc. 535

AUDIT M.

- « L'interprétation autonome du droit international communautaire », chron., *JDI* n°3, juill. 2004

AVOUT L. (d') et BOLLEE S.

- « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *Dalloz* 2007, p. 1115

AZZI T.

- « Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire », *Dalloz* 2009, p. 1621

BACHELLIER M.-N.

- « De la distinction nécessaire entre l'accord procédural interne et l'accord procédural international, en présence même d'éléments d'extranéité », *Gaz. Pal.*, 13 déc. 2001, n°347, p. 13

BALLARINO T. et PAOLO ROMANO G.

- « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005

BARTIN E.

- « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *JDI* 1897, p. 225

BATIFFOL H., OURLIAC P. et TIMBAL P.-C.

- « Histoire du droit et droit comparé dans l'enseignement des Facultés de droit », *Dalloz*, chron. XXXVI, p. 205

BAUER H.

- « Les traités et les règles de droit international privé matériel », *RCDIP* 1966, p. 537

BELLOUBET N.

- « Le principe d'égalité », *AJDA* 1998, p. 152

BERGE J.-S.

- « L'internationalisation croissante des litiges : les réponses apportées en matière de presse et de droit d'auteur par la proposition de règlement communautaire « Rome II » », *Legicom, Cairn.info*, 2004/1, n°30
- « Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen », *JDI* n°4, oct. 2011, biblio. 18, spéc. p. 2
- « De la hiérarchie des normes au droit hiérarchisé : figures pratiques de l'application du droit à différents niveaux », *JDI* n°1, janv. 2013, doct. 1

BERGE J.-S. et TOUZE S.

- « Au-delà du droit européen, le droit international (public et privé) », *JDI* n°3, juill. 2014, chron. 5

BODEN D.

- « S. Francq, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé », *RCDIP* 2006, p. 264

BONNICHON A.

- « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP* 1949, p. 615

BORE J. et BORE L.

- « Pourvoi en cassation », *Rép. proc. civ. Dalloz*, déc. 2015

BOURDELOIS B.

- « Mariage », *Rép. intern. Dalloz*, sept. 2011

BRIERE C.

- « Le droit international privé européen des contrats et la coordination des sources », *JDI* n°3, juill. 2009, doctr. 6

BUREAU D.

- « L'accord procédural à l'épreuve », *RCDIP* 1996, p. 587
- « De la loi applicable aux délits complexes, notamment les naufrages », *RCDIP* 2007, p. 405

BUREAU D. et MOLFESSIS N.

- « L'asphyxie doctrinale », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppéit*, Litec, 2009, p. 45

CHOPIN I.

- « Le traité d'Amsterdam : enjeux et défis en matière d'égalité de traitement », *Cultures et Conflits*, n° 45, printemps 2002

CIGOJ S.

- « Les droits acquis, les conflits mobiles et la rétroactivité à la lumière des Conventions de La Haye », *RCDIP* 1978, p. 1

CLAVEL S.

- « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP* 2010-2012, p. 255

CONSEIL D'ETAT

- *Extrait du rapport public 1996 - Sur le principe d'égalité*, La Documentation française, Paris, 1998

CORNELOUP S.

- « L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois », *JDI* n°1, janv. 2012, biblio. 4

CORNU M.

- « Approches juridiques de la diversité culturelle », *JDI* n°2, avr. 2015, biblio. 8, spéc. p. 5

COURBE P.

- « Retour sur le renvoi », in *Le monde du droit : écrit rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 241 et s.

DELAPORTE-CARRE C.

- « Le juge et la preuve du contenu de la loi étrangère », *D. actualité*, 5 janv. 2007

DERRUPPE J.

- « Etude théorique du renvoi », *J.-Cl. Droit international*, 1993, Fasc. 532-1
- « Le renvoi dans les conventions internationales », *J.-Cl. Droit international*, 1993, Fasc. 532-3

DERRUPPE J. et AGOSTINI E.

- « Le renvoi dans la jurisprudence française », *J.-Cl. Droit international*, 1994, Fasc. 532-2

DUPUY R.-J.

- « Communauté internationale », *Rép. intern. Dalloz*, 1998

DUTOIT B. et MAJOROS F.

- « Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *RCDIP* 1984, p. 565

EGEA V.

- « Dénaturation de la loi étrangère en matière de paternité naturelle », *D. actualité*, 3 nov. 2008

FADLALLAH I.

- « Polygamie », *Rép. intern. Dalloz*, mars 2013

FALLON M.

- « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, sous la direction de H. Muir-Watt, A. Fuchs et E. Pataut, Dalloz, 2004, coll. Thèmes et commentaires, p. 31

FARGE M.

- « Internationalisation et européanisation des sources du droit international privé de la famille », in *Le droit international privé de la famille*, sous la dir. de P. Murat, Dalloz action Droit de la famille, 2016/2017, 7^{ème} éd.
- « Détermination du droit applicable », in *Le droit international privé de la famille*, sous la dir. de P. Murat, Dalloz action Droit de la famille, 2016/2017, 7^{ème} éd.
- « Consécration d'un ordre public européen de proximité et répudiation musulmane », *Revue Droit de la famille* n°11, nov. 2018, comm. 270

FAUVARQUE-COSSON B.

- « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000, p. 797

FIALAIRE J.

- « Compétences des collectivités territoriales : cultes », *Rép. immob. Dalloz*, 2017-2

FREYRIA C.

- « Les conflits de coutume en matière de successions dans le droit coutumier urbain des Flandres sous l'Ancien régime », *RCDIP* 1947, p. 249

FOHRER-DEDEURWAEDER E.

- « Qualification en droit international privé », *J.-Cl. Droit international*, 17 août 2015, Fasc. 531

FORTEAU M.

- « L'ordre public « transnational » ou « réellement international » : L'ordre public international face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI* n°1, janv. 2011, doct. 1

FOYER J.

- « Requiem pour le renvoi ? », *TCFDIP* 1980-1981, p. 1077
- « Filiation », *Rép. intern. Dalloz*, juill. 2015

FOYER J. et COURBE P.

- « Conflits transitoires internationaux », *J.-Cl. Droit international*, 7 nov. 2014, Fasc. 533-1
- « Conflits mobiles », *J.-Cl. Droit international*, 19 fév. 2015, Fasc. 533-2

FRANDESCAKIS Ph.

- « Droit naturel et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome I, Dalloz et Sirey, 1960
- « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *RCDIP* 1966, p. 1
- « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1966-1969, p. 157
- « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *RCDIP* 1975, p. 564
- « Une lecture demeurée fondamentale : les « Règles générales des conflits de lois » de Jacques Maury », *RCDIP* 1982, p. 4

FRIGNATI A. et MUIR-WATT H.

- « Loi étrangère : autorité de la règle de conflit de lois », *Rép. intern. Dalloz*, avr. 2017

FULCHIRON H.

- « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *Dalloz* 2017, p. 656
- « Le contrôle de proportionnalité au service du principe de subsidiarité », *Dalloz* 2018, p. 649

GANNAGE L.

- « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *RCDIP* 2001, p. 1

GAUDEMET E.

- « La théorie des conflits de lois dans l'œuvre d'Antoine Pillet et la doctrine de Savigny », in *Mélanges Antoine Pillet, Reproduction de diverses études et notes de jurisprudence*, Sirey, 1929, p. 89 et s.

-

GAUDEMET-TALLON H.

- « Compétence civile et commerciale », *Rép. intern. Dalloz*, 1998, p. 3
- « La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXIème siècle, quelques tendances », « Clés pour siècles », *Dalloz* 2000, p. 126
- « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 303 et s.
- « De la conformité des dommages-intérêts punitifs à l'ordre public », *RCDIP* 2011, p. 93

GAUDEMET-TALLON H et JAULT-SESEKE F.

- « Droit international privé », *Dalloz* 2015, p. 1056

GENEVOIS B. et GUYOMAR M.

- « Principes généraux du droit : principes de philosophie politique », *Rép. cont. adm. Dalloz*, oct. 2018

GERKRATH J.

- « Egalité de traitement », *Rép. eur. Dalloz*, déc. 2002

GODECHOT-PATRIS S.

- « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *RCDIP* 2010, p. 271

GOLDSCHMIDT W.

- « Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome I, Dalloz et Sirey, 1960, p. 153 et s.

GOTHOT P.

- « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 209 et s.
- « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005

GOTHOT P. et LAGARDE P.

- « Conflits de lois : principes généraux », *Rép. intern. Dalloz*, janv. 2006

GRAVESON R. H.

- « Aspects philosophiques du droit international privé anglais », *RCDIP* 1962, p. 397

GUILLAUME J.

- « Ordre public international - Intervention de l'ordre public international », *J.-Cl. Civil*, 30 mai 2018, Fasc. 42

HAMMJE P.

- « Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997, p. 2
- « L'accord procédural des époux sur la compensation du divorce », *RCDIP* 2010, p. 344

HERON J.

- « L'application dans le temps des règles de conflit », *RCDIP* 1987, p. 305

HOLLEAUX D.

- Intervention in « La condition de la loi étrangère en droit français » de J. Maury, *TCFDIP*, 1948-1952, p. 123-124

HUET A.

- « Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale », *J.-Cl. Droit international*, 14 nov. 2015, Fasc. 584-40

HUNTER-HENIN M.

- « Droit des personnes et droits de l'Homme : combinaison ou confrontation ? », *RCDIP* 2006, p. 743

JACQUET J.-M.

- « Contrats », *Rép. intern. Dalloz*, déc. 1998
- « L'affaiblissement du rôle de l'Etat-nation et le droit international privé », *JDI* n°1, janv. 2013, biblio. 2

JAULT-SESEKE F.

- « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail », *RCDIP* 2005, p. 253

JESSURUN D'OLIVEIRA H. U.

- « Universalisme ou régionalisme de la Conférence de La Haye », *RCDIP* 1966, p. 347

KADNER GRAZIANO T.

- « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité contractuelle », *RCDIP* 2008, p. 445

KESSLER G.

- « La consolidation de situations illicites dans l'intérêt de l'enfant », *Revue Droit de la famille*, n°7/8, juill. 2005, étude 16
- « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'Homme, premiers dilemmes pour les autorités françaises (à propos de la gestation pour autrui) – Cour européenne des droits de l'Homme 10 avr. 2019 », *AJ fam.* 2019, p. 289

KINSCH P.

- « Principe d'égalité et conflits de lois », *TCFDIP* 2002-2004, p. 117 à 144
- « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janv. 2013 sous la dir. de P. Lagarde, Ed. A. Pedone, 2013, p. 43

LA PRADELLE G.

- « La fraude à la loi », *TCFDIP* 1971-1973, p.117-145

LAGARDE P.

- « Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille », *TCFDIP* 1977-1980, p. 89-112
- « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », *RCDIP* 1989, p. 249
- « Ordre public », *Rép. intern. Dalloz*, déc. 1998
- « La loi française sur la vente des navires francisés est une loi de police », *RCDIP* 2005, p. 55
- « Le juge doit appliquer d'office la convention de Rome du 11 juin 1980 », *RCDIP* 2005, p. 465

LAMARCHE M.

- « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », *Revue Droit de la famille*, n°7-8, juill. 2014, alerte 29

LASSERRE B.

- « L'eupéanisation de l'office du juge : vers un jus commune procédural ? », *Rev. UE* 2019, p. 204

LE FLOCH G.

- « Repenser les rapports entre les ordres juridiques », *JDI* n°1, janv. 2014, biblio. 2

LEBRETON S.

- « Réflexions sur la sanction des mariages célébrés en fraude à la loi, à partir de la critique de l'article 190-1 du Code civil », *JCP N.*, n°24, 18 juin 1999, p. 967

LEFRANC D.

- « La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé », *RCDIP* 2005, p. 413

LEGIER G.

- « La Cour de cassation ne contrôle pas l'application de la loi étrangère par les juges du fond », *RCDIP* 1994, p. 506

LEHMANN M.

- « Proposition d'une règle spéciale dans le Règlement Rome II pour les délits financiers », *RCDIP* 2012, p. 485

LEQUETTE Y.

- « L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la Première Ch. civile des 11 et 18 oct. 1988) », *RCDIP* 1989, p. 279
- « Le renvoi de qualifications », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990
- « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *Dalloz* 1997, p. 75
- « Renvoi », *Rép. intern. Dalloz*, 1998

LORENZINI L.

- « Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant », *JDI* n°3, juill. 2017, doct. 10

LOUIS-LUCAS P.

- « Remarques sur l'ordre public », *RCDIP* 1933, p. 393
- « Le problème de la loi applicable à l'état et à la capacité des personnes », *TCFDIP* 1946-1948, p. 96
- « Le renvoi dans le projet de la commission de réforme du Code civil », *TCFDIP*, 1948-1952, p. 33 et s.
- « Territorialisme et personnalisme dans l'œuvre de Niboyet », *TCFDIP* 1951-1954, p. 14
- « Droit international privé français », *J.-Cl. Droit international*, 1959, Fasc. 530 A et B
- « La fraude à la loi étrangère », *RCDIP* 1962, p. 1

LOUSSOUARN Y.

- « Le contrôle de l'application de la loi étrangère par la Cour de cassation », *TCFDIP*, 1962-1964, p. 146
- « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *RCDIP* 1979, p. 307
- « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-1981, p. 47
- « L'évolution de la règle de conflit de lois », *TCFDIP*, H.-S., 1988, p. 90

MAHINGA J.-G.

- « L'office du juge français et la règle de conflit », *P. A.*, 16 mai 2008, n°99, p. 16

MALAUURIE Ph.

- « L'équivalence en droit international privé », *Dalloz* 1962, 36ème cahier, chron., p. 37 et s.
- « Loi uniforme et conflits de lois », *TCFDIP* 1964-1966, p. 83 à 109
- « La législation de droit international privé en matière de statut personnel », *TCFDIP* 1975-1977, p. 187

MANCINI

- « De l'utilité de rendre obligatoires les règles générales du droit international privé », *JDI* 1874, p. 228

MANN F. A.

- « The proper law in the conflict of laws », uniset.ca, 1987

MARIDAKIS G. S.

- « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome I, Dalloz et Sirey, 1960, spéc. n°VII

MARS A.

- « Obligations alimentaires : la CJUE privilégie la justice conflictuelle au détriment de la justice matérielle », *RTD eur.* 2018, p. 783

MAURY J.

- « La condition de la loi étrangère en droit français », *TCFDIP*, 1948-1952, p. 135
- « L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand », *RCDIP* 1954, p. 7

MAYER P.

- « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *TCFDIP*, 1975-1977, p. 234 et s.
- « Les lois de police », *TCFDIP*, H.-S., 1988, p. 108
- « La Convention européenne des droits de l'Homme et l'application des normes étrangères », *RCDIP* 1991, p. 651
- « Lois de police », *Rép. intern. Dalloz*, 1998
- « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janv. 2013 sous la dir. de P. Lagarde, Ed. A. Pedone, 2013, p. 19

MELIN F.

- « Loi étrangère », *JDI* n° 2, avr. 2004

MENJUCQ M.

- « Dénaturation de la loi étrangère : un nouveau fondement », *BJS*, déc. 1997, n° 12, p. 1062
- « Dénaturation de la loi étrangère : un nouveau fondement », *Dalloz* 1998, p. 104

MERIGGI L.

- « Les qualifications en droit international privé », *RCDIP* 1933, p. 201

MESTRE J.

- « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *RCDIP* 1977, p. 683

MOTULSKY H.

- « L'office du juge et la loi étrangère », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome I, Dalloz et Sirey, 1960, p. 337 et s.
- « La condition de la loi étrangère en France », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965

MOUIAL-BASSILANA E.

- « Contrôle de la motivation des juges du fond dans l'application de la loi étrangère », *LEDED*, sept. 2010, n°8, p. 6

MUIR-WATT H.

- « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *RCDIP* 1986, p. 425
- « Contrôle par le juge de cassation de la dénaturation de la loi étrangère », *RCDIP* 1998, p. 292
- « De la nature, disponible ou non, des droits litigieux comme paramètre exclusif de l'office du juge dans l'application de la loi étrangère », *RCDIP* 1999, p. 707
- « Fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, p. 503
- « En présence de deux droits équivalents sur le point en litige, il ne peut être fait grief au juge de ne pas choisir la loi applicable », *RCDIP* 2001, p. 513
- « Des devoirs du juge dans l'application de la loi étrangère », *RCDIP* 2003, p. 87
- « A défaut de preuve de la loi étrangère, la loi française s'applique à titre subsidiaire », *RCDIP* 2007, p. 575
- « Loi étrangère », *Rép. intern. Dalloz*, 2009

NAVARRO A.

- « Droit international public et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome I, Dalloz et Sirey, 1960

NI GHAI RBHIA N.

- Rappel interprétation souveraine par les juges du fond de la loi étrangère applicable à la filiation, *Gaz. Pal.*, 4 avr. 2017, p. 58

OPPETIT B.

- « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP*, H.-S., 1988, p. 130
- « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit : mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 311 et s.

PAOLO ROMANO G.

- « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *RCDIP* 2006, p. 457

PETIT Y.

- « Agriculture », *Rép. eur. Dalloz*, déc. 2002

PICARD E.

- « Droit international : rapports avec le droit interne », *Rép. cont. adm. Dalloz*, 2008

POILLOT-PERUZZETTO S.

- « Ordre public et droit communautaire », *Dalloz* 1993, p. 179
- « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP* 2002-2004, p. 70

PONSARD A.

- « L'office du juge et l'application du droit étranger », *RCDIP* 1990, p. 611

POTOCKI A.

- « Définition de la loi de police en matière de transport », *RCDIP* 2010, p. 720

RABEL E.

- « Le problème de qualification », *RCDIP* 1933, p. 1

RABOURDIN P. et MUIR-WATT H.

- « Loi étrangère : établissement du contenu de la loi étrangère », *Rép. intern. Dalloz*, avr. 2017

RADICATI DI BROZOLO L. G.

- « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993, p. 401

REIGNE P.

- « L'assistance médicale à la procréation, l'adoption et la fraude à la loi », *Revue Droit de la famille*, n°7-8, juill. 2014, comm. 113

RIGAUX F.

- « Le droit international privé face au droit international », *RCDIP* 1976, p. 262
- « La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie », *RCDIP* 1985, p. 3

ROUCHAUD-JOËT A.-M.

- « La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé », *RCDIP* 2004, p. 2

ROUVIERE P.

- « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 524

SAVATIER R.

- « Les aspects de droit international privé de la Communauté économique européenne », *TCFDIP* 1960-1962, p. 18

SIMON-DEPITRE M.

- « La méthode universaliste en Droit international privé d'après Lévy-Ullmann, in L'œuvre juridique de Lévy-Ullmann, Centre français de droit comparé, sous la direction de L. Julliot de la Morandière et M. Ancel, Les éditions de l'épargne, 1955, p. 198 et s.

SINDRES D.

- « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI* n°3, juill. 2012, doct. 10

SPERDUTI G.

- « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *RCDIP* 1977, p. 258

SUDRE F.

- « GPA : *bis repetita* », *JCP N.* n°37, 16 sept. 2016

THAILAND FORUM LAW

- *Choice of law in contract and Thai private International law : a comparative study*, Law Journal of Thailand Bar Society on December, 2002

THOMAS Y.

- « Le droit d'origine à Rome : Contribution à l'étude de la citoyenneté », *RCDIP* 1995, p. 253

TRAIN F.-X. et JOBARD-BACHELLIER M.-N.

- « Ordre public international - Notion d'ordre public en droit international privé », *J.-Cl. Droit international*, 1992, Fasc. 534-1

TRIKI S.

- « Le principe de sécurité juridique en droit international privé de la famille », *JDI* n°4, oct. 2017, doctr. 12

VAN HECKE G.

- « Universalisme et particularisme des règles de conflit au XXème siècle », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruylant, 1963
- « Droit public et conflit de lois », *TCFDIP* 1982-1984, p. 226

VAREILLES-SOMMIERES P. (de)

- « Fraude à la loi », *Rép. intern. Dalloz*, déc. 1998
- « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *TCFDIP* 1998-2000, p. 50
- « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207
- « Jugement étranger : matières civile et commerciale », *Rép. proc. civ. Dalloz*, sept. 2013

VILLELA A. M.

- « L'unification du droit international privé en Amérique latine », *RCDIP* 1984, p. 233

VOELCKEL M.

- « Guerre », *Rép. intern. Dalloz*, janv. 2007, actualisé déc. 2017

WENGLER W.

- « Réflexions sur la technique des qualifications en droit international privé », *RCDIP* 1954, p. 661
- « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963, p. 204 et p. 503
- « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*, 1990, p. 657

JURISPRUDENCES

JURISPRUDENCE FRANÇAISE :

- COURS D'APPEL :

CA Paris, 19 sept. 1995, *RCDIP* 1996, p. 112, note H. Muir-Watt

CA Nouméa, 25 juin 2012, n°11/579

CA de Douai, 21 mai 2015, n°14/04430

CA Aix-en-Provence, 6ème ch. C., 8 mars 2016, n°15/17016

CA de Paris, 16 janv. 2018, n°15/21703

CA de Paris, 11 sept. 2018, n°16/19913

CA Aix-en-Provence, 5 déc. 2018, n°17/12717

CA de Paris, 27 fév. 2019, n°17/17990

CA de Metz, 28 mars 2019, n°19/00138

- COUR DE CASSATION :

Cass., Civ., 14 mars 1837, *Stewart*, *S.* 1837, 1, p. 95 ; *D.P.* 1837, 1, p. 275 ; *GAJFDIP*, n°3

Cass., req., 16 déc. 1845, *S.* 1846, 1, p. 100

Cass. Ch. req., 15 avr. 1861, *Seitz*, *S.* 1861, 1, p. 722

Cass. Civ., 19 juill. 1875, *Dalloz* 1876, 1, p. 5 ; *S.* 1876, 1, p. 289, note Labbé

Cass., Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, *S.* 1878, 1, p. 193, note Labbé ; *Dalloz* 1878, 1, p. 201, concl. Charrins ; *JDI* 1878, p. 505 ; *GAJFDIP*, n°6

Cass., Civ., 24 juin 1878, *Forgo*, *S.* 1878, 1, p. 429 ; *Dalloz* 1879, I, p. 56 ; *JDI* 1879, p. 285, et *GAJFDIP*, n°7

Cass., Req., 9 mars 1910, *Soulié*, *RCDIP* 1910, p. 870 ; *JDI* 1910, p. 888 ; *D.P.* 1912, I, p. 262 rapp. Denis ; *S.* 1913, I, p. 105, note E. A.

Cass., Civ. 1ère, 5 fév. 1929, *S.* 1930, 1, p. 81, note Audinet ; *JDI* 1929, p. 1258

Cass., Civ., 7 mars 1938, *De Marchi della Costa*, *RCDIP* 1938, p. 472, note Batiffol, et *GAJFDIP*, n°16

Cass., Civ., 19 juin 1939, *Labadan*, *D.P.* 1938, 1, p. 97, note Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1940, 1, p. 49, note Niboyet ; *RCDIP* 1939, p. 481, note Niboyet ; *GAJFDIP*, n°18

Cass., Civ., 8 nov. 1943, *Fayeulle*, *Dalloz* 1944, p. 65, note Savatier ; *RCDIP* 1926, p. 271, note H. Batiffol ; *JCP* 1944, II, p. 2522, note Lerebours-Pigeonnière

Cass., Civ., 22 mars 1944, *D.C.*, 1944, p. 145, note Lerebours-Pigeonnière

Cass., Civ., 25 mars 1948, *Lautour*, *RCDIP* 1949, p. 89, note Batiffol ; *Dalloz* 1948, p. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1949, 1, p. 21, note Niboyet ; *JCP* 1948, II, p. 4532, note Vasseur ; *GAJFDIP*, n°19

Cass., Civ., 22 janv. 1951, *Weiller*, *RCDIP* 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; *JCP* 1951, II, p. 6151, note S. et T. ; *Dalloz* 1952, J, p. 35 ; *S.* 1951, 1, p. 187 ; *Gaz. Pal.* 1951, 1, p. 210 ; *GAJFDIP*, n°24-25

Cass., Civ. 1ère, 17 avr. 1953, *Rivière*, *RCDIP* 1953, p. 412, note Batiffol ; *JDI* 1953, p. 860, note Plaisant ; *JCP* 1953, II, p. 7863, note Buchet ; *Rabels Zeitschrift* 1955, p. 520, note Francescakis ; *GAJFDIP*, n°26

Cass., Civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *RCDIP* 1955, p. 723, note Batiffol ; *Dalloz* 1956, p. 73, note Chavrier ; *Journal des juristes hellènes* 1956, p. 217, note Francescakis ; *GAJFDIP*, n°27

Cass. Civ. 1ère, 12 mai 1959, *Bisbal*, *RCDIP* 1960, p. 62, note H. Batiffol, *JDI* 1960, p. 810, note J.-B. Sialelli ; *Dalloz* 1960, p. 610, note Ph. Malaurie ; *JCP* 1960, II, p. 11733, note H. Motulsky ; *GAJFDIP*, n°32-34

Cass., Civ. 1ère, 21 nov. 1961, *Montefiore*, *RCDIP* 1962, p. 329, note P. Lagarde ; *JDI* 1962, p. 686, note Goldman ; *JCP* 1962, II, p. 12521, note Louis-Lucas ; *Dalloz* 1963, p. 37, note Ph. Francescakis, et chron. Ph. Francescakis, p. 7 ; *GAJDFIP*, n°36

Cass., Civ. 1ère, 19 févr. 1963, *Chemouni*, *RCDIP* 1963, p. 559, note G. H. ; *JDI* 1963, p. 986, note A. Ponsard, *Rec. Gén. Lois* 1963, p. 315, note G. Droz ; *GAJFDIP*, n°31

Cass. Civ. 1ère, 15 mai 1963, *Patino*, *JCP* 1963, II, p. 13365, note H. Motulsky ; *JDI* 1963, p. 1016, note Ph. Malaurie ; *RCDIP* 1964, p. 532, note P. Lagarde, *GAJFDIP*, n°38-38

Cass., Civ. 1ère, 7 janv. 1964, *Munzer*, *RCDIP* 1964, p. 344, note H. Batiffol ; *JDI* 1964, p. 302, note B. Goldman ; *JCP* 1964, II, p. 13590, note M. Ancel ; *GAJFDIP*, n°41

Cass., Ch. mixte, 24 mars 1975, *Jacques Vabre*, n°73-13.556, Lebon, T. 917 ; *Dalloz* 1975, p. 496, concl. Touffait ; *AJDA* 1975, p. 567, note N. Boulouis ; *JDI* 1975, p. 802, note D. Ruzié ; *RCDIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux ; *Dalloz* 1979, p. 620, note Castgnède

Cass., Civ. 1ère, 3 janv. 1980, *Beneddouche*, *RCDIP* 1980, p. 331, note H. Batiffol ; *JDI* 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre ; *Dalloz* 1980, p. 549, note E. Poisson-Drocourt ; *GAJFDIP* n°61

Cass., Civ. 1ère, 1er avr. 1981, *De Pedro*, *JDI* 1981, p. 812, note D. Alexandre ; *Dalloz* 1982, IR 69, obs. B. Audit ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, p. 629, note Lisbonne ; *Deffrénois* 1982, p. 248, obs. J. Massip

Cass., Civ. 1ère, 17 nov. 1981, *Dalloz* 1982, p. 573, P. Guiho ; *JCP* 1982, II, p. 19842, note M. Gobert

Cass., Civ., 15 juin 1982, *Zagha*, *RCDIP* 1938, p. 300, note J.-M. Bischoff ; *Dalloz* 1983, I, p. 322, obs. B. Audit et p. 431, note Agostini ; *JDI* 1983, p. 595, note Lehmann

Cass. Civ. 1ère, 8 fév. 1983, *JDI* 1984, p. 123, note G. Légier

Cass., Civ. 1ère, 6 fév. 1985, *Simitch*, n°83-11.241, *RCDIP* 1985, p. 369 ; *JDI* 1985, p. 460, note A. Huet ; *Dalloz* 1985, p. 469, note J. Massip et IR 497, obs. B. Audit ; *RCDIP* 1985, p. 243, chron. Ph. Francescakis ; *GAJFDIP*, n°70

Cass., Civ. 1ère, 20 mars 1985, *Caron*, n°82-15.033, *JCP G.* n°26, 25 juin 1986, II, p. 20630, note F. Boulanger ; *RCDIP* 1986, p. 66, note Y. Lequette

Cass. Civ. 1ère, 15 mars 1988, n°86-12.089, *Dalloz action Droit de la famille*, 2016, n°531-81, sous la dir. De P. Murat

Cass., Civ. 1ère, 19 avr. 1988, *Roho*, n°85-18.715, *RCDIP* 1989, p. 68, note H. Batiffol ; *Dalloz* 1988, somm. 345, obs. B. Audit

Cass., Civ. 1ère, 6 juill. 1988, *RCDIP* 1989, p. 71, note Y. Lequette

Cass. Civ. 1ère, 11 oct. 1988, *Rebouh*, *RCDIP* 1989, p. 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; *Rép. Defrénois* 1989, p. 310, obs. J. Massip ; et *GAJFDIP* n°74-78

Cass. Civ. 1ère, 18 oct. 1988, *Schule*, *RCDIP* 1989, p. 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; *JDI* 1989, p. 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; *JCP* 1989, II, p. 21259, note J. Prévault ; et *GAJFDIP*, n°74-78

Cass. Civ. 1ère, 6 juin 1990, *RCDIP* 1991, p. 593, note P. Courbe

Cass. Civ. 1ère, 4 déc. 1990, *Coveco*, *RCDIP* 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; *JDI* 1991, p. 371, note D. Bureau ; et *GAJFDIP*, n° 74-78

Cass., Civ. 1ère, 5 nov. 1991, *Masson*, *RCDIP* 1992, p. 314, note Muir-Watt

Cass., Com., 16 nov. 1993, *Amerford*, *RCDIP* 1994, p. 332, note P. Lagarde ; *JDI* 1994, p. 98, note J.-B. Donnier ; *GAJFDIP* n°82-83

Cass., Crim., 11 juin 1996, *Dalloz* 1997, p. 576, note E. Agostini ; *Dalloz* 1998, somm. p. 576, obs. B. Audit

Cass., Civ. 1ère, 14 janv. 1997, *Gordon*, n°94-16.861, *RCDIP* 1997, p. 504, note J.-M. Bischoff ; *Dalloz* 1997, p. 177, note M. Santa-Croce ; *JCP* 1997, II, p. 22903, note H. Muir Watt

Cass., Civ. 1ère, 6 mai 1997, *Hannover International*, n°95-15.309, *RCDIP* 1997, p. 514, note B. Fauvarque-Cosson ; *JDI* 1997, p. 804, note D. Bureau ; *GAJFDIP*, n°84

Cass., Civ. 1ère, 1er juill. 1997, *Karl Ibold*, n°95-15.557, *RCDIP* 1998, p. 60, note P. Mayer

Cass., Com., 1er juill. 1997, *SA Africatours c/ Diop*, n°95-15.262, *RCDIP* 1998, p. 292, note H. Muir-Watt ; *Dalloz* 1998, p. 104, note M. Menjucq

Cass., Civ. 1ère, 13 avr. 1999, *Compagnie royale belge*, *Dalloz* 2000, p. 268, note E. Agostini ; *JCP* 2000, II, p. 2061, note G. Légier ; *RCDIP* 1999, p. 698 note B. Ancel et H. Muir-Watt

Cass., Civ. 1ère, 26 mai 1999, *Mutuelle du Mans*, n°96-16.361, *RCDIP* 1999, p. 707, note H. Muir-Watt ; *Gaz. Pal.* 2000, n°61 et 62, p. 39, obs. M.-L. Niboyet ; et *GAJFDIP*, n°74-78

Cass., Civ. 1ère, 26 mai 1999, n°97-16.684, *RCDIP* 1999, p. 707, note H. Muir-Watt ; *JCP* 1999, II, p. 10192, note F. Mélin ; *Rép. Defrénois* 1999, p. 1261, note J. Massip, et *GAJFDIP*, n°74-78

Cass., Ass. pl., 2 juin 2000, *Fraisse*, n°99-60.274, *Dalloz* 2000, p. 865, note B. Mathieu ; *RTD civ.* 2000, p. 672, note R. Libchaber ; *Dalloz* 2001, p. 1636, note B. Beigner

Cass., Civ. 1ère, 3 avr. 2001, *M.X. c. Mme White et autres*, *RCDIP* 2001, p. 513, note H. Muir-Watt

Cass., Civ. 1ère, 3 juin 2002, *Société nationale de recouvrement*, *JDI* 2004, p. 520, note F. Mélin

Cass., Civ. 1ère, 18 sept. 2002, *Sporting*, n°00-14.785, *RCDIP* 2003, p. 87, note H. Muir-Watt ; *Dalloz* 2003, p. 1513, note G. Lardeux

Cass., Com., 14 janv. 2004, *Dalloz* 2005, p. 1992, obs. P. Courbe et H. Chanteloup

Cass., Civ. 1ère, 17 fév. 2004, *RCDIP* 2004 p. 423, note P. Hammje ; *JDI* 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; *JCP G.* 2004, II, p. 10128, note H. Fulchiron ; *Dalloz* 2004, p. 815, chron. P. Courbe, et p. 824, concl. F. Cavarroc ; *AJ fam.* 2004, p. 140, obs. S. David ; *RTD civ.* 2004, p. 367, obs. J. Marguénaud

Cass., Civ. 1ère, 17 avr. 2004, n°02-07.479, 01-11.549, 02-11.618, 02-15.766 et 02-17.479, *Bull. civ.* I, n°46, 47, 48, 49 et 50 ; *Dalloz* 2004, p. 815, concl. Cavarroc, *RCDIP* 2004, p. 423, note P. Hammje

Cass., Civ. 1ère, 11 janv. 2005, n°01-02.473, *Dalloz* 2005, p. 2924, note J.-G. Mahinga ; *RCDIP* 2006, p. 85, note M. Scherer

Cass., Civ. 1ère, 31 mai 2005, *Dalloz* 2006, p. 1729, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke

Cass., Com., 28 juin 2005, *Itraco*, n°02-14.686, *RCDIP* 2005, p. 645, note B. Ancel ; *Dalloz* 2005, p. 2748, note H. Kenfack ; *Dalloz* 2006, p. 1495, note P. Courbe ; *RTD com.* 2005, p. 872, note Ph. Delebecque

Cass., Civ. 1ère, 28 juin 2005, *Aubin*, n°00-15.734, *RCDIP* 2005, p. 645, note B. Ancel ; *Dalloz* 2005, p. 2748, note H. Kenfack et p. 2883, note N. Bouche ; *Dalloz* 2006, p. 1495, note P. Courbe

Cass., Civ. 1ère, 21 sept. 2005, n°04-10.217, *RCDIP* 2006, p. 100, note H. Muir-Watt ; *Dalloz* 2006, p. 1726, note F.-X.

Cass., Civ. 1ère, 14 fév. 2006, *M.G. Brianti c. Consorts Brianti*, *RCDIP* 2006, p. 833, note S. Bollée

Cass., Civ. 1ère, 10 mai 2006, 05-10.299, *Dalloz* 2006, p. 2890, note G. Kessler ; *Dalloz* 2007, p. 1751, note P. Courbe

Cass., Civ. 2ème, 14 sept. 2006, n°05-10.086, *Dalloz* 2007, p. 1380, note P. Julien

Cass., Civ. 1ère, 21 nov. 2006, *Enfant Mikhaïl*, n°05-22.002, *Dalloz* 2007, p. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *RCDIP* 2007, p. 575, note H. Muir-Watt

Cass., Civ. 1ère, 28 nov. 2006, n°04-14.646

Cass., Civ. 2ème, 14 fév. 2007, n°05-21.816

Cass., Civ. 1ère, 20 févr. 2007, *Cornelissen*, n°05-14.082, *Dalloz* 2007, p. 891, note P. Chauvin, p. 1751, note P. Courbe, et p. 1115, note L. d'Avout ; *JCP G.* 2007, act. 107, note Bruneau ; *JDI* 2007, comm. 19, p. 1195, note Train ; *RCDIP* 2007, p. 988, note B. Ancel et H. Muir-Watt

Cass., Civ. 1ère, 27 mars 2007, *Soc. Bureau Veritas SA c. Soc Groupama transport*, *Dalloz* 2007, p. 1074, obs. I. Gallmeister, H. Kenfack, L. d'Avout et P. Courbe

Cass., Civ. 1ère, 19 sept. 2007, n°06-15.295, *RCDIP* 2008, p. 99, note P. Gannagé

Cass., Civ. 1ère, 22 oct. 2007, n°07-14.934, *RCDIP* 2009, p. 53, note H. Muir-Watt

Cass., Civ. 1ère, 9 janv. 2008, n°06-19.659, *Dalloz* 2009, p. 1557, note P. Courbe

Cass., Civ. 1ère, 11 févr. 2009, *Riley*, n°06-12.140, *RCDIP* 2009, p. 512, note B. Ancel ; *Dalloz* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *Dalloz* 2011, p. 1585, P. Courbe

Cass., Civ. 1ère, 3 févr. 2010, n°08-19.293, *RCDIP* 2010, p. 485, note C. Cohen ; *Dalloz* 2011, p. 1374, note F. Jault-Seseke

Cass., Civ. 1ère, 14 avr. 2010, n°09-14.335, *Dalloz* 2010, p. 2868, note O. Boskovic ; *Dalloz* 2011, p. 1374, note F. Jault-Seseke

Cass., Civ. 1ère, 27 mai 2010, n°09-65.906, *RCDIP* 2010, p. 702, note D. Bureau ; *Dalloz* 2011, p. 1445, note H. Kenfack

Cass., Com., 6 juill. 2010, n°09-12.993

Cass., Com., 13 juill. 2010, n°10-12.154, *D. actualité*, 23 juill.2010, note X. Delpech ; *RTD com.* 2010, p. 779, note B. Bouloc ; *RCDIP* 2010, p. 720, note A. Potocki ; *Dalloz* 2010, p. 2323, note L. d'Avout et p. 2339, note V. Da Silva ; *Dalloz* 2011, p. 1445, note H. Kenfack et p. 1374, note F. Jault-Seseke

Cass., Civ. 1ère, 20 oct. 2010, n°08-17.033, *D. actualité*, 8 nov. 2010, note J. Burda ; *RCDIP* 2011, p. 53, note B. Ancel ; *Dalloz* 2011, p. 1664, note E. Agostini

Cass., Civ. 1ère, 4 nov. 2010, n°09-15.302, *D. actualité*, 18 nov. 2010, note I. Gallmeister ; *RTD civ.* 2011, p. 115, note J. Hauser ; *Dalloz* 2011, p. 1374, note F. Jault-Seseke

Cass., Civ. 1ère, 6 avr. 2011, 10-19.053 ; *Dalloz* 2011, p. 1585, note F. Granet-Lambrechts, p. 1995, note Ph. Bonfils, p. 1064, note X. Labbé, p. 1522, note D. Berthiau, et p. 1001, note F. Rome ; *Dalloz* 2012, p. 1228, note H. Gaudemet-Tallon, et p. 308, note J.-C. Galloux ; *AJ fam.* 2011, p. 265, note B. Haftel, et p. 266, note M. Domingo ; *RTD civ.* 2011, p. 304, note J. Hauser ; *RCDIP* 2011, p. 722, note P. Hammje

Cass. Civ. 1ère, 26 oct. 2011, 09-71.369, *Dalloz* 2012, p. 1228, note H. Gaudemet-Tallon

Cass., Civ. 1ère, 1er déc. 2011, 10-27.864, *RCDIP* 2012, p. 339, obs. P. Lagarde

Cass., Civ. 1ère, 20 juin 2012, n°11-30.120, *D. actualité*, 11 juill. 2012, note M. Kebir ; *Dalloz* 2013, p. 1503, note F. Jault-Seseke ; *RCDIP* 2012, p. 900, note H. Gaudemet-Tallon

Cass., Civ. 1ère, 13 sept. 2013, n°12-30.138, *Dalloz* 2013, p. 2382, note M. Fabre-Magnan, p. 2349, chron. H. Fulchiron ; *Dalloz* 2014, p. 689, obs. M. Douchy-Oudot, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon

Cass., Civ. 1ère, 23 oct. 2013, 12-25.802, *RTD civ.* 2014, p. 94, note J. Hauser.

Cass., Civ. 1ère, 17 déc. 2014, n°13-21.365 et 13-24.295, *Dalloz* 2015, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon ; *RCDIP* 2015, p. 443, note S. Laval ; *D. actualité*, 21 janv. 2015, note F. Mélin

Cass., Civ. 1ère, 30 avr. 2014, n°13-11.932, *RTD eur.* 2015, p. 348-18, note P. Dalmazir ; *Dalloz* 2015, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon

Cass., avis, 22 sept. 2014, n°14-70.006 et 14-70.007, *JCP* 2014, p. 1004, obs. J. Hauser ; *Dalloz* 2014, p. 2031, note A.-M. Leroyer

Cass., Civ. 1ère, 24 sept. 2014, n°13-20.049 et 13-25.556, *Dalloz* 2015, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon

Cass., Com., 4 nov. 2014, n°12-27.072, *D. actualité*, 19 nov. 2014, note X. Delpech

Cass., Civ. 1ère, 28 janv. 2015, n°13-50.059, *Dalloz* 2016, p. 674, note M. Douchy-Oudot ; *Dalloz* 2015, p. 1408, note J.-J. Lemouland, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD civ.* 2015, p. 359, note J. Hauser

Cass., Ass. pl., 3 juill. 2015, n°15-50.002 et n°14-21.323, *AJ fam.* 2015, p. 364, note A. Dionisi-Peyrusse ; *Dalloz* 2015, p. 1773, note D. Sindres, p. 1481, note S. Bollée, p. 1819, note H. Fulchiron et p. 1919, note Ph. Bonfils ; *Dalloz* 2016, p. 674, note M. Douchy-Oudot, p. 1045, note H. Gaudemet-Tallon et p. 857, note F. Granet-Lambrechts ; *RCDIP* 2015, p. 885 ; *RTD civ.* 2015, p. 581, note J. Hauser ; *JDI* 2016, p. 105, note J. Guillaumé ; *Dalloz* 2015, p. 1819, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon

Cass., Civ. 1ère, 23 sept. 2015, n°14-17.542

Cass., Civ. 1ère, 7 oct. 2015, n°14-14.702, *D. actualité*, 20 oct. 2015, note F. Mélin ; *Dalloz* 2016, p. 1045, note H. Gaudemet-Tallon

Cass., Civ. 1ère, 16 mars 2016, n°15-14.365, *Dalloz* 2017, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon

Cass., Civ. 1ère, 1er juin 2016, n°15-13.221, *D. actualité*, 17 juin 2016, note F. Mélin ; *Dalloz* 2017, p. 74, note T. Wickers et p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon

Cass., Civ. 1ère, 19 oct. 2016, n°15-50.098, *JDI* n°1, janv. 2017, 2, note F. Monéger ; *Dalloz* 2017, p. 470, note M. Douchy-Ouzot, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon et p. 1082, note J.-J. Lemouland ; *Dalloz* 2016, p. 2549, note D. Sindres ; *RTD civ.* 2017, p. 102, note J. Hauser ; *RCDIP* 2017, p. 535, note E. Gallant

Cass., Com., 2 nov. 2016, n°14-22.114, *Dalloz* 2017, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon, et p. 613, note C. Witz ; *RCDIP* 2017, p. 404, note O. Boskovic

Cass., Civ. 1ère, 4 janv. 2017, n°16-10.754

Cass., Com., 20 avr. 2017, n°15-16.922, *JDI* n°1, janv. 2018, 4, note Brière ; *RCDIP* 2017, p. 542, note D. Bureau ; *RDI* 2018, p. 221, note H. Périnet-Marquet ; *Dalloz* 2017, p. 2054, note L. d'Avout ; *Dalloz* 2018, p. 966, note S. Clavel

Cass., Civ. 1ère, 5 juill. 2017, n°16-16.901 et 16-50.025, *AJ fam.* 2017, p. 482 ; *Dalloz* 2017, p. 1737, note H. Fulchiron, p. 1727, note Ph. Bonfils et A. Gouttenoire ; *Dalloz* 2018, p. 528, note F. Granet-Lambrechts

Cass., Civ. 1ère, 27 sept. 2017, n°16-17.198 et 16-13.151, *D. actualité*, 9 oct. 2017, note F. Mélin ; *RTD com.* 2018, p. 110, note F. Pollaud-Dulian ; *Dalloz* 2018, p. 966, note S. Clavel, et p. 2384, note S. Godechot-Patris ; *AJ fam.* 2017, p. 510, note A. Boiché, et p. 598, note P. Lagarde ; *Dalloz* 2017, p. 2185, note J. Guillaumé ; *RTD civ.* 2017, p. 833, note L. Usunier ; *RTD civ.* 2018, p. 189, note M. Grimaldi, et p. 87, note B. Ancel

Cass., Civ. 1ère, 27 sept. 2017, 16-19.654, *P.A.*, 31 janv. 2018, n°23, p. 12, note P.-L. Niel

Cass., Civ. 1ère, 28 mars 2018, n°17-10.626 et 17-13.220

Cass., Civ. 1ère, 11 avr. 2018, n°16-24.653, *D. actualité*, 4 mai 2018, note F. Mélin ; *Dalloz* 2018, p. 1934, note L. d'Avout

Cass., Civ. 1ère, 15 mai 2018, n°17-11.571, *D. actualité*, 28 mai 2018, note F. Mélin ; *Dalloz* 2018, p. 2384, note S. Godechot-Patris ; *Dalloz* 2019, p. 1016, note S. Clavel

Cass., Civ. 1ère 24 mai 2018, n°16-21.163, *RCDIP* 2018, p. 872, note S. Corneloup ; *Dalloz* 2019, p. 1016, note S. Clavel

Cass., Civ. 1ère, 4 juill. 2018, n°17-16.102, *AJ fam.* 2018, p. 469, note C. Roth

Cass., Civ. 1ère, 19 sept. 2018, n°18-20.693, *Dalloz* 2018, p. 2384, note S. Godechot-Patris et p. 2280, note C. Bahurel ; *Dalloz* 2019, p. 1016, note S. Clavel ; *RCDIP* 2019, p. 224, note E. Gallant ; *JDI* n°1, janv. 2019, 2, note F. Monéger

Cass., Ass. pl., 5 oct. 2018, n°10-19.053, *AJ fam.* 2018, p. 613 ; *Dalloz* 2019, p. 663, note F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2018, p. 847, note J.-P. Marguénaud

Cass., Com., 16 janv. 2019, n°17-21.477, *D. actualité*, 7. fév. 2019, note F. Mélin

- CONSEIL D'ÉTAT :

CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*, n°108243, *RFDA* 1990, p. 267, note D. Ruzié ; *RCDIP* 1990, p. 125, note P. Frydman et p. 139, note P. Lagarde ; *RTD com.* 1990, p. 193, note C. Debbasch ; *Dalloz* 1990, p. 57, note R. Kovar et p. 135, note P. Sabourin ; *AJDA* 2014, p. 100, note M. Long

CE, Ass., 30 oct. 1998, *Sarran*, n°200286 et 200287, *Dalloz* 1998, p. 1094, note D. Alland et p. 1081, note C. Maugué ; *AJDA* 1998, p. 962, note F. Raynaud ; *RFDA* 1999, p. 77, note O. Gohim, p. 67, note B. Mathieu et p. 57, note L. Dubouis ; *RTD civ.* 1999, p. 232, note N. Molfessis ; *Dalloz* 2000, p. 152, note E. Aubin ; *AJDA* 2014, p. 114, note P. Fombeur

- CONSEIL CONSTITUTIONNEL :

Cons. const., 16 déc. 1999, n°99-241, JO 22 déc. 1999, p. 19041

JURISPRUDENCE EUROPEENNE :

- COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES :

CJCE, 6 avr. 1962, *De Geus en Uitdenbodeg c/ Bosch*, aff. 13/61, *Rec.* p. 97

CJCE, 15 juill. 1964, *Costa contre Enel*, aff. 6-64, *Rec.* 1964, p. 1141 et s. ; *Rev. UE* 2015, p. 554, étude Y. Petit, p. 562, étude S. Van Raepenbusch, p. 570, étude A. Vauchez, et p. 649, étude J.-D. Mouton

CJCE, 17 déc. 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Rev. UE* 2015, p. 562, étude S. Van Raepenbusch

CJCE, 19 oct. 1977, *Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson c/ Office interprofessionnels des céréales*, aff. 124/76 et 20/77, *Rec.* 1795, point 17

CJCE, 22 mars 1983, *Martin Peters*, aff. C-34/82, *Rec.* p. 987, concl. Mancini ; *RCDIP* 1983, p. 663, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1983, p. 834, obs. A. Huet

CJCE, 17 juin 1992, *Jacob Handte*, aff. C-26/91, *JCP* 1992, II, p. 21927, note C. Larroumet ; *JCP E.* 1992, II, p. 363, note P. Jourdain ; *RCDIP* 1992, p. 726, note H. Gaudemet-Tallon ; *RTD eur.* 1992, p. 709, note P. de Vareilles-Sommières

CJCE, 15 fév. 1996, *Duff E. A.*, aff. C-63/93, *Rec.* I. p. 569

CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *RTD civ.* 2000, p. 944, obs. J. Raynard ; *RCDIP* 2000, p. 481, note H. Muir-Watt ; *JDI* 2001, p. 690, obs. A. Huet ; *RSC* 2000, p. 686, note L. Idot

CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rec.*, I, p. 9305 ; *RCDIP* 2001, p. 107, note L. Idot ; *JCP* 2001, I, p. 328, note Bernardeau

- COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE :

CJUE, 17. oct. 2013, *Unamar*, aff. C-184/12, *RTD com.* 2014, p. 457, note Ph. Delebecque ; *Rev. UE* 2014, p. 305, note A. Cudennec et p. 376, note V. Pironon ; *RTD civ.* 2014, p. 107, note H. Barbier ; *Dalloz* 2014, p. 893, note D. Ferrier, p. 60 et 1967, note L. d'Avout, et p. 1059, note H. Gaudemet-Tallon

CJUE, 20 déc. 2017, *Soha Sahyouni c/ Raja Mamisch*, aff. C-372/16, *D. actualité*, 25 janv. 2018, note A. Devers

CJUE, 1er mars 2018, aff. C-558/16, *JDI* n°4, oct. 2018, p. 20

CJUE, 31 mai 2018, aff. C-335/17, *D. actualité*, 7 juin 2018, note F. Mélin

CJUE, *Coman*, 5 juin 2018, *JDI* n°1, 1 janv. 2019, doct. 2, note G. Kessler

CJUE, 7 juin 2018, aff. C-83/17, *D. actualité*, 19 juin 2018, note F. Mélin

CJUE, 15 nov. 2018, aff. C-308/17, *D. actualité*, 29 nov. 2018, note F. Mélin

- COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME :

CEDH, 23 juill. 1968, *Affaire linguistique belge*, n°1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63 et 2126/64

CEDH, 28 oct. 1999, *Brumarescu c/ Roumanie*, n°28342/95, *Dalloz* 2000, somm. 187, obs. N. Fricero ; *JCP* 2000, I, p. 203, n°10, obs. F. Sudre ; *JDI* 2000, p. 127, obs. Restencourt

CEDH, 26 juin 2014, *Menesson contre France et Labassée contre France*, aff. 65192/11 et aff. 65941/11, *Dalloz* 2014, p. 1787, note Ph. Bonfils, p. 1806, note L. d'Avout, p. 1797, note F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014, p. 616, note J. Hauser, p. 835, note J.-P. Marguénaud ; *Dalloz* 2015, p. 702, note F. Granet-Lambrechts, p. 1056, note H. Gaudemet-Tallon, p. 755, note J.-C. Galloux

CEDH, 14 janv. 2016, *Mandet c/ France*, N°30955/12, *D. actualité*, 8 fév. 2016, note V. Lefebvre ; *Dalloz* 2016, p. 257, et p. 1966, note Ph. Bonfils ; *Dalloz* 2017, p. 729, note F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2016, p. 331

CEDH, 22 janv. 2019, *Rivera Vazquez et Calleja Delsordo c/ Suisse*, n°65048/13, *D. actualité*, 7. fév. 2019, note A. Bolze

CEDH, Avis consultatif, 10 avr. 2019, n°P16-2018-001, *AJ fam.* 2019, p. 289

TEXTES

Préambule de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789

Statut de la Cour de justice internationale instituée par la Charte des Nations unies de juin 1945

Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946

Convention de Genève relative à la reconnaissance internationale des droits sur aéronefs du 19 juin 1948

Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 déc. 1948

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales du 4 nov. 1950

Préambule de la Constitution du 4 oct. 1958

Convention du 5 oct. 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires

Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies du 16 déc. 1966

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle révisée à Stockholm le 14 juill. 1967

Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

Convention américaine relative aux droits de l'Homme du 22 nov. 1969

Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris le 24 juill. 1971

Convention du 2 oct. 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits

Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 11 avr. 1980, Vienne

Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples du 27 juill. 1981

Traité sur l'Union européenne du 7 déc. 1992, Maastricht

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 déc. 2000

Règlement (CE) n°44/2001 du 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles I

Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003 relatif à la compétence, à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, Bruxelles II *bis*

Règlement (CE) n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, Rome II

Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 nov. 2007

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne du 13 déc. 2007, Lisbonne

Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Rome I

Règlement (CE) n°4/2009 du Conseil du 18 déc. 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires

Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Rome III

Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen

Règlement (UE) n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Bruxelles I *bis*

Règlement (UE) 2016/1104 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés

Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux

Règlement (UE) 2019/1111 du Conseil du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement international d'enfants (refonte), Bruxelles II *ter*

Projet de loi bioéthique 2019 présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accord de fond, 1537

Accord procédural, 1519 s.

Actes juridiques, 889 s., 951, 955 s.

Applicabilité

éléments perturbateurs, 1002, 1228 à 1230

étapes, 1001, 1003 à 1005

régime, 997

unilatéralisme européen, 670

Autonomie de la volonté

accord procédural, 1525 s.

droits disponibles, 604 s.

droits indisponibles, 610 s.

fraude à la loi, 1809 s.

localisation subjective, 582 s.

rattachement, 600, 601, 974 s.

B

Better law, 221 à 222

Bilatéralisme

droit positif, 719 s.

méthode conflictuelle, 692 s.

savignien, 706 s.

C

Caractère (de la règle de conflit)

indirect, 755 s., 986

neutre, 776 s.

Catégories de rattachement

classification, 731

individualisation, 930 s.

méthode comparative, 1118

qualification *lege fori*, 1069 s.

spécialisation, 821

Cercle vicieux (renvoi), 1293-1294

Charge de la preuve, 1559 s., 1571 à 1573

Charte des droits fondamentaux, 475

Chassé-croisé (renvoi), 1257, 1292

Clauses échappatoires, 824

Codification, 106, 107, 114 à 116, 140 s.

Communauté de droit

communauté de droit internationale, 727, 740, 741

Lévy-Ullmann, 175

qualification, 1101 s.

Savigny, 159 s., 702 s., 735 s.

Compétence indirecte du juge, 1846, 1847

Conditions d'applicabilité

condition matérielle, 1150 à 1160

condition spatiale, 1161 à 1175

Conflit

de compétences législatives, 194, 195

de coutumes, 47

de souverainetés, 50, 636 s.

Conflit de lois dans le temps, 1230, 1335

Conflit mobile, 1387 s.

Contrôle de la loi appliquée, 1838 s.

Contrôle de légalité, 1614 s., 1621 s.

Convention européenne des droits de l'Homme, 359,

476 s., 1757 à 1764

Coopération renforcée, 297

Coordination fonctionnelle, 200 s.

Coordination juridique

des systèmes, 1124 s.

du système, 193 s.

Cour de justice de l'Union européenne, 350 à 357

Cour européenne des droits de l'Homme, 358 à 363,

1753 s.

Cours internationales, 340, 341

Courtoisie internationale, 57 s.

Coutume (source), 425 s.

Critère spatio-temporel (conflit mobile), 1425 s.

Cumul, 646, 647, 660, 710

D

Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 490

Dénaturation, 1617 à 1620

Divorce, 1356, 1727 et 1853

Doctrine (source), 400 s.

Double qualification, 1012

Droit dérivé de l'Union européenne, 292 s.

Droit des cités, 70, 71

Droit des gens, 156, 157, 428

Droits acquis, 1391 s.

Droits disponibles

accord procédural, 1522 s.

office du juge, 1458 s.

subjectivisme, 604 s.

Droits fondamentaux

actualité juridique, 21

Conv. EDH, 359 s.

fraude à la loi, 1865 s.

objectif universel, 496 s.

omniprésence, 20

ordre public international, 493, 494, 1677, 1678, 1748

s.

textes internationaux, 473 s.

textes nationaux, 488 s.

Droits indisponibles

office du juge, 1452 s.

subjectivisme, 610 s.

Droits subjectifs (ordre public de proximité), 1741 à 1744
Dualisme, 1130

E

Élément d'extranéité
définition du droit international privé, 8
office du juge, 1484, 1485
Elitisme européen, 1170
Etat de droit, 754
Exequatur
fraude à la loi, 1836 s.
théorie de l'équivalence, 1641

F

Faits juridiques, 889 s., 964 s.
Filiation, 21, 826, 827, 1301, 1356, 1739, 1769, 1859, 1865 s.
Forum shopping
fraude à la loi, 1824, 1832 s.
office du juge, 1470
renvoi, 1306
Fraude à la loi, 1657, 1781 s.
Fraude patente, 1861 à 1863

G

Gestation pour autrui, 1769, 1770, 1868

H

Hiérarchie des normes, 1124 s.

I

Inlandsbeziehung, 1671, 1720
Inopposabilité (sanction fraude à la loi), 1794 s.
Insuffisance des motifs, 1615, 1616
Intention frauduleuse, 1804 à 1808
Intérêt supérieur de l'enfant, 1870, 1871

J

Juridictions régionales, 349 s.
Jus gentium, 72 à 74
Justice conflictuelle (ou de droit international privé), 11, 14 s., 266, 267, 853
Justice matérielle, 218 s., 848 s.

L

Lacune, 646, 647, 660, 710
Lex fori
méthode des intérêts gouvernementaux, 814-815
ordre public international, 1696 s.
qualification *lege fori*, 1040, 1041

renvoi, 1242 s.
unilatéralisme, 640
vocation subsidiaire, 915 s., 1499 s., 1575 s.

Lex loci delicti

délits complexes, 965
faits juridiques, 893 s.
Morris, 226

Lex rei sitae, 885 s.

Liberté contractuelle, 608, 609
Libre circulation, 449 s.

Localisation

abstraite, 788 s.
concrète, 805 s., 912, 939 s.

Lois de police

du for, 1204 s.
étrangères, 1208 s.
européennes, 1215 s.
nationales, 1220 à 1223

M

Manipulation

catégorie de rattachement, 1823 à 1825
élément de rattachement, 1820 à 1821

Mariage, 329, 935, 1071, 1712 s.

Méthode analytique

méthode requise, 724 s.
Savigny, 715, 716

Méthode comparative

Batiffol, 204 s.
Lerebours-Pigeonnière, 200 à 203
Lévy-Ullmann, 176 s.
Maury, 194 à 196
Rabel, 1106 s.
Savatier, 197 à 199

Méthode conflictuelle (définition), 515

Méthode de consultation des lois substantielles, 1347 à 1349

Méthode de contact avec le système du for, 345, 346

Méthode de groupement des points de contact, 225 s.

Méthode des intérêts gouvernementaux, 213 à 217

Méthode matérielle (définition), 515

Monisme, 1130

N

Nationalisme

internationalisme, 155 s.
juridique, 127
Niboyet, 128
particularisme, 130 s., 187 s.
politique, 126

Naturalisme, 102 s.

O

Objectivisme, 573 s., 588 s., 616 s.

Office du juge, 1445 à 1447 s.

Ordre public international 1656, 1658 s.
de proximité, 1717 s., 1759, 1778
effet plein/ effet atténué, 1707 s., 1730, 1731
effet réflexe, 1667 à 1669
effet substitutif, 1695 s.
européen, 1745 s.
internes, 1772 à 1775

P

Particularisme

Bartin, 133
Lerebours-Pigeonnière, 134
nationaliste, 187
territorialiste, 189

Pays civilistes, 251, 910

Pays de *common law*, 251, 281, 878, 881

Personnalisme

codification, 114 à 116, 417
droit des cités, 70 à 71
jurisprudence, 118, 119, 417
loi nationale, 154
Mancini, 84 à 86
personnalité des lois, 75 s.
Pillet, 92 à 95
seconde systématisation, 67 s.

Pourvois

motivation, 1613 s.
violation de la loi étrangère, 1599 s.

Prestation caractéristique du contrat, 955 à 963

Prévisibilité et sécurité juridiques

droit transitoire, 1379
préalables, 17
qualification *lege fori*, 1042 s.
règle de conflit à rattachement simple, 797 s.

Principe d'application immédiate, 1412

Principe de proximité

localisation, 573 s., 777 s., 912
ordre public international, 1673, 1718 s.
rattachement, 940 s.

Principe de reconnaissance mutuelle, 456 à 459

Principes directeurs du procès, 754

Privatisme

définition, 29
système de privatisme, 149 s.

Problème de qualification, 1004

Procréation médicalement assistée, 1867, 1870

Publicisme

définition, 28
système de publicisme, 33 s.

Q

Qualification

autonome, 1095 s.
casuistique, 1070
de droit international privé, 1105 s.
en sous-ordre, 1052 à 1054

lege causae, 1009 s.
lege fori, 1035 s.
unilatérale, 1032 à 1034

R

Rattachement juridictionnel

lois de police, 1204
office du juge, 1506, 1507
ordre public international, 1673, 1674
qualification *lege fori*, 1040 s.

Rattachement simple, 789 s., 986

Rattachements contemporains, 866, 925 s., 954 s.

Rattachements multiples, 815 s.

alternatifs, 826 à 829
cumulatifs, 833 à 835
hiérarchisés, 830 à 832
substantiels, 837 s.

Rattachements traditionnels, 865, 867 s., 900 s.

Règle de droit

loi étrangère, 1552, 1553
règle de conflit, 1481 s.

Règles conflictuelles, 543 s.

Règles de conflit à caractère substantiel (modernes),
590 à 592, 803 s., 853 s., 980 s

Règles de conflit classiques, 795 s., 850 s.

Règles matérielles, 516 s.

Règles transitoires spéciales, 1355 s., 1413

Renvoi

approche fonctionnelle, 1310 s.
au premier degré, 1266 à 1268
au second degré, 1266 à 1269, 1293
double renvoi, 1317 à 1320
renvoi règlement-subsidiaire, 1248 s.
renvoi-délégation, 1235 s.

S

Siège du rapport de droit, 696 s., 733

Situations boîteuses, 329, 1714

Sources directes, 270

Sources indirectes, 271

Sources nationales

Bartin et Kahn, 184, 185
juridictions, 365 s.
législations, 308 s.

Sources supranationales

juridictions, 334 s.
législations, 274 s., 1157
règles conflictuelles, 559

Souveraineté nationale, 112

Souverainisme

conflit de souverainetés, 50 à 94
courtoisie internationale, 58 et 59
hiérarchie des normes, 1135 s.
méthode des intérêts gouvernementaux, 215
sources jurisprudentielles, 145 s.
sources textuelles, 116, 141 à 144

unilatéralisme, 636 s.

Spécialisation (rattachements), 805 s., 926 s.

Standard européen, 471 s.

Statut personnel

catégorie de rattachement, 935

codification, 114 à 116, 143

fraude à la loi, 1853 s.

jurisprudence, 118 à 119

loi personnelle, 869 s., 900 s.

ordre public international, 1739 s.

Statut réel

fraude à la loi, 1853, 1854

lex rei sitae, 886 à 888, 891 s.

loi territoriale, 903 s.

source du rapport du droit, 889, 890

Subjectivisme, 581 s., 603 s.

Successions

jurisprudence successorale, 145

renvoi, 1274, 1300

Système féodal, 38 à 44

T

Territorialisme

codification, 106, 107, 414, 415

comitas gentium, 53 s.

d'Argentré, 49 à 52

Dumoulin, 46 à 48

jurisprudence, 108, 109, 414, 415

lex rei sitae, 886 s.

Niboyet, 128, 129

particularisme, 189

première systématisation, 35 s.

territorialité des lois, 38 s.

unilatéralisme, 640

Théorie de l'équivalence, 1628 et s.

Théorie italienne des statuts, 41 s.

Tourisme procréatif, 1859

U

Unilatéralisme

droit positif, 664 s.

fonctionnalisme, 259

méthode conflictuelle, 633 s.

privatiste, 643 s.

publiciste, 636 s.

Unité de législation (droit transitoire), 1379 à 1381,

1406

Universalisme

doctrine allemande, 158 s.

doctrine italienne, 151 s.

droit international privé, 4

principe d'égalité, 4, 499

V

Vides juridiques, 324, 390

TABLE DES MATIERES

PRINCIPALES ABREVIATIONS	7
SOMMAIRE	11
INTRODUCTION	13
PARTIE I : LA CREATION D'UN SYSTEME UNIQUE EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS FONDE SUR L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES	47
TITRE I : L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRAVEE PAR LA MULTITUDE DE FONDEMENTS DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS	49
CHAPITRE I : LA NEUTRALITE DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS CONTRARIEE PAR LES ORIGINES MIXTES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE	53
Section 1 : La systématisation originellement publiciste du droit international privé.....	53
Sous-section 1 : La reconnaissance du droit international privé comme discipline au travers des doctrines publicistes de l'Ancien Régime.....	53
1 § – La première systématisation du droit international privé à l'aune du territorialisme de l'Ancien Régime.....	54
A. L'origine systémique du droit international privé : le territorialisme de l'Europe de l'Ouest au XVIème siècle.....	54
1) L'amorce d'un système politisé autour du territorialisme.....	54
a) Le territorialisme généré par les systèmes féodaux de l'Europe de l'Ouest.....	54
b) La conceptualisation du conflit de lois par l'avènement de la théorie italienne des statuts....	56
2) Le territorialisme au cœur de la théorisation française du droit des conflits de lois.....	58
a) Dumoulin : la poursuite de l'école italienne des statuts.....	58
b) D'Argentré : fondateur du système de droit des conflits de lois français territorialiste.....	60
B. La prolifération du territorialisme sur les territoires européens et américains.....	61
1) La doctrine territorialiste française confirmée par la théorie hollandaise de la <i>comitas gentium</i> . 61	
a) La réception du système territorialiste français par la Hollande du XVIIème siècle.....	62
b) Le système territorialiste prolongé par la consécration de la théorie de la courtoisie internationale.....	63
2) L'accueil de la <i>comitas gentium</i> dans les pays anglo-saxons sous l'Ancien Régime.....	64
a) L'admission de la <i>comitas gentium</i> par l'ordre juridique anglais.....	64
b) La <i>comitas gentium</i> reçue par les Etats-Unis.....	65
§ 2 – La seconde systématisation du droit international privé au regard du personnelisme.....	67
A. Le personnelisme de l'Europe occidentale comme fondement de la future systématisation du droit international privé.....	67
1) Le droit romain de l'Antiquité : les prémices du personnelisme.....	67
a) L'émergence du personnelisme dans les relations juridiques au regard du droit civil romain.....	67
b) Le maintien du personnelisme dans les relations juridiques malgré l'apparition du <i>jus gentium</i>	69
2) Le développement du personnelisme par les Barbares du Haut Moyen Âge.....	70
a) Le personnelisme favorisé par l'absence d'unité législative issue des invasions barbares.....	70
b) L'édification d'une société fondée sur le système de la personnalité des lois au Haut Moyen Âge.....	71
B. La reconnaissance européenne du personnelisme en droit international privé à la fin de l'Ancien Régime.....	73
1) L'apparition du système personneliste de droit des conflits de lois au XIXème siècle.....	73
a) La première systématisation personneliste par Mancini.....	73
b) La propagation du personnelisme en droit international privé européen au XIXème siècle....	75
2) La diffusion du personnelisme en droit international privé durant l'Europe du XXème siècle... 75	
a) Le maintien d'un personnelisme essentiellement étatique par Zitelmann.....	76
b) La défense d'un personnelisme souverainiste par Pillet.....	76
Sous-section 2 : Le développement du droit international privé contemporain sous l'influence du territorialisme et du personnelisme.....	78

§ 1 – L’adhésion du droit international privé aux philosophies souverainistes dès la fin de l’Ancien Régime	78
A. La poursuite de la philosophie statutaire au XIXème siècle.....	78
1) L’effectivité de la doctrine territorialiste à la fin de l’Ancien Régime	79
a) Le maintien du territorialisme en droit international privé au XVIIIème siècle	79
b) L’emploi du naturalisme à l’appui d’un droit international privé territorialiste	80
2) L’illustration du territorialisme par les premières sources du droit des conflits de lois interne dès le XIXème siècle	81
a) La codification du territorialisme en droit des conflits de lois français	82
b) La jurisprudence française territorialiste du XIXème siècle.....	82
B. La promulgation du nationalisme au XIXème siècle.....	83
1) La réception textuelle du personnalisme au XIXème siècle en droit des conflits de lois interne.	83
a) L’avènement du rattachement à la nationalité par le concept révolutionnaire de la souveraineté nationale.....	84
b) Le rattachement à la loi nationale intégré dans le Code civil en Europe	84
2) La réception jurisprudentielle et diplomatique du personnalisme au XIXème siècle en droit des conflits de lois	85
a) L’application de la loi nationale au statut personnel en jurisprudence au XIXème siècle	85
b) Le personnalisme : facteur de nouvelles sources de droit international privé au XXème siècle	86
§ 2 – La persistance des idéologies souverainistes à l’époque contemporaine en droit international privé.....	88
A. Les doctrines fondées sur l’intérêt national : du XXème siècle à aujourd’hui.....	88
1) Le retour à la tradition territorialiste au début du XXème siècle	88
a) La défense doctrinale des intérêts français issue de l’entre-deux-guerres	88
b) Du nationalisme au territorialisme de Niboyet.....	89
2) Le maintien du nationalisme par la doctrine européenne au XXème siècle.....	90
a) L’assimilation du nationalisme au particularisme de la fin du XIXème siècle	90
b) La diffusion du nationalisme par Martin et Lerebours-Pigeonnière au XXème siècle	91
B. Du maintien au développement des idéologies publicistes depuis le XXème siècle	93
1) La conservation des sources textuelles du droit des conflits de lois interne depuis 1804	93
a) L’échec de l’internationalisation des sources du droit des conflits de lois à l’époque contemporaine	93
b) La survie des dispositions du Code civil de 1804	94
2) Un droit des conflits de lois publiciste promu par le droit contemporain	94
a) Les nouveaux articles du Code civil français à tendance publiciste	94
b) Les jurisprudences françaises contemporaines influencées par l’idéologie publiciste	95
Section 2 : Le renouvellement du droit des conflits de lois par une systématisation privatiste du conflit de lois.....	97
Sous-section 1 : Les aspirations modernes du droit international privé européen : de l’utopisme au réalisme ...	98
§ 1 – La nouvelle aversion du droit des conflits de lois : l’universalisme	98
A. La conceptualisation d’un système universel de droit des conflits de lois conformément à sa nature	99
1) La découverte de l’universalisme par la doctrine italienne du XIXème siècle	99
a) Le personnalisme : vecteur de l’internationalisation du droit des conflits de lois	99
b) Le nationalisme : fondement d’un droit international privé universel.....	101
2) L’édification de l’universalisme par la doctrine allemande du XIXème siècle	102
a) La proposition d’une méthode conflictuelle commune aux pays romano-christianistes.....	102
b) L’avènement d’une méthode bilatérale neutre et égalitaire	104
B. L’échec d’un système universel de droit des conflits de lois utopique.....	107
1) L’utopie d’un système universaliste fondé sur la nature des lois elles-mêmes	107
a) L’universalisme préconisé par l’existence d’une communauté juridique des Etats.....	107
b) Un système irréalisable fondé sur la recherche du but social de la loi par chaque Etat.....	109
2) La fiction d’un système universel fondé sur l’étude comparative des systèmes	110
a) Le postulat nécessaire d’une communauté de droit des peuples de même civilisation	110
b) Un universalisme limité par le recours à la méthode comparative	111
§ 2 – Le déclin de l’universalisme au profit du réalisme en droit des conflits de lois.....	112
A. L’apparition d’un système national étriqué sous l’impulsion du particularisme	113
1) La réaction particulariste face à un universalisme chimérique	113
a) L’apparition simultanée en Europe du particularisme par souci de positivisme.....	113

b)	La proposition d'un système de projection des règles nationales à l'international.....	114
2)	L'assimilation du particularisme aux doctrines de l'Ancien Régime	115
a)	L'esprit nationaliste imputable à la doctrine du particularisme	116
b)	De l'essence nationaliste au caractère territorialiste attribués au particularisme.....	117
B.	Du particularisme à la coordination des systèmes : entre positivisme et réalisme.....	118
1)	L'amorce d'une méthode conforme à l'objet du droit des conflits de lois au regard de la coordination juridique	119
a)	Le conflit de compétences législatives enfin reconnu comme objet du droit des conflits de lois 119	
b)	Une méthode inachevée fondée sur la recherche de la loi la plus appropriée.....	120
2)	L'émergence de méthodes inappropriées en droit des conflits de lois par le recours à la coordination fonctionnelle.....	122
a)	La résolution fonctionnelle de conflits d'intérêts privés par une approche comparative	122
b)	La résolution fonctionnelle des conflits d'intérêts privés par une coordination des systèmes 124	
	Sous-section 2 : Le droit des conflits de lois revisité par le matérialisme américain.....	126
	§ 1 – Le système de droit des conflits de lois américain substantiellement fondé au regard des intérêts privés	127
A.	La promotion d'un système conforme à un résultat substantiel abstrait.....	127
1)	La méthode contestable des intérêts gouvernementaux au regard de la nature du droit international privé.....	127
a)	L'application exclusive de la loi du for au regard d'intérêts politiques étatiques.....	128
b)	Un assouplissement de l'application exclusive de la loi du for conformément aux intérêts individuels.....	129
2)	La méthode matérielle : l'assurance d'une justice universelle.....	130
a)	« La justice dans chaque décision » : une méthode abstraite idéale	130
b)	L'« application de la meilleure règle » selon le juge saisi.....	131
B.	Le développement d'une méthode concrète de groupements des points de contact conforme aux intérêts privés.....	132
1)	L'analyse concrète des situations litigieuses par le groupement des points de contact.....	133
a)	La subordination judiciaire de la règle de conflit aux points de contact avec la situation litigieuse.....	133
b)	La prise en compte subjective de points de contact au travers des méthodes.....	134
2)	La réception internationale relative de la méthode de la <i>proper law</i>	135
a)	L'intégration discutable des liens les plus étroits dans le droit positif américain	136
b)	L'avènement des liens les plus étroits dans le droit positif européen.....	137
	§ 2 – L'édification d'une méthode substantielle unilatérale exempte de neutralité.....	138
A.	Le rejet de la méthode bilatérale classique au regard de ses imperfections	138
1)	La rigidité du système classique bilatéral	139
a)	L'exclusion d'un système général abstrait	139
b)	Le refus de toute automaticité du système classique	140
2)	Les carences imputables au système classique : adaptation et unification.....	141
a)	La malheureuse absence d'adaptation des solutions à la situation litigieuse	141
b)	L'impossible unification des solutions sur le plan international	142
B.	La mise en place d'une méthode unilatérale concrète opposée à l'unification du droit des conflits de lois.....	143
1)	La remarquable souplesse d'un système d'analyse concrète	143
a)	La création d'une méthode concrète au regard de la tradition juridique des pays de common law	144
b)	Une méthode fonctionnelle synonyme de variabilité	145
2)	Un système exempt de l'objectif d'unification du droit	146
a)	De solutions casuistiques à l'inexistence d'un système commun.....	146
b)	La méthode fonctionnelle anglo-saxonne équivalente à l'unilatéralisme	147
	Conclusion du chapitre I :.....	151
	CHAPITRE II : LE FRACTIONNEMENT DES SOURCES DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS EN RUPTURE AVEC L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES.....	155
	Section 1 : De l'inachèvement d'une réglementation internationale à la sauvegarde de réglementations nationales	155

Sous-section 1 : De l'échec d'une législation internationale au maintien inévitable d'une législation nationale	156
.....	156
§ 1 – La tentative d'unification du droit des conflits de lois par le biais de législations supranationales.....	156
A. L'apparition de législations supranationales par la réunion d'organisations internationales	156
1) Le droit international privé supranational embrigadé à l'état de région	156
a) L'insuccès des organisations à échelle internationale	157
b) La réussite limitée des organisations à échelle régionale	159
2) Un droit fractionné au regard des textes issus des organisations internationales.....	161
a) Les rares textes internationaux portant règles matérielles en droit commercial	161
b) Les nombreux textes régionaux portant règles conflictuelles dans toute matière	162
B. Les prémices d'un droit unifié au travers du droit dérivé de l'Union européenne.....	164
1) L'illusoire réglementation commune du droit international privé au sein de l'Union européenne	165
a) La communautarisation présumée du droit international privé.....	165
b) L'unique coopération européenne en droit international privé.....	166
2) La multiplicité des règles de conflit européennes.....	168
a) Une législation quasi intégrale en matière de conflit de juridictions	168
b) Une législation plus réduite en matière de conflit de lois.....	169
§ 2 – La persistance du particularisme par le maintien du droit international privé national	171
A. Le droit international privé national : une source atemporelle controversable	171
1) Le droit international privé interne : le socle de la discipline	171
a) Le droit international privé national comme source initiale	172
b) Le droit international privé national en tant que source éternelle.....	173
2) Le droit international privé interne : facteur de multiplication des systèmes.....	174
a) La volonté de coordination des systèmes issue de la multitude de droits nationaux.....	174
b) L'avènement du droit comparé engendré par l'abondance des systèmes nationaux.....	175
B. Le droit international privé national : une source suppléante indispensable.....	176
1) De la subsidiarité à la nécessité du droit international privé interne.....	176
a) La subsidiarité du droit international privé national à défaut de texte supranational applicable	177
b) La nécessité du droit international privé national à défaut de texte supranational existant ..	177
2) Le droit international privé national : facteur d'insécurité et de particularisme	178
a) De l'insécurité juridique à la création de situations boiteuses	179
b) De l'échec de l'internationalisation à la victoire de l'inégalité	180
Sous-section 2 : D'une jurisprudence accessoirement internationale aux jurisprudences essentiellement nationales	182
§ 1 – La création localisée d'organes juridictionnels supranationaux compétents en droit international privé	182
.....	182
A. La création idéale d'une juridiction internationale unique spécialisée en droit international privé	182
1) L'institution apparente de Cours internationales propres au droit international	182
a) Le recours nécessaire à une juridiction internationaliste privée commune.....	182
b) L'établissement de Cours internationales essentiellement compétentes en droit international public.....	183
2) L'inexistence d'une juridiction internationale unique en droit international privé.....	184
a) L'impossible mise en œuvre d'une juridiction internationale commune spécialisée	185
b) Le recours envisageable à des juridictions régionales spécialisées	185
B. La réalisable mise en place de juridictions régionales européennes	187
1) La Cour de justice de l'Union européenne : la juridiction suprême du droit international privé européen	187
a) L'unification du droit international privé par le pouvoir interprétatif du juge de l'Union européenne	188
b) Les compétences de la Cour de justice limitées à la sphère intra-européenne.....	189
2) La Cour européenne des droits de l'Homme : une juridiction participative au droit international privé européen	192
a) L'intervention indirecte de la Cour européenne en droit international privé	192
b) L'intervention restreinte de la Cour européenne en droit international privé.....	193
§ 2 – La véritable édification du droit international privé par les juridictions nationales.....	195

A.	L'application inégale des règles de droit international privé par les juridictions internes	195
1)	L'application effective des règles de droit international privé par le juge national	195
a)	La mise en œuvre classique des règles de droit international privé par les juges nationaux	195
b)	Une mise en œuvre soumise aux intérêts nationaux	196
2)	L'application variable des règles du droit des conflits de lois par les juges nationaux	198
a)	La diversité de solutions dans la mise en œuvre des règles de conflit par les juges nationaux 198	
b)	La diversité de solutions dans la mise en œuvre des règles de fond par les juges nationaux	199
B.	L'interprétation supplétive indispensable des règles de droit international privé par les juges nationaux	200
1)	Le pouvoir interprétatif de l'organe judiciaire exclusivement étatique	200
a)	L'interprétation traditionnelle des règles de droit international privé par le juge national ...	201
b)	Le pouvoir interprétatif du juge national facteur de cohésion juridique	202
2)	La pouvoir novateur du juge national à l'égard des règles de droit international privé	203
a)	L'intervention complémentaire du juge national dans le cadre de vides juridiques	203
b)	L'unification des règles de droit international privé garanti par l'autorité judiciaire supérieure 205	
Section 2 :	De l'influence des sources indirectes à l'intégration d'objectifs supranationaux communs	207
Sous-section 1 :	De l'influence prépondérante de la doctrine à l'incidence minimale de la coutume	207
§ 1 –	L'influence incontestée de la doctrine en droit international privé	207
A.	La participation effective de la doctrine à la construction du droit international privé	208
1)	Les principes généraux et méthodes de droit international privé conceptualisés par la doctrine	208
a)	L'établissement de principes généraux en droit international privé par la doctrine	208
b)	La formulation des méthodes de droit international privé par la doctrine	209
2)	L'intervention indispensable de la doctrine en tant que source du droit	210
a)	La collaboration effective de la doctrine à l'élaboration du droit international privé	210
b)	L'unique source d'une potentielle unification du droit des conflits de lois	211
B.	L'intégration de la doctrine en droit positif depuis l'Ancien Droit	212
1)	La consécration des doctrines traditionnelles par le droit positif français	212
a)	La consécration du territorialisme par le législateur et la jurisprudence	212
b)	La consécration du personnalisme par le législateur et la jurisprudence	213
2)	L'intégration des doctrines contemporaines en droit positif	214
a)	La consécration de l'universalisme et du particularisme parmi les sources positives	214
b)	L'inclusion du substantialisme au sein des sources positives	215
§ 2 –	L'incidence fictive de la coutume internationale en droit international privé	217
A.	Une source <i>a priori</i> positive en droit international privé	217
1)	Les règles non écrites du droit international public : le cadre initial du droit international privé 218	
a)	La naissance du droit international privé dans l'environnement du droit des gens	218
b)	L'évolution du droit international privé conformément aux principes du droit international public	219
2)	Les règles considérées comme coutumières en droit international privé	219
a)	Les règles de rattachement non écrites du droit international privé	219
b)	Le simple rapprochement de traditions juridiques entre Etats	220
B.	De l'existence illusoire à l'absence de valeur juridique de la coutume internationale	221
1)	L'existence illusoire d'une coutume internationale en tant que source du droit	221
a)	Une source indirecte et partielle en droit international privé	221
b)	De la coutume internationale à la coutume nationale	222
2)	L'absence de valeur juridique de la coutume internationale en droit positif	222
a)	La compétence personnelle des Etats en matière de coutume reconnus par le droit international public	222
b)	Le défaut d'obligation internationale incombant aux Etats en matière de coutume	223
Sous-section 2 :	L'intégration contemporaine d'objectifs supranationaux communs à l'élaboration du droit international privé	225
§ 1 -	Les sources du droit international privé européen orientées par les objectifs et standards de l'Union européenne	225
A.	La libre circulation comme objectif directeur du droit international privé européen	225
1)	Le nécessaire respect des libertés de circulation en droit international privé	225

a) L'alignement du droit international privé aux objectifs économiques et politiques de l'Union européenne	226
b) La conformité des règles de droit international privé à des objectifs de nature publique	227
2) La traduction juridique de la libre circulation en droit international privé	228
a) La libre circulation préservée par le principe de reconnaissance mutuelle	228
b) La libre circulation intégrée aux instruments dérivés du droit communautaire	229
B. La création d'un standard européen applicable au droit international privé	230
1) La réalisation d'un standard européen par le rapprochement des législations	231
a) La réalisation d'un standard européen d'uniformisation du droit matériel européen	231
b) La combinaison du standard européen aux règles du droit international privé	231
2) Le standard européen « unicité du droit » intégré au droit international privé européen positif	232
a) La standardisation du droit international privé au regard des règlements européens	232
b) Le droit international privé indirectement conditionné par les objectifs et standards européens	233
§ 2 – L'universalisation potentielle du droit international privé au travers d'une protection commune des droits de l'Homme	234
A. La protection effective des droits de l'Homme en Europe	234
1) La consécration juridique des droits de l'Homme avérée en Europe	234
a) La promotion des libertés fondamentales assurée par le droit de l'Union	235
b) La défense des droits de l'Homme sous la large impulsion du Conseil de l'Europe	236
2) La protection des droits de l'Homme soutenue par le droit international privé	238
a) Les principes fondamentaux intégrés aux règles de conflit du droit international privé	238
b) Les libertés fondamentales sauvegardées par l'ordre public international	239
B. La défense commune des droits de l'Homme au-delà de l'Europe	240
1) L'aspiration fondamentale aux droits de l'Homme d'origine nationale	241
a) La protection des droits de l'Homme : l'objectif primordial de tout Etat de droit	241
b) La protection des droits de l'Homme assurée par tout droit international privé interne	242
2) L'aspiration contemporaine universelle aux droits de l'Homme	243
a) L'objectif universel de défense des droits de l'Homme au-delà de l'Europe	243
b) Le regain d'espoir de l'universalisation du droit des conflits de lois	244
Conclusion du chapitre II :	247
CONCLUSION DU TITRE I :	249
TITRE II : L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES SUBORDONNE A LA METHODE CONFLICTUELLE BILATERALE OBJECTIVE A RATTACHEMENT UNIQUE	251
CHAPITRE I : LA RECHERCHE D'UNE METHODE EGALITAIRE ETROITEMENT LIEE AUX REGLES DE CONFLIT OBJECTIVES BILATERALES	253
Section 1 : La méthode conflictuelle objective adaptée aux objectifs du droit des conflits de lois	253
Sous-section 1 : La préférence accordée à la méthode conflictuelle conformément à l'objectif d'unification du droit des conflits de lois	254
§ 1 - La place restreinte des règles matérielles en droit des conflits de lois	254
A. La supériorité de principe des règles matérielles à l'égard des règles conflictuelles	255
1) La supériorité théorique des règles matérielles	255
a) La primauté d'application des règles matérielles	255
b) Le traitement identique des sujets de droit issu du recours aux règles matérielles	256
2) L'infériorité pratique des règles matérielles	256
a) La proportion infime de règles matérielles en droit positif	257
b) Le cantonnement des règles matérielles aux matières pratiques	258
B. La valeur réductible des règles matérielles	258
1) Le caractère excessivement rigide des règles matérielles	259
a) Un champ d'application matériel et spatial restreint	259
b) Le caractère inadapté des règles matérielles aux évolutions internationales	260
2) L'échec du recours à la méthode matérielle en droit des conflits de lois	262
a) Le recours malaisé à la méthode matérielle en raison de la concession de compétence des Etats	262
b) Le recours impossible à la méthode matérielle dû à l'absence d'identité commune	263
§ 2 - La place dominante des règles conflictuelles en droit des conflits de lois	264
A. L'incontestable supériorité des règles conflictuelles	264
1) L'illusoire infériorité juridique des règles conflictuelles	265

a)	L'infériorité d'application théorique des règles conflictuelles	265
b)	La supériorité d'application pratique des règles conflictuelles.....	266
2)	La prédominance des règles conflictuelles en droit positif.....	266
a)	La large proportion et variété des règles conflictuelles	266
b)	Le discutable recours aux règles conflictuelles en termes d'égalité de traitement	267
B.	Une méthode indirecte vectrice de flexibilité et d'universalité du droit.....	268
1)	La flexibilité issue des règles conflictuelles	269
a)	Le champ d'application extensif des règles conflictuelles.....	269
b)	La meilleure adaptabilité des règles conflictuelles	270
2)	Le recours aux règles conflictuelles : corollaire de toute unification du droit.....	271
a)	Le moindre sacrifice des Etats à l'égard de leur compétence : l'unification facilitée.....	272
b)	L'identité respective des Etats ignorée : l'universalisation envisagée.....	272
Sous-section 2 : Le choix d'une méthode essentiellement objective par respect de la fonction localisatrice de la discipline.....		274
§ 1 – Le recours mesuré à l'objectivisme et au subjectivisme au regard de la localisation du rapport de droit		274
A. Le recours légitime à l'objectivisme et au subjectivisme		275
1)	L'intérêt d'une approche spatiale objective fondée sur le principe de proximité	275
a)	Les intérêts privés et généraux préservés par une localisation objective	275
b)	L'appel à une localisation de proximité par analyse objective concrète.....	277
2)	L'intérêt limité d'un examen spatial subjectif.....	279
a)	La localisation subjective de la situation litigieuse conforme à l'intérêt des parties	279
b)	Prévisibilité et sécurité du droit favorisées par l'autonomie de la volonté	281
B.	Le recours limité à l'objectivisme et au subjectivisme.....	283
1)	Les obstacles communs à une technique de localisation universelle.....	283
a)	Le détournement de la localisation par recours aux règles à finalité substantielle.....	283
b)	L'encerclement de la localisation par les dispositions impératives étatiques	285
2)	Les limites individuelles de chaque technique de localisation.....	286
a)	L'imprécision du rattachement de proximité en l'absence de définition juridique.....	286
b)	La dénaturation de la fonction localisatrice par liberté totale de choix de loi	288
§ 2 – Le recours conseillé à un objectivisme teinté de subjectivisme en droit positif		290
A. Le recours controversable au subjectivisme en droit positif.....		290
1)	L'utilisation traditionnelle du subjectivisme en matière de droits disponibles	290
a)	D'une autonomie de la volonté absolue à une autonomie de la volonté encadrée	290
b)	L'autonomie de la volonté justifiée en matière de droits disponibles.....	292
2)	L'appel critiquable au subjectivisme en matière de droits indisponibles.....	293
a)	La volonté des parties nécessairement encadrée à l'égard des droits indisponibles	293
b)	L'antinomie de l'autonomie de la volonté et des droits indisponibles	295
B.	L'emploi capital de l'objectivisme en droit positif.....	297
1)	Le caractère <i>a priori</i> supplétif du système objectif.....	297
a)	La subsidiarité du système objectif à défaut de recours au système subjectif.....	297
b)	L'indispensable besoin du système objectif en l'absence de système subjectif	298
2)	Le parallélisme des systèmes de localisation au regard de la méthode conflictuelle	299
a)	L'identité de systèmes entre les règles de conflit de lois et de juridictions	299
b)	L'identité des systèmes : du subjectivisme à l'objectivisme	301
Section 2 : L'appel au bilatéralisme par choix d'une méthode neutre et égalitaire.....		303
Sous-section 1 : La méthode unilatérale comme réponse insuffisante à l'universalisation du droit		304
§ 1 – Le rejet de l'unilatéralisme en tant que frein à l'universalisation du droit		304
A. De la défense des intérêts de l'Etat à celle des intérêts privés.....		304
1)	Les origines contestables de l'unilatéralisme : souverainisme et territorialisme	305
a)	L'unilatéralisme au service du respect des souverainetés.....	305
b)	L'unilatéralisme inspiré du territorialisme de l'Ancien Régime	306
2)	Le recours à l'unilatéralisme légitimé par la coordination des ordres juridiques.....	307
a)	La nouvelle aspiration de l'unilatéralisme : l'harmonie des solutions.....	308
b)	Une nouvelle aspiration inatteignable en pratique.....	309
B.	Les quelques résistants contemporains en faveur de l'unilatéralisme.....	310
1)	La défense de l'unilatéralisme classique au service du respect des souverainetés.....	310
a)	Le recours à l'unilatéralisme justifié par l'indépendance des souverainetés	310

b)	Le rejet de l'unilatéralisme classique contraire à la nature du droit international privé	312
2)	La proposition d'un système unilatéral universel protecteur des intérêts privés.....	313
a)	Une doctrine fondée sur l'attente légitime des individus à l'égard de leur ordre juridique personnel.....	313
b)	L'échec récurrent de l'unilatéralisme au regard de ses faiblesses insurmontables.....	315
§ 2 –	L'influence indirecte de l'unilatéralisme en droit positif	316
A.	Le faible succès de l'unilatéralisme en droit positif	317
1)	La maigre proportion de règles unilatérales	317
a)	Les quelques règles unilatérales de droit international privé interne.....	317
b)	L'absence de règles unilatérales en droit international privé supranational	319
2)	Le difficile recours aux règles unilatérales.....	320
a)	Le recours plus aisé à la méthode bilatérale en droit international privé interne.....	320
b)	L'impossible emploi de la méthode unilatérale à l'échelle supranationale	322
B.	Le succès tacite de l'unilatéralisme.....	322
1)	L'unilatéralisme implicite issu des lois de police.....	322
a)	L'illustration de règles unilatérales au travers des lois de police.....	323
b)	Le recours à unilatéralisme modéré en faveur des intérêts privés	324
2)	L'unilatéralisme au travers des règles de conflit de nature substantielle.....	325
a)	La démarche unilatéraliste engendrée par le substantialisme	325
b)	Le substantialisme contraire à l'universalisme de la méthode.....	327
Sous-section 2 : La méthode bilatérale comme unique réponse à l'universalisation du droit.....		328
§ 1 –	La consécration du bilatéralisme en tant que méthode universelle.....	328
A.	Le système bilatéral comme nouvelle méthode objective universelle	328
1)	La localisation objective du rapport de droit conformément à sa nature	329
a)	La recherche du siège du rapport de droit conformément à sa nature.....	329
b)	La localisation neutre et objective du siège du rapport de droit	330
2)	Une méthode fonction d'une communauté juridique romano-chrétienne.....	331
a)	L'analyse des rapports de droit au regard d'une communauté juridique des peuples.....	331
b)	La classification des rapports de droit conformément aux ordres du droit romain.....	332
B.	Le bilatéralisme savignien au soutien d'un système neutre et égalitaire	334
1)	La fin des obstacles imputables aux autres doctrines par recours au bilatéralisme.....	334
a)	L'abandon des théories de l'Ancien Régime grâce à la naissance de la neutralité.....	334
b)	L'exclusion des problèmes spécifiques à l'unilatéralisme	335
2)	L'imposante reconnaissance doctrinale du bilatéralisme savignien	336
a)	L'intégration du concept de communauté de droit au sein de la doctrine.....	336
b)	Le recours à la méthode analytique comme fondement doctrinal avéré.....	338
§ 2 –	La poursuite du bilatéralisme en droit positif demeurée inachevée.....	339
A.	Le recours au bilatéralisme en droit positif par respect des objectifs du droit des conflits de lois.....	339
1)	La méthode bilatérale comme forme traditionnelle des systèmes de droit positif	340
a)	La consécration unanime de la méthode bilatérale par les systèmes nationaux.....	340
b)	L'adoption de la méthode bilatérale dans plusieurs systèmes internationaux	341
2)	L'emploi d'une méthode conforme aux objectifs du droit des conflits de lois.....	342
a)	La méthode analytique garante d'un système souple et égalitaire.....	342
b)	La méthode analytique créatrice d'une communauté de droit internationale	343
B.	Un bilatéralisme carencé portant atteinte à l'égalité de traitement	344
1)	De l'universalisme au particularisme provoqué par la méthode analytique.....	344
a)	La qualification du rapport de droit selon les conceptions des droits nationaux.....	344
b)	La détermination du siège du rapport de droit selon les idéologies de chaque Etat.....	346
2)	Les obstacles surmontables engendrés par l'exigence d'une communauté de droit	346
a)	L'illusoire égalité de traitement dans un système confiné par une culture régionale.....	347
b)	L'éviction de toute communauté de droit préexistante.....	348
Conclusion du chapitre I :.....		351
CHAPITRE II : LA STRUCTURATION D'UNE METHODE BILATERALE A RATTACHEMENT AUX LIENS LES PLUS ETROITS PAR FIDELITE A L'EGALITE DE TRAITEMENT.....		353
Section 1 : L'ébauche d'une méthode parfaitement conforme à la justice conflictuelle.....		353
Sous-section 1 : Les caractères propres et traditionnels de la règle bilatérale garants de l'égalité de traitement.....		354
§ 1 –	L'adoption d'une méthode indirecte gage d'un traitement neutre et égalitaire	354

A.	La détermination du champ d'application des lois dans l'espace conforme à la neutralité de la règle	354
1)	La délimitation dans l'espace de la loi applicable sans recours aux règles de fond	355
a)	L'exclusion de tout matérialisme par désignation indirecte de la loi applicable	355
b)	L'approche universelle du droit par désignation indirecte de la loi applicable	356
2)	La délimitation dans l'espace de la loi applicable exempte de considérations substantielles	357
a)	L'absence de prise en compte de la loi désignée	357
b)	L'assurance d'une méthode neutre universelle	358
B.	La désignation de la loi compétente sous l'égide de l'égalité et de l'universalisme.....	359
1)	La détermination de la loi compétente respectueuse de l'égalité de traitement	359
a)	L'application potentielle de la loi du for ou de la loi étrangère	359
b)	De l'indifférence du résultat à l'égalité de traitement des sujets de droit	360
2)	De l'unicité de loi applicable à l'universalité du système.....	360
a)	L'exclusion de tout privilège de compétence entre les lois en présence.....	361
b)	L'universalité de la méthode confirmée par l'unicité de loi applicable.....	362
§ 2 –	Le recours à la méthode objective abstraite garante d'un traitement égalitaire	363
A.	La réalisation des objectifs du droit des conflits de lois par recours à une localisation objective	363
1)	Neutralité et égalité certifiées par une approche scientifique des situations internationales.....	363
a)	La réalisation de la neutralité grâce à la localisation objective.....	364
b)	L'égalité concrétisée par une localisation scientifique.....	364
2)	Les intérêts de tous protégés par une approche scientifique des situations internationales	365
a)	Les intérêts de l'Etat respectés	365
b)	Les intérêts privés satisfaits.....	366
B.	La réalisation des objectifs du droit des conflits de lois par recours à une localisation abstraite .	367
1)	Neutralité et égalité garanties par la règle de conflit à rattachement unique.....	367
a)	La neutralité de la méthode a priori assurée par le caractère abstrait de la règle	367
b)	L'égalité de traitement des sujets de droit promue par un rattachement simple	369
2)	Prévisibilité et sécurité juridiques renforcées par la règle de conflit à rattachement simple.....	370
a)	Les règles de conflit à rattachement simple facteurs de prévisibilité juridique	370
b)	Les règles de conflit à rattachement simple gages de sécurité juridique	371
Sous-section 2 :	La modernisation des caractères de la règle bilatérale en discordance avec l'égalité de traitement	372
§ 1 –	L'instauration d'une localisation concrète des situations internationales par souci de spécialisation .	372
A.	La spécialisation des règles de conflit modernes à rattachements multiples	373
1)	Le succès limité de la règle de conflit classique en raison de son caractère abstrait.....	373
a)	La prospérité de la méthode bilatérale classique cantonnée à l'échelle nationale	373
b)	La cristallisation de la localisation issue du caractère abstrait	375
2)	La création de règles de conflit modernes objet d'une localisation concrète.....	376
a)	De la rigidité du rattachement simple à la flexibilité des rattachements multiples	376
b)	La spécialisation des règles de conflit en vertu d'une localisation concrète.....	377
B.	La spécialisation des règles de conflit modernes en fonction du résultat visé.....	379
1)	L'extension du champ d'application des lois applicables.....	379
a)	Le rattachement ultime aux liens les plus étroits.....	379
b)	Les rattachements alternatifs en faveur de la validité de l'institution.....	380
2)	Le resserrement du champ d'application des lois applicables	381
a)	Les rattachements en cascade objet de la loi la plus favorable à la validité de l'institution .	382
b)	Les rattachements cumulatifs par souci d'hostilité eu égard au résultat.....	383
§ 2 –	L'exclusion d'une localisation neutre et égalitaire générée par une localisation substantielle	384
individualisée.....		384
A.	La recherche de la loi la plus favorable en vertu d'une politique matérielle	384
1)	De l'application de la meilleure loi grâce aux rattachements multiples.....	384
a)	Les règles de conflit contemporaines à finalité substantielle.....	384
b)	La recherche de la loi la plus favorable parmi les lois applicables.....	385
2)	La loi la plus favorable au regard des intérêts privés défendus par chaque Etat.....	386
a)	La loi prétendument la plus favorable conformément aux intérêts privés	386
b)	La loi véritablement la plus favorable au regard des politiques législatives étatiques.....	387
B.	L'égalité de traitement évincée par la promotion d'une justice matérielle	388
1)	Le passage d'une justice du droit des conflits de lois à une justice matérielle	388

a) La remise en cause du caractère indirect de la règle de conflit.....	388
b) La suppression du caractère neutre de la règle de conflit	390
2) L'effacement progressif des objectifs du droit des conflits de lois.....	391
a) L'égalité de traitement réduite à néant par la fragmentation du droit.....	391
b) L'imprévisibilité juridique et l'insécurité juridique favorisées	392
Section 2 : La maigre proportion de rattachements répondant de l'égalité de traitement	394
Sous-section 1 : Des rattachements traditionnels insuffisants à une systématisation du droit des conflits de lois	395
§ 1 – Des règles de rattachement abstraites conformes à la nature du rapport de droit	395
A. La localisation variable issue du rattachement abstrait à la loi personnelle.....	395
1) Un rattachement fonction des attributs de la personnalité	396
a) La vocation naturelle du statut personnel à être régi par la loi personnelle	396
b) La notion divisée de loi personnelle.....	397
2) Une application en droit positif demeurée hétérogène.....	398
a) L'illusoire universalisation du rattachement à la loi personnelle par les droits nationaux....	399
b) Un rattachement international universel sous réserve de formes variables	400
B. La localisation marginale issue du rattachement abstrait à la loi territoriale	402
1) Un rattachement fonction de l'objet du litige ou de la source de l'obligation	402
a) Le rattachement naturel du statut réel à la <i>lex rei sitae</i>	403
b) L'extension du rattachement à la <i>lex rei sitae</i> à la source du rapport de droit	404
2) La consécration juridique de la <i>lex rei sitae</i> malgré son caractère inadapté	405
a) Une reconnaissance de principe en droit international privé interne	405
b) Une spécialisation nécessaire en droit international privé supranational.....	407
§ 2 – Des règles de rattachement lacunaires en termes de localisation objective	408
A. Des rattachements viciés par leur caractère abstrait	408
1) Les carences imputables aux rattachements traditionnels.....	408
a) Le rattachement à la loi personnelle inapproprié en matière de statut personnel.....	409
b) Le rattachement à la loi territoriale insuffisant eu égard aux situations complexes.....	410
2) Les défauts inhérents à l'utilisation des rattachements classiques abstraits.....	412
a) Des rattachements identitaires atteints de subjectivisme	412
b) Des rattachements subjectifs favorables à la fragmentation du droit.....	413
B. Des rattachements suppléés arbitrairement par la <i>lex fori</i>	414
1) Le recours subsidiaire <i>a priori</i> nécessaire à la loi du for à défaut de rattachements.....	415
a) L'application subsidiaire de la loi du for en cas de déficience des rattachements	415
b) La vocation subsidiaire de la loi du for <i>a priori</i> justifiée par nécessité.....	416
2) Le contestable recours à la loi du for en tant que rattachement subsidiaire	417
a) Un rattachement favorable aux intérêts de l'ordre juridique du for	417
b) Un rattachement réfractaire à l'universalisation du droit	418
Sous-section 2 : L'individualisation des rattachements contemporains irrespectueuse d'une localisation objective.....	418
§ 1 – L'avènement de rattachements fondés sur les principes de spécialisation et de proximité.....	419
A. L'élaboration d'un corpus de règles de rattachement individualisées	419
1) L'individualisation des rattachements en fonction d'une catégorie spécifique.....	419
a) La singularisation des rattachements conformément à la nature du rapport juridique.....	420
b) Un rattachement approprié à la fonction de sa catégorie de rattachement.....	421
2) Les rattachements classiques approfondis par la création de rattachements spécifiques	421
a) L'approfondissement des règles de rattachement classiques par le droit positif.....	422
b) L'attribution d'un rattachement spécifique à chaque catégorie de rattachement.....	423
B. Une individualisation modernisée par une localisation concrète de proximité.....	424
1) Des rattachements de proximité : l'assurance d'une justice équitable.....	424
a) Des rattachements individualisés de proximité	424
b) Des rattachements garants d'une localisation scientifique des situations juridiques	425
2) Des rattachements de proximité inaptes à résoudre l'aléa de solutions	426
a) L'impossible unification des rattachements de proximité	426
b) L'insuffisance des rattachements de proximité	427
§ 2 – De rattachements individualisés aux rattachements partiels	429
A. La spécialisation inachevée des rattachements contemporains.....	429
1) Le recours rigide à la prestation caractéristique du contrat en matière d'actes juridiques	429

a) Le recours à l'élément caractéristique du rapport de droit.....	430
b) L'excessive rigidité du recours à un rattachement spécifique en matière contractuelle	431
2) Le recours variable aux éléments géographiques du délit en matière de faits juridiques.....	432
a) La dissociation géographique des éléments matériels du rapport de droit.....	432
b) La diversité de solutions engendrée par la dissociation géographique des éléments	434
B. La création de rattachements contemporains partiels.....	435
1) L'introduction de l'autonomie de la volonté : l'essor du subjectivisme	436
a) La consécration de l'autonomie de la volonté conformément à une localisation abstraite ...	436
b) L'inadéquation de l'autonomie de la volonté avec le principe de proximité	437
2) L'instauration de rattachements substantiels affranchis de toute neutralité.....	438
a) Des rattachements substantiels préconisant le retour de la <i>lex fori</i>	438
b) Des rattachements en rupture avec les objectifs de neutralité et d'égalité.....	439
Conclusion du chapitre II :	443
CONCLUSION DU TITRE II :	445
CONCLUSION DE LA PARTIE I :	447

PARTIE II : LA REFORMATION DU REGIME APPLICABLE EN DROIT DES CONFLITS DE LOIS CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES . 449

TITRE I : LE REGIME D'APPLICABILITE DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS A REVISITER CONFORMEMENT A L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES	453
CHAPITRE I : LA RECONSTITUTION DE LA METHODE D'APPLICABILITE AU REGARD DE L'EGALITE DE TRAITEMENT.....	455
Section 1 : Le recours par défaut à la qualification <i>lege fori</i> en l'absence de qualification internationale	456
Sous-section 1 : Le pragmatisme de la qualification <i>lege fori</i> préféré à l'aléa de la qualification <i>lege causae</i>	457
§ 1 – Le rejet de l'aléa dans l'interprétation de la règle conformément à l'égalité de traitement	457
A. L'éviction de la qualification <i>lege causae</i> par mesure de sécurité juridique	457
1) Le critiquable recours à la qualification <i>lege causae</i> au regard du cumul de qualifications	458
a) Un procédé d'interprétation largement alourdi par l'usage d'une double qualification.....	458
b) Les risques de dénaturation du rapport de droit.....	459
2) L'emploi contestable de la qualification <i>lege causae</i> au regard de son caractère incertain	460
a) Une méthode dangereuse fondée sur l'éventuelle application de la loi étrangère.....	461
b) Une méthode illégitime face à la vocation première d'application de la loi du for	462
B. La qualification <i>lege causae</i> antagoniste au système conflictuel bilatéral.....	462
1) La qualification <i>lege causae</i> incompatible avec l'ancien concept de conflit de souverainetés..	462
a) L'irrespect de la souveraineté des Etats par le recours à la qualification <i>lege causae</i>	463
b) La souveraineté des Etats seule garantie par la qualification <i>lege fori</i>	464
2) L'inadéquation de la qualification <i>lege causae</i> avec les règles conflictuelles positives	464
a) La qualification <i>lege causae</i> impraticable dans un système de règles bilatérales	465
b) La qualification <i>lege causae</i> réalisable dans un système de règles unilatérales.....	465
§ 2 – Le choix fonctionnel de la qualification <i>lege fori</i> par préservation de l'égalité de traitement.....	467
A. La qualification <i>lege fori</i> encouragée par la sécurité juridique et l'homogénéité d'interprétation	467
1) La qualification <i>lege fori</i> justifiée par l'antériorité de l'ordre national sur l'ordre international.....	467
a) La projection du droit interne sur le plan international.....	467
b) Le rattachement certain à la loi du for.....	469
2) La qualification <i>lege fori</i> justifiée par une interprétation univoque.....	469
a) L'homogénéité d'interprétation réalisée par le recours au rattachement juridictionnel	470
b) L'uniformité d'interprétation assurée par la suppression des conflits de qualifications.....	470
B. Le recours à la qualification <i>lege fori</i> motivé par son adaptabilité	471
1) Une qualification adaptée par l'intégration complémentaire de la <i>lex causae</i>	471
a) L'analyse préliminaire des institutions étrangères par concordance aux situations d'espèce.....	471
b) L'appel secondaire à une qualification en sous-ordre par complémentarité.....	473
2) Une qualification adaptable aux règles de conflit supranationales	474
a) La création de qualifications communes compatibles avec la qualification <i>lege fori</i>	474
b) L'apparition d'une interprétation supranationale autonome conciliable avec la qualification <i>lege fori</i>	476
Sous-section 2 : L'abandon de la qualification <i>lege fori</i> au profit d'une qualification autonome conditionnée par l'égalité de traitement.....	477
§ 1 – L'inégalité de traitement engendrée par le recours à la qualification <i>lege fori</i>	477

A.	De l'illusoire sécurité juridique à l'hétérogénéité des interprétations.....	477
1)	De l'homogénéité à l'hétérogénéité d'interprétation	478
a)	L'irréductibilité de certaines institutions à une seule catégorie de rattachement.....	478
b)	La réponse insuffisante de la déformation des catégories de rattachement du for.....	479
2)	Une qualification incompatible avec les règles de conflit supranationales.....	480
a)	Le recours subsidiaire à la qualification <i>lege fori</i> malgré des qualifications communes	481
b)	Le recours nécessaire à la qualification <i>lege fori</i> à défaut de qualifications autonomes uniformes	482
B.	D'une interprétation orientée à une qualification disparate.....	485
1)	La qualification <i>lege fori</i> : une méthode exempte de neutralité.....	485
a)	Une qualification fonction de l'ordre juridique saisi	485
b)	Une qualification objet d'une politique législative nationale	486
2)	La qualification <i>lege fori</i> : un procédé aux antipodes d'une égalité de traitement.....	487
a)	Une qualification instigatrice de fragmentation juridique	487
b)	Une qualification incitatrice à la fraude à la loi.....	488
§ 2 –	Le recours envisageable à une qualification internationale corollaire de l'égalité de traitement.....	488
A.	Les caractères préalables à une qualification garante d'égalité	488
1)	D'une qualification autonome à une qualification universelle.....	489
a)	Une qualification nécessairement autonome	489
b)	Une qualification inéluctablement universelle	490
2)	Une qualification réalisable par le biais d'une communauté de droit issue d'une étude comparative	490
a)	Une qualification basée sur l'édification d'une communauté de droit internationale.....	490
b)	Une qualification construite au regard d'une approche comparative des institutions.....	491
B.	D'une qualification autonome à une qualification de droit international privé	492
1)	Une qualification autonome et universelle expérimentalement utopique	492
a)	L'impossible qualification universelle en l'état des relations internationales actuelles.....	493
b)	L'insuffisance de la méthode comparative à l'établissement de qualifications autonomes..	494
2)	La proposition d'une qualification de droit international privé spécifique à une méthode conflictuelle unique	495
a)	La suppression du problème de qualification par recours au rattachement des liens les plus étroits.....	495
b)	La classification de la situation juridique grâce à une qualification de droit international privé 497	
Section 2 :	La détermination lacunaire et aléatoire de la règle de droit applicable.....	499
Sous-section 1 :	L'encadrement strict et coordonné de l'applicabilité exigé par l'égalité de traitement	499
§ 1 –	De la hiérarchie des normes à la coordination juridique des systèmes	500
A.	La règle applicable diversement appréhendée au prisme de la hiérarchie des normes	500
1)	La recherche du texte applicable fonction du système constitutionnel retenu	500
a)	Une recherche subordonnée à une double appréhension de la hiérarchie des normes	500
b)	Une perception double résultant de systèmes constitutionnels divergents	501
2)	Une hiérarchisation nationale malgré l'existence de règles supranationales	502
a)	Une hiérarchie à plusieurs niveaux au regard de la multiplicité d'ordres juridiques	503
b)	Une hiérarchie étendue à l'international en l'absence de hiérarchie commune.....	503
B.	La préférence accordée à une coordination des systèmes.....	505
1)	Une hiérarchisation nationale facteur de fragmentation juridique	505
a)	La primauté accordée au souverainisme face à l'internationalisme.....	505
b)	L'incohérence favorisée entre les différents niveaux d'ordres juridiques	506
2)	La recherche d'une organisation juridique commune vectrice d'égalité	507
a)	L'idéale mise en place d'une hiérarchie des normes commune.....	507
b)	La préférence pour une logique de systèmes fondée sur le principe de primauté.....	508
§ 2 –	Le resserrement des conditions d'applicabilité autour du prisme de l'égalité de traitement	510
A.	Vers une internationalisation de la condition d'applicabilité matérielle.....	510
1)	Le strict encadrement de la condition matérielle par souci d'application uniforme.....	510
a)	Un champ d'application strictement délimité par les textes internationaux.....	511
b)	Un champ d'application spécialement défini de manière autonome	511
2)	Vers une uniformisation du contentieux international assurée par la condition matérielle.....	512
a)	La vocation politique des textes internationaux à englober toute situation juridique	513

b)	Une uniformisation matérielle limitée par le fléau de l'interprétation.....	514
B.	La vocation extensive de la condition spatiale contraire à l'égalité de traitement.....	515
1)	L'indispensable rattachement avec le territoire d'un Etat membre ou partie.....	515
a)	La légitime exigence d'un rattachement en matière de conflit de juridictions.....	515
b)	Un champ d'application spatial d'apparence universel en matière de conflit de lois	516
2)	L'accroissement contestable de la condition spatiale à toute situation internationale	517
a)	La vocation extensive de la condition spatiale à englober toute situation internationale.....	517
b)	Une extension de la condition spatiale aux situations internationales tierces.....	518
Sous-section 2 : Le contournement admis de la règle applicable par recours uniforme aux lois de police.....		520
§ 1 – Le mécanisme indispensable des lois de police au mépris de son identification confuse.....		521
A.	L'application immédiate de lois de police <i>a priori</i> discutable.....	521
1)	L'incompatible recours aux normes nationales impératives dans un système conflictuel	521
a)	L'impérativité critiquable de normes objet d'une politique législative	521
b)	L'impérativité contestable de normes fonction de considérations politiques mouvantes	523
2)	L'appel impérieux aux normes nationales impératives dans tout système de droit des conflits de lois	524
a)	Une application équivalente subordonnée à l'implication de chaque ordre juridique	524
b)	Les intérêts privés complémentaires garantis par les ordres juridiques nationaux	526
B.	L'égalité de traitement remise en cause par une identification lacunaire des lois de police.....	528
1)	Une identification aléatoire et confuse en l'absence d'encadrement de la notion.....	528
a)	L'absence de définition stricte et de critères d'identification des lois de police.....	528
b)	Une détermination quasi unanimement soumise au libre arbitre du juge	530
2)	L'indispensable encadrement de la notion par mesure d'égalité	531
a)	L'établissement de références strictes devant être motivée par le juge	531
b)	La dénomination de loi de police attribuée directement par le législateur	532
§ 2 – L'application de toute loi de police nationale conformément à l'égalité de traitement.....		533
A.	L'application sur un pied d'égalité des lois de police du for et étrangère	533
1)	Un mécanisme conditionné par l'applicabilité des lois de police à la situation internationale	533
a)	L'applicabilité présumée des lois de police du for à la situation internationale	533
b)	L'applicabilité des lois de police fonction d'un rattachement avec la situation internationale	535
2)	L'application légitime des lois de police étrangères demeurant conditionnée.....	535
a)	L'application des lois de police étrangères au même titre que les lois de police du for	535
b)	Une application circonstanciée des lois de police étrangères à leur applicabilité à la situation internationale.....	537
B.	L'application des lois de polices uniquement de source nationale	538
1)	L'uniformisation des lois de police grâce à leur source régionale.....	539
a)	L'extension du mécanisme des lois de police à l'ordre juridique régional européen.....	539
b)	Une identification et une application uniforme par reconnaissance de lois de police européennes.....	540
2)	Le maintien incontesté de lois de police uniquement de source nationale.....	540
a)	La politique législative européenne protégée par les lois de transposition nationales	540
b)	L'indispensable maintien de lois de police uniquement nationales.....	541
Conclusion du chapitre I :.....		545
CHAPITRE II : DE LA SUPPRESSION A LA REVISION DES MECANISMES PERTURBATEURS EN VERTU DE L'EGALITE DE TRAITEMENT		547
Section 1 : De la défense à l'abolition du renvoi en réponse au système bilatéral.....		548
Sous-section 1 : La défense malaisée du renvoi dans une logique d'égalité de traitement.....		549
§ 1 – La légitimité relative du renvoi eu égard aux doctrines favorables à son admission.....		549
A.	L'intolérable défense du renvoi <i>via</i> des arguments publicistes	549
1)	La théorie erronée du renvoi-délégation.....	549
a)	Le renvoi objet d'une délégation de compétence de la part de l'ordre juridique du for	550
b)	L'absence de délégation de compétence dans la mise œuvre des règles de conflit	550
2)	La modernisation du renvoi au travers de l'unilatéralisme	552
a)	Le renvoi à la loi du for commandé par le respect des souverainetés	552
b)	L'incompatibilité du renvoi d'essence unilatéraliste dans un système bilatéraliste.....	553
B.	La défense <i>a priori</i> légitime du renvoi au regard des objectifs du droit des conflits de lois.....	554
1)	Le renvoi défendu sous l'égide de l'harmonisation du droit des conflits de lois	554

a)	Le renvoi règlement-subsidiaire facteur d'harmonisation	554
b)	Le renvoi règlement-subsidiaire atteint d'incertitude juridique.....	556
2)	Le renvoi soutenu à l'aune de la coordination des systèmes	557
a)	Le renvoi coordination adapté à un système neutre et égalitaire	557
b)	Le renvoi coordination vicié par l'objection du chassé-croisé	559
§ 2 –	La reconnaissance du renvoi en droit positif en raison de ses différents atouts.....	559
A.	L'admission du renvoi par la jurisprudence française au regard des finalités du droit des conflits de lois	559
1)	Une consécration par souci d'harmonie et de réalisme.....	560
a)	La reconnaissance du renvoi motivée par l'harmonisation des règles de conflit	560
b)	L'admission du renvoi par réalisme à l'égard des situations internationales.....	561
2)	Une consécration globale conformément aux objectifs du droit des conflits de lois	562
a)	L'admission jurisprudentielle du renvoi sous ses différentes déclinaisons.....	562
b)	Un mécanisme en réponse aux finalités du droit des conflits de lois	563
B.	L'admission généralisée du renvoi en droit positif eu égard à son pragmatisme.....	564
1)	La reconnaissance juridique <i>quasi</i> unanime du renvoi	564
a)	L'accueil du renvoi par la plupart des ordres juridiques internes	564
b)	La prescription du renvoi par certains textes internationaux.....	565
2)	Le recours au renvoi réellement imputable à son caractère pragmatique	565
a)	L'homogénéité de la loi interne respectée par le fonctionnement du renvoi	566
b)	Le renvoi justifié par le traitement a priori égalitaire des situations internationales	567
Sous-section 2 :	L'exclusion souhaitée du renvoi par mesure d'égalité de traitement.....	568
§ 1 –	La remise en cause du renvoi au travers d'objections théoriques et pratiques	568
A.	Les objections théoriques fondées sur le respect de la méthode conflictuelle	568
1)	Le rejet indiscutable du renvoi face à la fonction des règles de conflit	568
a)	L'exclusion controversable du renvoi par respect du principe de souveraineté.....	569
b)	L'opposition ferme à un mécanisme émanant d'une confusion terminologique	570
2)	La création de solutions incurables par le recours au mécanisme du renvoi.....	571
a)	L'incohérence du mécanisme face à l'hypothèse du chassé-croisé	571
b)	L'incompatibilité de résultat au regard du cercle vicieux ou de la chaîne infinie.....	572
B.	L'application sélective du renvoi contraire à la prévisibilité juridique.....	573
1)	Un mécanisme d'application sélective : le régime instable du renvoi	573
a)	Un régime mouvant fonction de l'objectif de la règle de conflit	573
b)	Un régime variable d'un domaine d'application à l'autre	575
2)	Une application aléatoire astreinte à l'imprévisibilité juridique	576
a)	Un outil soumis à la libre appréciation du juge dans sa mise en œuvre.....	577
b)	Un procédé vecteur de forum shopping.....	578
§ 2 –	Le rejet préconisé du renvoi dans un système bilatéral en l'absence de remèdes suffisants.....	578
A.	Des solutions doctrinales insuffisantes face aux défauts du renvoi	578
1)	La proposition d'un renvoi exceptionnel guidé par une approche fonctionnelle	579
a)	Une utilisation exceptionnelle en fonction du but poursuivi par la règle de conflit.....	579
b)	Une approche fonctionnelle vraisemblablement artificielle	580
2)	Les prémices d'un système harmonisé par l'éventuel recours au double renvoi	581
a)	Le recours souhaité au renvoi anglo-saxon garant de l'harmonisation des solutions	581
b)	Une méthode insusceptible de généralisation.....	582
B.	Le rejet unanime du renvoi par respect de la méthode bilatérale.....	583
1)	Le rejet du renvoi par respect d'une localisation neutre de proximité	584
a)	Un mécanisme incompatible avec le caractère neutre de la règle de conflit bilatérale	584
b)	Un mécanisme inconcevable au regard d'une localisation concrète du rapport de droit	585
2)	Le rejet du renvoi par mesure d'égalité de traitement et d'universalisme	586
a)	Un procédé sélectif fonction du résultat substantiel visé par l'ordre juridique du for	586
b)	Un procédé aléatoire excluant toute application universelle	587
Section 2 :	Les conflits de lois dans le temps et l'espace réformés au regard de l'égalité de traitement.....	589
Sous-section 1 :	La résolution du conflit de lois dans le temps conformément à la fonction du droit transitoire	589
§ 1 –	Des solutions classiques incompatibles avec la nature de la règle bilatérale.....	590
A.	Des solutions traditionnelles inappropriées aux objectifs du droit des conflits de lois.....	590
1)	L'impertinence de toute solution drastique entre règle de conflit nouvelle ou ancienne	590

a)	L'insécurité juridique issue de l'application immédiate de la règle de conflit nouvelle.....	590
b)	L'application radicale irréaliste de la règle de conflit ancienne	592
2)	L'inefficacité de solutions intermédiaires à la résolution du conflit transitoire	593
a)	La méthode du contact avec le système du for entachée d'incertitude	593
b)	La méthode unilatérale de consultation des lois substantielles affectée de carences	594
B.	Une méthode majoritaire uniforme incompatible avec la règle de conflit	596
1)	La transposition des règles du droit transitoire interne au conflit transitoire international	596
a)	L'application majoritaire des principes généraux du droit transitoire interne	596
b)	L'application relative des règles de droit transitoire interne spéciales	598
2)	Une transposition inconciliable avec la règle de conflit bilatérale.....	599
a)	La non-assimilation des règles de droit interne aux règles conflictuelles	599
b)	L'inadéquation des règles de droit interne avec la neutralité de la règle de conflit	600
§ 2 –	Vers la détermination de règles communes conforme à l'égalité de traitement	601
A.	La recherche idéaliste d'un règlement matériel commun	601
1)	La détermination de principes généraux communs propres à la résolution de tout conflit de droit transitoire.....	601
a)	La mise en place de règles matérielles par le biais de principes généraux communs de droit transitoire	601
b)	La résolution du conflit de lois dans le temps par le recours aux principes généraux du droit transitoire interne	602
2)	La relativité des principes généraux communs de droit transitoire.....	603
a)	La coïncidence partielle des principes généraux du droit transitoire interne aux règles de droit transitoire international	603
b)	L'impossible établissement de principes généraux communs en l'absence de communauté juridique internationale	605
B.	La création d'une méthode universelle par application du droit transitoire de l'ordre juridique en cause 605	
1)	L'application du droit transitoire de l'ordre juridique des règles en conflit.....	606
a)	Une méthode unique applicable par chaque ordre juridique conformément à la fonction du droit transitoire.....	606
b)	L'application des seuls principes généraux soucieux du respect de l'unité de la législation conflictuelle.....	607
2)	Une méthode en accord avec les objectifs de la méthode conflictuelle bilatérale	609
a)	Une solution conforme à la neutralité de la méthode conflictuelle.....	609
b)	Une solution garante de l'égalité de traitement des sujets de droit.....	609
Sous-section 2 :	L'abolition du conflit mobile par le recours à la méthode bilatérale à rattachement aux liens les plus étroits	610
§ 1 –	L'éviction de doctrines classiques antagonistes avec le particularisme du conflit mobile	610
A.	Le recours relativement limité à la doctrine des droits acquis.....	611
1)	Le recours à la doctrine des droits acquis par souci de stabilité des institutions.....	611
a)	Le maintien des droits régulièrement acquis à l'étranger	611
b)	Le maintien de la stabilité des droits et institutions.....	612
2)	Une doctrine incompatible avec la vivacité du conflit de lois	613
a)	Une méthode inadaptée à la réalité du conflit de lois	613
b)	Une méthode inconciliable avec le bilatéralisme	614
B.	L'analogie imparfaite opérée entre conflit mobile et conflit transitoire	615
1)	L'assimilation du conflit mobile au conflit de droit transitoire	616
a)	La transposition des solutions du conflit de droit transitoire au conflit mobile	616
b)	Un procédé avantageux au regard des objectifs poursuivis par le droit transitoire interne... 617	
2)	L'incompatibilité des règles du droit transitoire interne avec la résolution du conflit mobile... 618	
a)	La différence de nature entre le conflit mobile et le conflit transitoire.....	618
b)	L'unique transposition du principe d'application immédiate de la loi nouvelle au conflit mobile	620
§ 2 –	Une concevable résolution du conflit mobile conforme à la règle bilatérale.....	622
A.	Le dénouement espéré du conflit mobile par interprétation de la règle de conflit.....	622
1)	La recherche d'une solution au regard de la finalité de la règle de conflit	622
a)	La résolution du conflit mobile par interprétation de la règle de conflit.....	622
b)	L'interprétation de la règle de conflit au regard de ses quatre fondements	623

2) Une approche finaliste du conflit mobile fonction de l'arbitraire du juge	624
a) La variabilité de solutions issue de l'approche internationaliste du conflit mobile	624
b) Le caractère neutre de la méthode conflictuelle mis à mal par l'aléa de solutions	625
B. De la résolution à la suppression du conflit mobile par la règle de conflit	625
1) La résolution illusoire du conflit mobile par la détermination d'un critère spatio-temporel.....	625
a) La fixation du facteur temps par la règle de conflit elle-même	625
b) Une procédure en inadéquation avec la réalité des situations internationales	627
2) L'éviction du conflit mobile par le recours à une règle de conflit unique	628
a) La suppression du conflit mobile par le rattachement unique aux liens les plus étroits.....	628
b) L'assurance d'un traitement identique des situations internationales.....	629
Conclusion du chapitre II :	631
CONCLUSION DU TITRE I :	633
TITRE II : LE REGIME D'APPLICATION DU DROIT DES CONFLITS DE LOIS A RECONSIDERER A L'AUNE DE	
L'EGALITE DE TRAITEMENT DES SITUATIONS INTERNATIONALES	635
CHAPITRE I : LE REGIME D'APPLICATION DE LA REGLE DE CONFLIT ET DE LA LOI COMPETENTE A	
PERFECTIONNER AU REGARD DE L'EGALITE DE TRAITEMENT.....	637
Section 1 : Le changement conseillé de régime d'application de la règle de conflit.....	638
Sous-section 1 : La remise en cause de l'office du juge conformément à l'égalité de traitement.....	638
§ 1 – La relativité des fondements juridiques retenus en matière d'office du juge.....	639
A. Un office du juge construit au regard de la nature des droits en cause	639
1) La création jurisprudentielle d'un office du juge cantonné aux droits indisponibles.....	639
a) La difficile construction d'un office du juge spécifique en droit international privé.....	639
b) L'élaboration d'un office du juge au regard de l'unique critère des droits indisponibles.....	642
2) La spécificité de l'office du juge en droit international privé au regard de la nature des droits en	
cause.....	643
a) Un régime distinct selon la nature du droit en cause : de la faculté à l'obligation.....	643
b) Un régime a priori justifié par la nature du droit en cause.....	644
B. Un office du juge synonyme d'insécurité juridique et d'inégalité de traitement	645
1) Le critère inadapté des droits indisponibles en droit international privé	645
a) L'incertitude constante du critère dans chaque ordre juridique interne	645
b) L'identification nationale des droits en cause en vertu des conceptions du for.....	646
2) Un régime hasardeux pour les règles de droit international privé.....	647
a) L'aléa issu de la tendance internationaliste du juge saisi.....	647
b) L'incitation au forum shopping.....	648
§ 2 – La recherche d'un office du juge adapté à la règle de conflit traditionnelle garante de l'égalité de	
traitement	649
A. Des règles propres à l'office du juge incompatibles avec la discipline du droit international privé	
649	
1) Un office du juge désuet au regard de la modernisation de la discipline	649
a) Un office du juge incohérent avec la diversification récente des règles de conflit	649
b) Le resserrement juridique souhaité de l'office du juge.....	651
2) Un encadrement juridique impertinent au regard de la spécificité du droit international privé .	651
a) La relégation inadmissible de la règle de conflit à un rang supplétif.....	652
b) L'abstraction intolérable du caractère international de la situation	653
B. La révision de l'office du juge suggérée par l'égalité de traitement.....	655
1) L'application obligatoire des règles de conflit respectueuse des principes directeurs du procès.....	655
a) Le remplacement de l'office du juge par l'application obligatoire des règles de conflit	655
b) L'application d'office des règles de conflit conformément aux principes directeurs du procès	
656	
2) L'extinction de la distinction conforme aux objectifs de neutralité et d'égalité de traitement ..	658
a) Le principe de neutralité préservé par le déclenchement d'office de la règle de conflit	658
b) L'égalité de traitement garantie par la mise en œuvre d'office de la règle de conflit.....	659
Sous-section 2 : La levée des exceptions à l'office du juge par recours à la loi des liens les plus étroits.....	659
§ 1 – L'impossible exécution de la règle de conflit à raison d'obstacles <i>a priori</i> insurmontables	660
A. La vocation subsidiaire naturelle de la loi du for en cas de défaillance des éléments de	
rattachement.....	660
1) L'inapplication de la règle de conflit en cas de défaillance des rattachements.....	660
a) L'application subsidiaire de la lex fori en cas de défaillance du rattachement	660

b)	L'application subsidiaire limitée de la <i>lex fori</i> à certaines catégories de rattachement	661
2)	L'application subsidiaire de la loi de la juridiction saisie par nécessité	662
a)	L'application subsidiaire de la <i>lex fori</i> en tant que rattachement juridictionnel	662
b)	L'application subsidiaire de la loi du for par mesure de sécurité juridique	663
B.	De la substitution à la suppression du rattachement subsidiaire à la <i>lex fori</i>	664
1)	Le recours illégitime et irréaliste à la <i>lex fori</i> en tant que rattachement subsidiaire	664
a)	L'absence de légitimité de la <i>lex fori</i> en termes de rattachement	664
b)	L'application plus réaliste du rattachement aux liens les plus étroits.....	665
2)	Le recours suggéré à la méthode universelle des liens les plus étroits.....	666
a)	La suppression du rattachement subsidiaire par recours à un rattachement unique.....	666
b)	Le retour de l'égalité de traitement par abolition du rattachement subsidiaire	667
§ 2 –	L'éviction de la règle de conflit applicable par le recours discutable à l'accord procédural	667
A.	La mise à l'écart de la règle de conflit autorisée par la nature des droits en cause.....	668
1)	La remise en cause de la loi applicable compatible avec l'office du juge	668
a)	L'éviction du résultat éconduit par la règle de conflit grâce à l'accord procédural	668
b)	La cohérence de l'accord procédural avec l'office du juge	669
2)	L'admission de l'accord procédural au regard de la nature des droits en cause	670
a)	La prise en compte naturelle de l'autonomie de la volonté	670
b)	Le correctif au pouvoir facultatif du juge en matière de droits disponibles.....	671
B.	Un instrument aux antipodes des objectifs de la méthode bilatérale	671
1)	Un outil procédural à éradiquer eu égard à ses malformations inhérentes.....	672
a)	La réalisation confuse et complexe de l'accord procédural	672
b)	Une option procédurale contestable au regard du caractère obligatoire des règles de conflit.....	675
2)	L'éviction suggérée de l'accord procédural par respect de l'égalité de traitement	676
a)	La suppression de l'accord procédural par la méthode unique des liens les plus étroits.....	677
b)	L'abolition de l'accord procédural nécessitée par la justice conflictuelle	677
Section 2 :	Le maintien <i>quasi</i> unanime du régime d'application de la loi matérielle compétente	678
Sous-section 1 :	L'application de la loi matériellement désignée encline à l'égalité de traitement	679
§ 1 –	La défense de la juridicité de la loi étrangère et de l'établissement de son contenu par le juge	679
A.	L'application uniforme de la loi matérielle désignée en tant que règle de droit	680
1)	L'application incontestée de la loi étrangère comme règle de droit	680
a)	La loi étrangère statutairement inassimilable à un fait	680
b)	La loi étrangère nécessairement considérée comme du droit	682
2)	L'application de la loi étrangère comme règle de droit par mesure d'égalité de traitement	683
a)	L'application obligatoire de la loi reconnue matériellement applicable	683
b)	L'application sur un pied d'égalité de la loi du for et de la loi étrangère	684
B.	La rationalité du régime de la charge de la preuve sous l'égide de l'égal accès au droit.....	684
1)	Le régime cohérent de la charge de la preuve en droit international privé	684
a)	Le régime de la charge de la preuve compatible avec l'office du juge.....	685
b)	La charge de la preuve conforme au statut juridique de la loi étrangère	687
2)	L'égal accès au droit assuré par le régime de la charge de la preuve.....	688
a)	La rupture d'égalité engendrée par l'établissement du droit étranger par les parties.....	688
b)	L'égal accès au droit des justiciables garanti par le service public de la justice.....	690
§ 2 –	L'application uniforme de la loi matérielle applicable exceptionnellement susceptible de rupture d'égalité	691
A.	La détermination d'une solution neutre en cas de défaillance dans l'établissement de la loi étrangère	691
1)	La vocation subsidiaire de la <i>lex fori</i> en cas d'impossible rapport de la preuve	691
a)	L'exclusion du débouté conformément à la charge de la preuve.....	692
b)	L'application subsidiaire de la <i>lex fori</i> par sécurité juridique	693
2)	La substitution de la loi des liens les plus étroits à la <i>lex fori</i>	693
a)	L'application naturelle de la <i>lex fori</i> : une vocation contraire à la neutralité de la méthode conflictuelle.....	694
b)	Le recours suggéré à la seconde loi qui présente les liens les plus étroits.....	695
B.	L'égalité de traitement mise à mal par la charge de la preuve en matière d'accord procédural ...	696
1)	Le régime contestable de la preuve en matière d'accord procédural	696
a)	La charge de la preuve incombant aux parties en matière d'accord procédural.....	696
b)	La rupture d'égalité engendrée par la charge de la preuve de l'accord procédural.....	698

2) La remise en cause de la charge de la preuve de l'accord procédural par mesure d'égalité de traitement.....	699
a) Une rupture d'égalité atténuée en pratique.....	699
b) La rupture d'égalité supprimée par abolition de l'accord procédural.....	700
Sous-section 2 : Le contrôle du juge dans l'application de la loi désignée incidemment réfractaire à l'égalité de traitement	701
§ 1 – Le contrôle relatif de la haute juridiction à l'égard de l'application de la loi étrangère	701
A. L'exclusion cohérente des pourvois fondés sur la violation de la loi étrangère.....	701
1) L'irrecevabilité contestable des pourvois fondés sur la violation de la loi étrangère.....	702
a) L'interprétation de la loi étrangère soumise à tort à l'appréciation souveraine des juges du fond.....	702
b) L'assimilation erronée de la loi étrangère aux contrats en termes d'application	704
2) L'irrecevabilité des pourvois pour violation de la loi étrangère conforme à l'égalité de traitement	705
a) Le rejet du contrôle de l'interprétation de la loi étrangère par respect du droit étranger effectif	705
b) L'exclusion des pourvois pour violation de la loi étrangère conforme à la mission de la Cour de cassation	706
B. La recevabilité des pourvois fondés sur la motivation par respect de la méthode conflictuelle	707
1) L'application de la loi étrangère soumise à la censure du contrôle de légalité	708
a) L'insuffisance des motifs sanctionnée en droit international privé.....	708
b) La dénaturation de la loi étrangère spécialement réprimée en droit international privé	709
2) L'égalité de traitement garantie par le contrôle de légalité.....	711
a) Le contrepoids à l'irrecevabilité de pourvois pour violation de la loi étrangère.....	711
b) Une protection étendue de la règle de conflit accordée par le contrôle de légalité.....	713
§ 2 – L'absence discutable de censure de la mauvaise application de la règle de conflit.....	714
A. La protection des sujets de droit spécialement garantie par la théorie de l'équivalence.....	714
1) Le recours à la théorie de l'équivalence par sécurité juridique.....	715
a) La reconnaissance jurisprudentielle de l'équivalence des droits en considération du résultat substantiel	715
b) L'équivalence des droits motivée par des raisons procédurales	716
2) L'équivalence concrète admise en réponse aux objectifs d'une justice matérielle	717
a) L'assurance d'une meilleure justice substantielle aux justiciables	717
b) Le recours abusif au dispositif sanctionné par la dénaturation	717
B. Une exception défailante au regard de la justice conflictuelle	718
1) Une exception contraire à la méthode conflictuelle classique	718
a) L'équivalence des droits irrespectueuse de l'autorité de la règle de conflit.....	718
b) La remise en cause de l'égalité de traitement.....	719
2) La suppression requise d'une exception inadaptée en droit des conflits de lois	721
a) Une exception complexe et incohérente avec la mise en œuvre de la règle de conflit.....	722
b) Une exception désuète eu égard au régime applicable en matière de preuve	723
Conclusion du chapitre I :.....	727
CHAPITRE II : LA REMISE EN CAUSE PARTIELLE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT PAR LES MECANISMES D'EVICITION DE LA LOI MATERIELLE APPLICABLE	729
Section 1 : Le recours impérieux à un ordre public international affiné eu égard au respect de l'égalité de traitement	730
Sous-section 1 : L'admission de l'ordre public international traditionnel malgré ses défauts.....	731
§ 1 – L'ordre public international : un mécanisme indispensable à perfectionner	731
A. La légitime recours à l'ordre public international dans tout système	731
1) L'ordre public international au soutien des valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for.....	731
a) Le recours à l'ordre public international au regard du maintien de la paix sociale.....	732
b) Un mécanisme nécessairement limité à l'ordre juridique de référence du for.....	734
2) L'ordre public international observé au regard d'un rattachement avec l'ordre juridique du for	736
a) Une exception a priori conditionnée par l' <i>Inlandsbeziehung</i>	736
b) Une exception uniquement subordonnée au rattachement juridictionnel	737
B. La détermination délicate des cas d'ordre public international	738
1) Le contenu indéfinissable et aléatoire de l'ordre public international	739

a)	L'ordre public international : une notion insaisissable	739
b)	L'ordre public international : une notion vectrice d'aléas	740
2)	Les caractères consubstantiels à la fonction de l'ordre public international	743
a)	Un outil variable au credo de l'actualité.....	743
b)	Un outil relatif astreint à une appréciation in concreto.....	745
§ 2 –	Le régime <i>quasi</i> antinomique de l'exception avec les objectifs du droit des conflits de lois	747
A.	L'effet substitutif incompatible avec la méthode conflictuelle.....	748
1)	La malheureuse substitution de la <i>lex fori</i> au détriment de la loi des liens les plus étroits	748
a)	L'incompatibilité du recours à la <i>lex fori</i> par respect de la méthode conflictuelle	748
b)	Le recours substitutif aux liens les plus étroits conforme à l'égalité de traitement	750
2)	Le rejet d'un effet substitutif indéterminé quant à son étendue.....	751
a)	L'étendue fluctuante de la substitution génératrice d'inégalité	751
b)	La substitution cohérente au tout de la loi la plus proche.....	752
B.	Les applications controversables de l'exception par la jurisprudence	754
1)	Le caractère exceptionnel du mécanisme approfondi par l'effet atténué.....	754
a)	La reconnaissance de l'effet atténué conformément à la fonction de l'ordre public.....	754
b)	L'effacement du potentiel impérialisme de la <i>lex fori</i>	755
2)	L'inégalité et l'insécurité entretenues par certains cas d'ordre public international	756
a)	L'inégalité engendrée par la subsistance du règne de la <i>lex fori</i>	756
b)	L'insécurité juridique provoquée par la création de situations boiteuses	758
Sous-section 2 :	La modernisation de l'ordre public international respectueuse de la règle de conflit.....	759
§ 1 –	Vers un recours à l'ordre public de proximité conformément à la méthode conflictuelle	759
A.	La justice conflictuelle assurée par la réformation de l'ordre public international.....	760
1)	L'introduction du principe de proximité conformément aux objectifs du droit des conflits de lois 760	
a)	La référence au concept de proximité par mesure de réalisme	760
b)	L'intégration de la proximité au service de la méthode conflictuelle.....	762
2)	Une exception affinée au travers des manifestations spécifiques de l'ordre public de proximité 764	
a)	L'ordre public de proximité : complément de l'ordre public ordinaire	764
b)	L'ordre public de proximité : correctif à l'effet atténué	766
B.	Le champ d'application relatif de l'ordre public de proximité	768
1)	Le recours à l'ordre public de proximité assujéti à des rattachements spécifiques.....	768
a)	La prédétermination nécessaire des rattachements de proximité	768
b)	L'heureuse identification des rattachements de proximité par la jurisprudence	769
2)	La fâcheuse restriction du domaine matériel de l'ordre public de proximité.....	771
a)	Le cantonnement regrettable de l'ordre public de proximité au statut personnel	771
b)	Le potentiel détournement de la fonction de l'ordre public de proximité.....	772
§ 2 –	Vers une régionalisation désirée du champ d'application matériel et spatial de l'ordre public international interne	774
A.	Vers la reconnaissance d'un ordre public international régional conforme aux exigences du droit des conflits de lois	774
1)	L'évolution de la nature de l'ordre public international par l'apparition de sources internationales 775	
a)	L'universalisation de l'ordre public international au regard des textes internationaux.....	775
b)	L'ineffectivité d'un ordre public universel à raison du défaut de communauté juridique	777
2)	L'avènement d'un ordre public européen compatible avec la méthode conflictuelle	777
a)	Le droit des conflits de lois diminué par la création d'un ordre public européen	777
b)	Le droit des conflits de lois garanti par l'ordre public européen de proximité	780
B.	Une exception régionale limitée par la sauvegarde des ordres publics nationaux	784
1)	La conciliation imparfaite de l'ordre public européen avec l'ordre public interne	784
a)	La difficile identification des droits fondamentaux de la Convention européenne.....	784
b)	La hiérarchisation des droits contraire à la fonction de l'ordre public international	786
2)	Le maintien indispensable et naturel de l'ordre public international interne	789
a)	La subsistance des particularismes nationaux conformément à la nature de l'exception.....	789
b)	La fusion requise des valeurs fondamentales européennes avec l'ordre public interne.....	790
Section 2 :	L'exception de fraude à la loi symbole du respect de la règle de conflit	792
Sous-section 1 :	L'effectivité de la règle de conflit renforcée par l'exception de fraude à la loi.....	793

§ 1 – La fraude à la loi inévitablement reconnue et réprimée en droit des conflits de lois.....	793
A. Le bien-fondé de l'exception de fraude à la loi.....	793
1) La fraude à la loi élargie au droit des conflits de lois par respect de ses règles.....	794
a) L'extension de l'adage <i>fraus omnia corrumpit</i> au droit des conflits de lois.....	794
b) L'exception de fraude à la loi garante du résultat de la règle de conflit.....	795
2) L'exception de fraude à la loi corollaire de l'égalité de traitement.....	796
a) La répression équitable de la fraude à la loi du for et à la loi étrangère.....	796
b) Du traitement égalitaire des lois à celui des sujets de droits.....	798
B. L'inopposabilité : une sanction adaptée à peaufiner quant à son régime.....	799
1) L'inopposabilité : une répression conforme au droit des conflits de lois.....	799
a) Le choix de l'inopposabilité au regard du principe d'indépendance des souverainetés.....	800
b) L'inopposabilité légitimée par l'application des dispositions législatives compétentes.....	801
2) La nécessaire clôture du débat sur l'étendue de l'inopposabilité.....	801
a) L'étendue de l'inopposabilité controversée : facteur d'insécurité juridique.....	801
b) L'inopposabilité intégrale de l'acte motivée par la cohérence juridique.....	802
§ 2 – Le déclenchement de l'exception conditionné par le conflictualisme.....	803
A. Le report des conditions internes de la fraude à la loi en droit des conflits de lois.....	803
1) La preuve de l'élément moral de la fraude conforme à l'égalité de traitement.....	804
a) Le risque d'arbitraire émanant de l'établissement de l'intention frauduleuse.....	804
b) L'appréciation <i>in concreto</i> de l'intention frauduleuse au regard d'éléments objectifs.....	805
2) La preuve d'un élément légal exigée au regard de l'impérativité des dispositions fraudées.....	807
a) Une exception déclenchée par le détournement de dispositions impératives.....	807
b) Une exception seulement écartée par une disposition totalement supplétive.....	809
B. La spécificité de la règle de conflit garantie <i>a maxima</i> par l'élément matériel de l'exception.....	812
1) La préservation absolue de la règle de conflit au regard de l'étendue de l'élément matériel.....	813
a) La répréhension classique de la modification volontaire d'un élément de rattachement.....	813
b) La répression contemporaine de la manipulation intentionnelle des qualifications.....	814
2) L'envisageable diminution des cas de fraude à la loi grâce à la méthode bilatérale à rattachement unique.....	816
a) L'éviction éventuelle de la fraude à la loi par le rattachement aux liens les plus étroits.....	816
b) La restriction des hypothèses de fraude par recours aux liens les plus étroits.....	817
Sous-section 2 : D'une large répréhension de la fraude à la loi à son inopportune extinction.....	818
§ 1 – La condamnation étendue de la fraude à la loi grâce au contrôle d' <i>exequatur</i> en droit français.....	818
A. La répréhension relative de la fraude à la loi constituée par un <i>forum shopping</i>	819
1) La répression jurisprudentielle de la fraude à la loi initiée par un <i>forum shopping</i>	819
a) L'élargissement nécessaire de l'élément matériel au <i>forum shopping</i>	819
b) La condamnation de la fraude à la loi assurée par le contrôle d' <i>exequatur</i>	820
2) La remise en cause de la condamnation de la fraude à la loi issue du <i>forum shopping</i>	821
a) La suppression regrettable du contrôle de la loi appliquée.....	821
b) Une suppression conforme aux solutions nationales de conflits de lois.....	822
B. La répréhension effective de la fraude à la loi quelle que soit sa forme.....	823
1) Le contrôle de la loi appliquée partiellement conservé conformément au respect de la méthode conflictuelle.....	823
a) Le contrôle de la loi appliquée suppléée par l'absence de fraude à la loi.....	823
b) Le respect des souverainetés et de la méthode conflictuelle assuré par le contrôle de fraude à la loi.....	824
2) La sanction de fraude à la loi pérennisée par le contrôle d' <i>exequatur</i>	825
a) La fraude à la loi doublée d'un <i>forum shopping</i> réprimée par la compétence indirecte du juge.....	825
b) La condamnation de la fraude à la loi étendue à la circulation des jugements.....	826
§ 2 – La disparition de la fraude à la loi annoncée par ses illustrations jurisprudentielles.....	827
A. La relativité de la fraude à la loi au regard de la réalité juridique de la situation internationale.....	828
1) Le conflit mobile préféré à la fraude à la loi en jurisprudence.....	828
a) Un mécanisme cantonné aux uniques rattachements susceptibles de modification.....	828
b) Une exception écartée face à l'effectivité de la situation juridique.....	829
2) La perte d'effectivité de la sanction au regard de l'écoulement du temps et des fraudes patentes.....	831
a) La sanction de la fraude à la loi anéantie par la réalité des situations juridiques.....	831

b) La sanction de la fraude à la loi susceptible de variabilité en cas de fraude patente	833
B. La sanction ineffective des fraudes face à la domination de la justice matérielle.....	834
1) La réception de situations filiales frauduleuses au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	834
a) L'admission de situations internationales frauduleuses en matière de filiation.....	834
b) La reconnaissance de situations frauduleuses au nom des droits fondamentaux	836
2) L'extinction propice de l'exception face à la propagation du substantialisme	837
a) La relégation de la fraude à la loi face à la justice matérielle	837
b) La disparition annoncée de l'exception de fraude à la loi en droit positif	838
Conclusion du chapitre II :	841
CONCLUSION DU TITRE II :	843
CONCLUSION DE LA PARTIE II :	845
CONCLUSION.....	847
BIBLIOGRAPHIE.....	849
INDEX ALPHABETIQUE.....	883
TABLE DES MATIERES	887