DROIT PRIVÉ

COURS

Droit international privé

Daniel Gutmann

DALLOZ

Droit international privé

COURS DALLOZ

série droit privé

sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche
Professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX)

Droit international privé

1999

Daniel Gutmann
Professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne

DALLOZ

DALLOZ

31-35, rue Froidevaux - 75685 Paris cedex 14

ABRÉVIATIONS

Bull. civ.	*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)*
Bull. inf. C. cass.	*Bulletin d'information de la Cour de cassation*
Cass. ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Cass. civ.	Cour de cassation, chambres civiles
CE	Conseil d'État
CIJ	Cour internationale de justice
CPJI	Cour permanente de justice internationale
D.	*Dalloz (recueil)*
Defrénois	*Répertoire du notariat Defrénois*
DP	*Dalloz périodique*
IR	Informations rapides
JCP	*Juris-Classeur périodique*
JDI	*Journal du droit international (Clunet)*
NCPC	Nouveau code de procédure civile
RCADI	*Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*
Rev. crit. DIP	*Revue critique de droit international privé*
RIDC	*Revue internationale de droit comparé*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
S	*Sirey (recueil)*
TGI	Tribunal de grande instance
Trav. com. fr. DIP	Travaux du Comité français de droit international privé

INTRODUCTION

§ 1 GÉNÉRALITÉS

A Objet du droit international privé

1 Le droit international privé peut être défini, sommairement, comme l'ensemble des règles juridiques ayant pour objet de régler les **relations internationales entre personnes privées**. Il s'oppose au droit international public, qui concerne les personnes publiques (États, organisations internationales...) ayant une activité internationale.

L'existence de règles spéciales aux relations privées internationales s'explique par le fait que les individus de différents pays nouent des relations entre eux : ils commercent, contractent, se marient, ont des enfants, etc. Ces relations internationales, dont l'intensité ne cesse de croître, appellent un dispositif juridique capable de résoudre les difficultés techniques qu'elles suscitent.

Plusieurs types de problèmes différents doivent en effet être tranchés. Tout d'abord, la division du monde en États souverains et indépendants implique que chaque pays possède son propre droit interne, ainsi que son administration et son système judiciaire. Chaque relation internationale pose donc un *problème de choix*. À la loi de quel pays doit-on soumettre la résolution de la question en présence ? C'est la question que l'on se pose en présence d'un **conflit de lois**. Quel est le pays dont les juridictions sont compétentes pour connaître de tel ou tel litige ? À quelles conditions faut-il donner effet à un jugement prononcé à l'étranger ? Ces questions relèvent des **conflits de juridictions**. Le

cœur du droit international privé réside ainsi dans sa vocation à donner des règles dont l'objet est de trancher un conflit entre les prétentions concurrentes de plusieurs lois ou de plusieurs juridictions à régir la même situation juridique.

Le droit international privé ne se résume cependant pas à cela. De plus en plus, des conventions internationales appréhendent directement le fond des litiges internationaux et rendent inutile la recherche de la loi applicable. En outre, il est admis, en France, que le droit international privé couvre, outre le droit des conflits de lois et de juridictions, d'autres règles de droit. On y inclut ainsi le droit français de la **nationalité**, qui détermine quels sont les sujets de droit pouvant se prévaloir de la nationalité française. Le droit de la nationalité régit notamment les conditions d'acquisition et de perte de la qualité de Français. On y ajoute enfin les règles relatives à la **condition des étrangers**, dont l'objet est de définir le statut juridique des étrangers en France (entrée, séjour, activité professionnelle, droits et obligations).

Cette définition large du droit international privé s'explique par le souci de regrouper en un seul bloc des règles qui, d'une manière ou d'une autre, ont pour but de régler les difficultés nées de la pluralité des États susceptibles d'appréhender une relation privée internationale. En outre, il existe souvent une certaine unité d'inspiration entre toutes ces règles. Il est connu, par exemple, qu'un pays d'immigration a une politique juridique cohérente : pour attirer les étrangers, il a tendance à leur accorder un statut favorable et à assouplir les conditions d'acquisition de sa nationalité ; pour les soumettre à son propre droit, il admet extensivement la compétence de la loi du domicile et celle de ses tribunaux.

La définition large du droit international privé a toutefois pour corollaire une certaine hétérogénéité dans la nature des règles qui le composent.

B Hétérogénéité du droit international privé

2 Le premier facteur d'hétérogénéité vient du **caractère inégalement « privé »** des composantes du droit international privé. Ainsi par exemple, le droit de la nationalité paraît plutôt ressortir du droit public en ce qu'il prend en charge la relation qui unit un citoyen à l'État. De même, la condition de l'étranger intéresse à de nombreux égards le droit public, puisqu'elle inclut la jouissance des droits politiques. Enfin, on a pu noter la réintroduction récente de considérations proches du droit public dans la théorie des conflits de lois, sous l'effet d'un mouvement plus général de

publicisation du droit privé[1]. Il n'était donc pas incongru de se prononcer, à l'instar de Pillet et Niboyet, en faveur du rattachement du droit international privé... au droit public[2]. Il ne serait pas non plus inenvisageable de qualifier ce droit de branche autonome échappant à la dichotomie droit public-droit privé. Aujourd'hui, le rattachement au droit privé est toutefois largement admis car l'objet principalement privé de ce droit l'emporte sur les aspects accessoirement publics.

Le second facteur d'hétérogénéité découle dans une certaine mesure du premier. Il est logique, en effet, que les règles se rapprochant le plus du droit public, étant édictées par le législateur français dans l'exercice de sa souveraineté, donnent directement une solution juridique à une situation donnée. Elles sont dites « **matérielles** » pour exprimer leur capacité à trancher directement le fond du droit. Par exemple, l'article 21-7 du Code civil livre directement les critères applicables à l'acquisition de la nationalité française à raison de la naissance et de la résidence en France.

Ces règles matérielles de droit international privé doivent être différenciées des « **règles de conflit** », qui se bornent à dire quelle loi est compétente, sans apporter de solution au fond du litige. Ainsi, par exemple, une règle de conflit peut prévoir que la loi applicable à un immeuble est la loi du pays où l'immeuble se trouve. Cette règle de droit international privé ne dispense donc pas, pour trouver la norme juridique précise à appliquer, de rechercher quel est le contenu juridique de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

Cette différence entre règles matérielles et règles de conflit est d'une grande importance. On la retrouve d'ailleurs dans le droit international privé de source interne comme dans le droit international privé de source internationale.

---

1. H. Muir Watt, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Archives de philosophie du droit*, 1997, p. 207 et s.

2. A. Pillet et J.-P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, 1924, n° 11 et s., p. 20 et s.

§ 2 SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

3 On ne parle pas de droit « international » privé au motif que ses seules sources se situeraient dans un ordre juridique supranational. L'adjectif « international » qualifie en réalité l'objet de cette branche du droit, et non l'ordre dont il émane. Dès lors, les sources du droit international privé sont à la fois internes (A) et internationales (B).

A Les sources internes du droit international privé

4 Les sources internes du droit international privé sont, dans l'ensemble, les mêmes que celles des autres branches du droit. La loi, la jurisprudence et la doctrine occupent donc une place de choix dans la liste des sources du droit. Cependant, la spécificité du droit international privé explique que le rôle des sources internes ait suscité une ardente controverse théorique (1) dont on retrouve certaines manifestations lorsqu'on examine l'importance respective des différentes sources en présence (2).

1. La controverse sur le rôle des sources internes du droit international privé

5 La controverse sur le rôle des sources internes s'enracine dans le débat sur les objectifs du droit international privé.

Pour les auteurs « **particularistes** », dont notamment Bartin [1] puis Niboyet [2], le droit international privé a et ne doit avoir pour objectif que de résoudre des problèmes propres à chaque pays en respectant l'esprit et les buts de la législation nationale. Cette thèse est à la fois normative et descriptive. Elle se veut normative, car elle estime que chaque pays est le mieux placé pour apprécier dans quelle mesure l'existence d'un élément d'extranéité dans telle ou telle situation peut avoir une incidence sur l'application de la loi nationale ou sur la compétence des juridictions internes. La position particulariste est de surcroît descriptive, car elle part de l'idée qu'il est de toute façon impossible, en fait, de parvenir à une unification des règles de conflit de lois entre les différents États composant la société

1. *Études de droit international privé*, 1899 ; *Principes de droit international privé*, 3 vol., 1931-1935.

2. *Traité de droit international privé français*, 7 vol., 1938 à 1950 (2e éd. des tomes I, 1947, et II, 1951).

internationale[1]. Or, si l'on ne peut espérer que les solutions des différents pays se rencontrent, autant promouvoir un droit international privé cohérent au regard des règles du droit privé interne[2].

Cette conception s'oppose à la conception « **universaliste** »[3], pour laquelle les problèmes surgissant dans les relations internationales concernent la société internationale dans son ensemble. Dans cette optique, l'essence du droit international est bien d'être international par sa source. Les relations internationales devraient donc recevoir une solution internationale.

6 Entre ces deux positions, il existe encore une oscillation permanente en doctrine comme en droit positif. Force est cependant de constater que le poids des sources internes du droit international privé demeure aujourd'hui supérieur à celui des sources internationales, même si l'on observe depuis quelques années une multiplication des traités. Ce déséquilibre s'explique sans doute partiellement par la difficulté de négocier des accords internationaux. Il vient aussi, plus profondément, du fait que les problèmes du droit international privé ne font que rarement intervenir les États en tant que tels : survienne par exemple un litige entre deux contractants de nationalité différente, et c'est un problème de droit privé qui se pose, dont la résolution trouvera son canal naturel dans la saisine du juge interne de l'État de l'un des contractants. En sorte que, pratiquement, chaque État a plus besoin de donner à ses juges des techniques de résolution des conflits contenant un élément d'extranéité, que de s'entendre avec un autre État pour élaborer une politique juridique commune.

Reste à savoir sous quelle forme ces techniques seront déployées.

2. L'importance respective des différentes sources internes du droit international privé

7 La loi joue en droit international privé un rôle limité (a), ce qui explique le rôle essentiel de la jurisprudence (b) et de la doctrine (c) dans la création de ce droit.

---

1. Cf. le titre de l'étude de Bartin, « L'impossibilité de parvenir de parvenir à la suppression des conflits de lois », *JDI* 1897. 225, 466, 720, reproduite dans *Études de droit international privé*.

2. La thèse prend chez Niboyet un tour plus politique, fondé sur l'idée que le droit international privé doit faire prévaloir les intérêts nationaux dans la solution donnée par chaque pays aux problèmes internationaux.

3. On en trouve l'expression écrite chez des auteurs tels que Pillet. Cf. ses *Principes de droit international privé*, 1905, et le *Traité pratique de droit international privé* (2 vol., 1923).

a. La loi

8 Alors que la loi est traditionnellement considérée par le juriste français comme la source la plus éminente du droit positif, il n'en va pas de même en droit international privé. Non seulement le droit international privé ne fait pas l'objet d'une codification complète — malgré l'existence de projets en ce sens dans les années cinquante et soixante, et à la différence de ce qui existe dans d'autres pays[1], mais le législateur répugne manifestement à intervenir en la matière. Le Code civil et le Code de procédure civile contiennent bien quelques articles au sujet des conflits de lois et de juridictions, mais leur nombre est très limité. Au demeurant, on notera que les règles législatives de conflits de lois datent pour la plupart de la seconde moitié du XXe siècle et sont donc assez récentes : celles édictées en matière de filiation remontent à la loi du 3 janvier 1972, tandis que celle adoptée en matière de divorce l'a été par la loi du 11 juillet 1975.

Il serait certes excessif de conclure au rôle marginal de la loi en droit international privé. Le droit de la nationalité et la condition des étrangers sont en effet réglementés de façon extrêmement précise, tandis que l'incessant mouvement réformateur en ces matières témoigne sans doute de la haute idée que le législateur a de ses fonctions. Reste que ces deux domaines demeurent largement isolés.

Il ne semble pas, d'ailleurs, que cette situation soit en passe de se modifier à brève échéance. Malgré ses avantages en termes de sécurité et de publicité du droit, l'entreprise de codification demeure souvent perçue comme un danger pour la souplesse dans l'élaboration et l'évolution du droit international privé, danger d'autant plus grand que la doctrine se félicite de la grande qualité de l'œuvre jurisprudentielle.

b. La jurisprudence

9 C'est à la jurisprudence que l'on doit la plus grande partie des règles du droit international privé. Dans ce domaine plus que dans tout autre — à l'exception, peut-être, du droit administratif —, le volume consacré aux « grands arrêts » de la jurisprudence livre à son lecteur le contenu réel du droit appliqué par les tribunaux. La jurisprudence de la Cour de cassation est donc à l'origine des règles de conflits de lois en matière d'état des personnes, de droit patri-

1. C'est le cas, pour n'envisager que l'aire géographique européenne, de plusieurs pays d'Europe de l'est et, à l'ouest, du Portugal, de l'Espagne, l'Autriche, la RFA, la Suisse et l'Italie.

monial de la famille, de droit des biens, de droit des contrats, de droit des sociétés, etc. De même, le droit des conflits de juridictions est d'origine jurisprudentielle. Il n'est presque aucun problème de droit international privé qui n'ait donné lieu à jurisprudence – au point d'ailleurs que les solutions adoptées par le législateur ont parfois été sévèrement critiquées pour ne pas respecter la cohérence de l'édifice normatif construit patiemment par les juges... Ce renversement de l'ordonnancement traditionnel des sources est assez spectaculaire pour être souligné. Il faut toutefois convenir que le rôle des juges s'explique aussi par le dialogue particulièrement fructueux qu'ils ont su entretenir avec la doctrine.

c. La doctrine

10 Le rôle de la doctrine est traditionnellement plus important en droit international privé qu'en d'autres branches du droit. On en trouve des illustrations ponctuelles célèbres, telle la consultation donnée au XVIe siècle par le jurisconsulte Dumoulin aux époux de Ganey, qui fit avancer de façon décisive la réflexion sur la règle de conflit applicable aux régimes matrimoniaux. Plus récemment, c'est bien à la doctrine que l'on doit l'affinement de concepts aussi fondamentaux pour le droit international privé que la fraude à la loi, l'effet atténué de l'ordre public, ainsi que les réflexions les plus poussées sur les conflits de qualification ou le renvoi[1]. Au demeurant, nombreux sont les arrêts de la Cour de cassation qui reprennent purement et simplement certaines formulations données par les auteurs. La doctrine internationaliste se signale donc par son rôle de « force créatrice », selon l'expression qu'employait Bruno Oppetit pour qualifier le droit international privé de droit « savant »[2]. Cette importance de la doctrine tient au caractère souvent abstrait et spéculatif des problèmes théoriques posés par le droit international privé. Elle vient aussi de sa capacité à formuler des raisonnements et des solutions dont les magistrats peuvent éventuellement s'inspirer. La doctrine joue d'ailleurs un rôle non négligeable dans l'élaboration de nombreuses normes de source internationale.

B Les sources internationales du droit international privé

11 Les sources internationales du droit international privé sont, par ordre croissant d'importance, la coutume internationale (1), les décisions des juridictions internationales (2) et les traités (3).

1. Sur ces concepts, cf. *infra*, n° 123, 120 et s., 56 et s., 67 et s.
2. B. Oppetit, « Droit international privé, droit savant », *RCADI* 1992, t. 234, p. 331 et s.

1. La coutume internationale

12 La coutume internationale revêt, selon son objet, un caractère de droit privé ou de droit public.

Il arrive ainsi que l'on intègre dans la coutume internationale l'ensemble des contrats-types et des usages élaborés de façon spontanée par les acteurs du commerce international. Cet ensemble de normes issues de la pratique, appelé « ***lex mercatoria*** », joue à n'en pas douter un rôle très important dans la régulation de fait des échanges internationaux. Il existe toutefois sur son caractère de véritable source du droit un débat assez vif[1].

On appelle également coutume internationale l'ensemble des **règles non écrites de droit international public** que la plupart des États estiment devoir respecter. Ces règles sont parfois invoquées par la Cour de cassation pour poser des solutions de droit international privé. Elle se réfère alors, soit aux « principes de droit international régissant les relations entre États »[2], soit à des règles particulières. Ainsi, par exemple, l'appel au principe de souveraineté des États a permis de justifier la règle de l'effet strictement territorial des nationalisations[3].

Le rôle de la coutume internationale demeure toutefois limité. Même si de nombreux États connaissent des règles de conflit proches voire identiques, ce fonds commun de points de convergence est souvent plus apparent que réel, et surtout n'est pas perçu par les États comme leur imposant des obligations particulières. Il manque donc à la coutume internationale le sentiment de l'obligation qui transforme l'observance de fait en obligation de droit.

Cet état gazeux de la coutume disparaît lorsque celle-ci se condense, pour ainsi dire, dans les décisions émanant des juridictions internationales.

2. Les décisions émanant des juridictions internationales

13 Les décisions des juridictions internationales peuvent avoir une incidence sur le droit international privé. C'est le cas, notamment, de celles qui émanent de la Cour internationale de justice

---

1. B. Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 177 et s.; P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1987, p. 125 et s.; B. Goldman, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Éd. Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1993, p. 241 et s.

2. Par exemple, Cass. 1re civ., 2 mai 1990, *Rép. du Guatémala*, *Grands arrêts*, n° 74.

3. Cass. 1re civ., 20 févr. 1979, *Rev. crit. DIP* 1979. 803, note Batiffol.

qui a pris le relais de la Cour permanente de justice internationale après la seconde guerre mondiale.

En matière de nationalité, il convient de rappeler un avis du 7 février 1923, qui énonce de façon générale qu'en matière de nationalité, les États ne sont liés les uns vis-à-vis des autres par aucune obligation autre que celles qui résultent de traités [1] ; il faut surtout citer l'arrêt *Nottebohm* [2], célèbre pour décidé qu'un État ne saurait assumer la protection diplomatique d'un individu qu'il considère comme son national, lorsque le lien de nationalité est insuffisamment effectif [3].

D'autres décisions méritent d'être citées pour leur contribution à l'édification du droit international privé. Concernant la condition des étrangers, par exemple, il a été jugé que l'expropriation sans indemnité d'usines allemandes par la Pologne était contraire au droit commun international [4]. La Cour a enfin influencé le droit des conflits de lois relatif aux contrats [5] et à la tutelle des mineurs [6].

L'essentiel des sources internationales du droit international privé réside cependant dans les traités.

3. Les traités

14 La place des traités dans le droit international privé se fait toujours plus importante [7]. Cette évolution s'explique par le jeu cumulé de plusieurs facteurs : d'un point de vue quantitatif, on relève un nombre croissant de conventions internationales conclues ou entrées en vigueur (a) ; d'un point de vue qualitatif, l'insertion des traités dans l'ordre interne se fait plus facilement aujourd'hui qu'hier (b).

a. Un nombre croissant de traités

15 Il existe deux types de traités : les traités bilatéraux et les traités multilatéraux. Les traités **bilatéraux** sont conclus entre deux

---

1. *JDI* 1923. 430. L'avis intervient dans un différend entre la France et l'Angleterre à propos de décrets français sur la nationalité en Tunisie et au Maroc.

2. CIJ, arrêt du 6 avril 1955, CIJ Rec. 1955, p. 4.

3. La protection diplomatique d'une société a également fait l'objet d'un arrêt *Barcelona* du 5 février 1970 (CIJ Rec, 1970, p. 3).

4. CPJI, arrêt n° 7 du 25 mai 1926.

5. CPJI, deux arrêts du 12 juillet 1989, *DP* 1930.2.45, note Decensière-Ferrandière ; *S.* 1929. 4. 17 ; *Rev. crit. DIP* 1929. 427, note Niboyet ; *JDI* 1929. 977, commentaire de A. Prudhomme.

6. CIJ, arrêt du 28 nov. 1958, *Bull*, CIJ Rec. 1958, p. 55 ; *Rev. crit. DIP* 1958. 713 et l'article de H. Batiffol et Ph. Francescakis, *Rev. crit. DIP* 1959. 259.

7. B. Audit, « Le droit international privé à la fin du xxe siècle : progrès ou recul », *R.I.D.C.* 1998-2, p. 421 et s.

parties, et concernent le plus souvent les conflits de juridictions — spécialement la reconnaissance des jugements étrangers — et la condition des étrangers. Ce type de traité, relativement facile à conclure, est en nombre très élevé. Les traités **multilatéraux**, au contraire, sont en nombre plus limité en raison de la plus grande difficulté de trouver un accord entre plusieurs parties. Leur importance quantitative tend cependant à se renforcer en raison de la pression internationale en faveur de l'unification du droit dans de nombreux domaines. Les traités, bilatéraux ou multilatéraux, peuvent procéder à l'unification du droit de deux manières : soit par l'unification des règles de conflit, soit par l'édiction de règles matérielles communes à l'ensemble des pays signataires.

L'unification des règles de conflit a été réalisée, pour la plus grande partie, par les Conventions conclues à l'inititative de la Conférence de la La Haye de droit international privé. Ces Conventions jouent un rôle particulièrement important en France, puisque notre pays a ratifié dix-huit d'entre elles. La Conférence de La Haye, instituée en 1893, est une organisation permanente regroupant près de quarante États, siégeant tous les quatre ans lors de sessions plénières. Les Conventions de La Haye intéressent toutes les branches du droit : procédure civile, vente mobilière, obligation alimentaire envers les enfants, accidents de la circulation, forme des testaments, protection des mineurs, régimes matrimoniaux, adoption internationale... C'est dire l'intense activité déployée par cette organisation, même si les conventions conclues sous son égide ne sont pas toutes ratifiées, et si elles mettent souvent longtemps avant d'entrer effectivement en vigueur. À titre d'exemple, la Convention de La Haye du 14 mars 1978, relative à la loi applicable aux régimes matrimoniaux, n'est entrée en vigueur en France qu'en 1992, et n'a fait l'objet d'une loi interne « d'adaptation » que le 28 octobre 1997[1]...

L'unification des règles des conflits se réalise également par d'autres moyens : l'Union panaméricaine, qui groupe des États d'Amérique centrale et d'Amérique du Sud, a par exemple adopté en 1928 un Code de droit international privé accepté par 15 États, le Code Bustamante. De même, l'Union nordique (Norvège, Suède, Finlande, Islande, Danemark) a conclu de 1931 à 1943 cinq conventions sur les conflits de lois et de juridictions. La France, quant à elle, est directement concernée par les accords

1. Sur cette loi, cf. *infra*, n° 248 et s.

conclus dans le cadre de l'Union européenne[1]. C'est ainsi, par exemple, que les pays membres sont liés par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'unification européenne passe également par la conclusion d'accords sur les conflits de juridictions : le texte fondateur en la matière est la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'effet des jugements en matière civile et commerciale. Cette convention a été complétée le 28 mai 1998 grâce à la signature par les Ministres de la Justice des 15 pays de l'Union européenne d'une Convention dite « Bruxelles 2 » concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale.

Il convient enfin d'ajouter que certains traités internationaux, bien que n'ayant pas directement pour objet de trancher des questions de droit international privé, peuvent indirectement jouer un rôle important. Il en va ainsi, notamment, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue par les membres du Conseil de l'Europe le 21 novembre 1950, et de ses protocoles additionnels. La Cour de cassation a par exemple recouru, dans un arrêt récent, à l'article 5 du protocole additionnel n° 7 du 22 novembre 1984 pour déclarer contraire à l'ordre public international la loi suisse qui impose une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la liquidation et le partage des biens de l'union conjugale[2]. Cette influence de la Convention s'est, pour l'occasion, manifestée dans le droit des conflits de lois, mais il est intéressant de constater que c'est en qualité de règle matérielle que la Convention a ici été appliquée.

L'unification des règles matérielles est en effet un moyen puissant de régler à l'échelon international les problèmes de droit international privé. Traitant directement du fond du droit, ils contribuent de façon décisive au rapprochement des législations nationales : on citera, à titre d'illustration, le traité de Paris de 1883 en matière de propriété industrielle, le traité de Berne de 1886 en matière de propriété littéraire et artistique, et plus près de nous, le traité de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. L'importance de ces traités est d'autant plus grande qu'ils font désormais partie intégrante de notre droit positif.

---

1. Sur ces Conventions, cf. *infra*, n° 234 et s., n° 295 et s., n° 327 et s.

2. Cass. 1re civ., 24 févr. 1998, *JCP* 1998. IV. 1831, *D.* 1998. IR 79, *RTD civ.* 1998. 347, obs. Hauser.

b. L'insertion des traités dans le droit positif

16 Le **principe de la supériorité du traité sur la loi** découle en France de l'article 55 de la Constitution, qui dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Cet article étant en principe connu [1], on se bornera à en souligner les aspects essentiels.

Rappelons tout d'abord que les traités l'emportent sur la loi interne, quelle que soit la date de celle-ci. Cette solution est désormais acquise, malgré une certaine réticence des tribunaux français à appliquer le traité plutôt que la loi interne postérieure, depuis les arrêts *Cafés Jacques Vabre* [2] et *Nicolo* [3]. Elle se traduit par une extension des pouvoirs du juge dont on trouve la confirmation, à la même époque, au sujet du pouvoir d'interprétation des traités.

17 **L'interprétation des traités** est en effet largement abandonnée au juge, du moins depuis le début des années 1990. Depuis l'arrêt *G.I.S.T.I.* du 29 juin 1990, le Conseil d'État considère en effet que le juge administratif a le pouvoir d'interpréter lui-même les traités internationaux, sans être lié par l'interprétation gouvernementale [4]. Dans le même sens, la Cour de cassation estime désormais qu'il est de l'office du juge judiciaire d'interpréter les traités internationaux invoqués dans la cause soumise à son examen, sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle [5]. Elle ne refuse donc plus, comme elle l'avait fait dans le passé, d'interpréter les questions relevant de « l'ordre public international » ou du « droit public international ».

Cette extension des pouvoirs d'interprétation du juge ne signifie cependant pas que ces pouvoirs soient sans limite. Tout d'abord, il va de soi que le juge doit s'incliner devant un nouveau traité interprétant le précédent. En outre, certains traités internationaux instaurent un mécanisme d'interprétation qui s'impose au juge ; c'est le cas du Traité de Rome dont l'article 177 prévoit le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des communautés européennes,

---

1. Cf. R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, Cours Dalloz, 1998, n° 96 et s.
2. Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Grands arrêts*, n° 55.
3. CE 20 oct. 1989, *Grands arrêts*, n° 56.
4. *Grands arrêts*, n° 75.
5. Cass. 1re civ., 19 déc. 1995, *Grands arrêts*, n° 76. Il convient toutefois de noter que la Chambre criminelle, traditionnellement hostile au pouvoir d'interprétation des tribunaux en la matière, n'a pas encore rendu d'arrêt revenant sur sa propre jurisprudence.

ainsi par exemple que des conventions de Bruxelles précitées[1]. Ajoutons que, même lorsque le juge français n'est pas juridiquement lié par les décisions d'une instance supranationale, il est en pratique amené à tenir le plus grand compte de la jurisprudence des organes habilités par certains traités à veiller au respect de ceux-ci.

Enfin, il convient de rappeler que le juge, malgré la lettre de l'article 55 de la Constitution, n'a pas le pouvoir d'écarter la mise en œuvre d'un traité dont il relèverait le non-respect par une autre partie signataire. La Cour de cassation subordonné en effet la non-application des traités par les tribunaux à une décision expresse du gouvernement, et refuse aux juges la possibilité d'interroger le gouvernement français sur ce sujet[2]. Cette solution s'explique par le souci de ne pas faire dépendre l'application du traité d'informations éventuellement incomplètes ou longues à obtenir, d'éviter la disparité des décisions judiciaires, et de prévenir les risques de paralysie des traités internationaux. Elle se distingue toutefois de celle retenue par le Conseil d'État, qui permet au juge d'interroger le gouvernement sur le respect du traité par l'autre partie[3].

Il apparaît donc que la multiplication des traités laisse subsister certaines difficultés. Certaines, telles que les risques de conflits entre conventions internationales, tiennent directement au phénomène d'inflation normative. D'autres sont la résultante du conflit entre les principes directeurs de certains traités et l'esprit du droit international privé classique : ainsi a-t-il été regretté, par exemple, que le principe communautaire de libre circulation des services paraisse déboucher sur la stigmatisation de toute différence de législation entre pays de l'Union européenne, alors que le but du droit international privé n'est pas de tout uniformiser, mais plutôt de parvenir à une juste méthode de désignation de la

---

1. Le régime du renvoi préjudiciel diffère toutefois en fonction des conventions et en fonction des juridictions à l'origine du renvoi. Pour interpréter la Convention de Bruxelles, par exemple, le protocole signé à Luxembourg le 3 juin 1971 et entré en vigueur le 1er septembre 1975 prévoit que les juridictions suprêmes sont tenues de saisir la cour de justice si elles estiment qu'une décision de sa part est nécessaire pour qu'elles puissent statuer, tandis que les cours d'appel ont seulement la faculté de la saisir. Ce protocole a servi de modèle pour celui adopté en même temps que la convention « Bruxelles 2 ».

2. Cass. 1re civ., 6 mars 1984, *Kryla*, *JDI* 1984. 859, note Chappez ; *Rev. crit. DIP* 1985. 108, note Droz ; Cass. 1re civ., 16 févr. 1994, *Ait Kaci*, *Rev. crit. DIP* 1995. 51, note P. Lagarde.

3. CE Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, *D.* 1982. 137, note Calonec ; *Rev. crit. DIP* 1982. 65, concl. Théry, note P. Lagarde ; *JDI* 1982. 437, note Chappez.

loi applicable[1]. Dans quelle mesure l'internationalisation des sources du droit international privé doit-elle pour autant être globalement condamnée, c'est là une question beaucoup plus vaste à laquelle on trouvera, épars, certains éléments de réponse dans la suite des développements.

18 *Plan.* L'étude du droit international privé sera menée en trois phases. Après l'exposé du règlement des relations privées internationales par la méthode du conflit de lois (première partie), on envisagera les règles propres aux conflits de juridictions (deuxième partie) puis la détermination des sujets du droit international privé (troisième partie).

1. B. Ancel et Y. Lequette, obs. *Grands arrêts...*, p. 462, n° 15.

PREMIÈRE PARTIE
LES CONFLITS DE LOIS

19 ***Notion de conflits de lois.*** Les « conflits de lois » faisant l'objet du droit international privé sont les conflits s'élevant entre les lois d'États indépendants. L'expression de « conflit de lois » doit donc être entendue de façon à la fois large et restrictive.

Elle doit se comprendre extensivement dans la mesure, par exemple, où l'on considère comme loi d'un État indépendant la loi d'un État non reconnu par le gouvernement français, du moment qu'en fait, les autorités en place exercent leur souveraineté de manière continue, paisible, publique et non équivoque [1].

En revanche, le droit international privé ne traite pas de tous les conflits de lois. Cette limitation s'explique, tantôt par le fait que certaines lois ne peuvent entrer en conflit, tantôt par l'objet même du droit international privé. Les lois qui ne peuvent, par définition, entrer en conflit, sont les lois relatives au **droit public** et au **droit pénal**. Le juge français n'a pas le droit, en effet, d'appliquer une loi pénale autre que la loi française, de même qu'il n'a pas le droit d'appliquer directement le droit public étranger. Ainsi, il existe en ces matières une convergence parfaite entre compétence du juge français et compétence de la loi française. Tel est du moins le principe, qui n'empêche pas le juge français de tenir compte du contenu d'une règle pénale étrangère lorsque la loi pénale française le lui impose.

Les autres limites à l'extension du droit international privé procèdent avant tout d'une nécessaire rigueur terminologique. Ainsi, cette branche du droit ne règle pas la question des conflits

---

1. Cass. 1re civ., 3 mai 1973, *Stroganoff-Scherbatoff, Rev. crit. DIP* 1975. 426, note Y.L.; *JDI* 1974. 859, chron. B.G.

de lois dans le temps, et se concentre sur les conflits dans l'espace[1]. Elle ne recouvre pas non plus la question des **conflits internes** de lois qui se posent à l'intérieur d'un État dont le système juridique n'est pas unifié. Certains pays connaissent en effet des conflits entre lois internes distinctes. Ces conflits peuvent s'expliquer par plusieurs raisons : soit par le partage opéré entre compétences législatives et fédérales, ainsi qu'on peut l'observer aux États-Unis ; soit par l'édiction de lois variant en fonction des territoires (conflits interrégionaux, ainsi en France avec la législation d'Alsace-Lorraine[2]) ou des appartenances ethniques ou religieuses (conflits interpersonnels, fréquents dans les pays orientaux et en Afrique[3]). Ces conflits, précisément parce qu'ils sont internes, ne présentent pas un caractère international qui permette de les rattacher au droit international privé proprement dit. Cela ne signifie pas, d'ailleurs, que les méthodes de règlement de ces conflits soient fondamentalement différentes de celles qui prévalent en matière internationale. En témoigne, par exemple, le fait qu'aux États-Unis, où les conflits internes sont plus fréquents que les conflits internationaux, l'expression de *Private international law* ait presque disparu au profit de l'expression plus large *Conflict of laws*. Reste que la terminologie doit être délimitée, et que les analogies de structure ne sont pas des analogies d'objet. Il en résulte, plus techniquement, que lorsque la loi d'un ordre juridique composite est désignée par la règle de conflit française, ce sont en principe les règles en vigueur dans ce pays qui doivent régler le conflit interne.

L'étude des conflits de lois impose de s'attacher aux principes généraux qui dominent la matière avant d'exposer les solutions particulières du droit positif. On envisagera donc la théorie générale (livre premier) puis le droit spécial (livre second).

---

1. Cela n'empêche pas que les règles de conflits de lois dans l'espace puissent, dans un même pays, se succéder dans le temps... auquel cas il y a conflit dans le temps de règles de conflit.

2. J.-L. Vallens, « Le droit local d'Alsace-Moselle », *D.* 1998. chron. 275.

3. Même en France, il arrive que l'appartenance religieuse soit *indirectement* un critère d'application d'un droit distinct. La Cour de cassation a ainsi soumis au droit musulman l'établissement de la filiation d'un citoyen français de Mayotte, en s'appuyant sur l'article 75 de la Constitution de 1958 qui dispose que « les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun conservent leur statut personnel tant qu'il n'y ont pas renoncé » (Cass. 1re civ., 25 févr. 1997, *D.* 1997. 453, note Fulchiron ; *JCP* 1997. II. 22968, note Barrière et Garé).

LIVRE PREMIER
THÉORIE GÉNÉRALE DES CONFLITS DE LOIS

20 La théorie générale des conflits de lois repose sur des fondements (titre premier) qu'il est indispensable de connaître pour comprendre les étapes du règlement des conflits de lois (titre 2). On verra alors comment s'opère effectivement la mise en œuvre de la règle de conflit (titre 3).

TITRE PREMIER
LES FONDEMENTS DE LA THÉORIE DES CONFLITS DE LOIS

21 Les bases théoriques du droit international privé ont été élaborées au fil des siècles pour aboutir à la mise en place de grandes lignes de méthode de règlement du conflit des lois. Aussi peut-on légitimement dire que les fondements de la théorie des conflits de lois sont historiques (chapitre 1) et méthodologiques (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER
LES FONDEMENTS HISTORIQUES

22 Il est possible, en grossissant un peu le trait, de distinguer six périodes dans la formation de la théorie des conflits de lois[1] : une phase prédoctrinale (§ 1), une phase médiévale (§ 2), une phase « territorialiste » (§ 3), une phase « personnaliste » (§ 4), une phase « savignienne » (§ 5) et une phase « moderne » (§ 6).

§ 1 LA PHASE PRÉDOCTRINALE

23 Parler de phase « prédoctrinale » des conflits de lois signifie deux choses distinctes : d'une part, que le droit international privé existait avant d'être mis en théorie; d'autre part et surtout, que le droit international privé suppose une pensée juridique suffisamment élaborée pour admettre qu'un élément d'extranéité puisse modifier l'application ordinaire de la loi. Or, une telle sophistication de la pensée juridique est assez récente.

Le droit international privé ne pouvait donc pas exister tant que l'on considérait que les étrangers n'étaient pas de véritables sujet de droit. Même une civilisation aussi développée que la Grèce y répugnait, de sorte que seuls des traités entre cités permettaient de soumettre l'étranger à la loi locale. Le droit romain, quant à lui, connut une évolution importante marquée notamment par l'extension progressive d'un droit unique à tout l'Empire, d'origine à la fois législative, jurisprudentielle et impériale. Cette préémi-

1. Sur l'histoire, cf. GUTZWILLER, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI* 1929. IV. 348 (t. 29); MEIJERS, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *RCADI* 1934. III. 543 (t. 49).

nence du droit romain — qui était censée supprimer mécaniquement les conflits de lois à l'intérieur des territoires soumis — fut cependant de courte durée.

Avec les invasions de l'Europe occidentale à partir du Ve siècle, les apports du droit romain furent replongés dans l'ombre, cependant que se développa le système de la « **personnalité des lois** » : chaque groupe ethnique continua donc à vivre selon ses propres règles coutumières, et ne se préoccupa point de légiférer de façon générale pour trancher les conflits entre coutumes.

La promiscuité entre populations se développant, la personnalité des lois céda progressivement la place à un système d'**application territoriale** de la loi, impliquant la soumission à une même loi des individus habitant un même territoire. À partir du IXe siècle, le morcellement extrême du pouvoir politique et la quasi-inexistence de relations commerciales conduisirent cependant à la multiplication des droits sur des territoires exigus. Seules les nécessités commerciales firent passer les conflits de lois à la seconde phase de leur développement.

§ 2 LA PHASE MÉDIÉVALE

24 La naissance du droit international privé s'explique avant tout par la reprise des échanges commerciaux dans l'Europe de la seconde moitié du XIe siècle. Les villes portuaires de l'Europe du Nord (Bruges, Gand, Hambourg, Lubeck), les cités indépendantes de l'Italie du nord, connaissent en effet une activité économique intense qui favorise le déplacement des hommes et crée de nouveaux problèmes juridiques. L'urbanisation croissante fait apparaître l'institution des foires, où des marchands venant de multiples horizons réalisent des opérations en respectant une coutume unique. Les inconvénients du morcellement extrême du droit, notamment entre villes, sont alors pleinement perçus.

Pour faire face à cette évolution, les juristes, stimulés par la renaissance du droit romain, doivent faire preuve d'imagination, et fondent la « **théorie des statuts** »[1] qui constitue aujourd'hui encore, la base du droit des conflits. Cette théorie des statuts, quoiqu'alimentée par la référence à l'idée d'un *jus commune* d'origine romaine, prend avant tout la forme de solutions particulières.

1. Des « statuta », lois particulières à chaque ville dans l'Italie du Moyen Âge.

Dès le XIIIe siècle, Jacobus Balduini distingue ainsi entre l'obligation pour le juge d'appliquer la loi locale à la procédure, et la possibilité pour lui d'appliquer une loi étrangère au fond du litige. L'application aux délits de la loi du lieu de leur survenance est acquise au XIVe siècle, tandis que la réflexion de Bartole sur le contrat permet dès cette époque de pressentir l'avènement de l'idée que les parties disposent en la matière d'une liberté de choix. Plus lentement, mais à la même époque, s'élabore la distinction entre la soumission des biens à la loi de leur situation, et des personnes à la loi de leur origine. C'est dire l'apport décisif de l'école italienne du Moyen Âge à la fondation de la théorie des conflits de lois.

Cet apport pénètre en France au XVIe iècle. Mais la réception d'un apport extérieur s'opère toujours au prix d'une déformation. En l'occurrence, on assiste à la mutation de la théorie des statuts et au succès d'une doctrine dite « territorialiste ».

§ 3 LA PHASE TERRITORIALISTE

25 On distingue habituellement trois types distincts de territorialisme : le territorialisme français (A), le territorialisme hollandais (B) et le territorialisme anglais et américain (C).

A Le territorialisme français

26 La doctrine française du XVIe siècle laisse deux grands noms : ceux de Dumoulin (1500-1566) et d'Argentré (1519-1590).

Dumoulin est véritablement à la charnière, historique et théorique, entre l'École italienne et l'École française. On lui doit notamment d'avoir dégagé, le premier, l'idée que les biens de deux époux peuvent être soumis à une seule loi pour la raison que le régime matrimonial constitue un contrat tacite que les parties sont censées avoir soumis à la loi de leur domicile. Partant, Dumoulin a contribué de façon décisive à l'avènement de la « loi d'autonomie », c'est-à-dire au principe selon lequel les parties ont le droit de choisir la loi applicable à leur contrat.

C'est cependant **d'Argentré**, magistrat breton, qui représente l'expression la plus achevée du territorialisme français. Auteur d'un célèbre commentaire de l'ancienne coutume de Bretagne, il est le premier à systématiser la distinction entre les coutumes personnelles, qui concernent les personnes, et les coutumes

réelles, qui concernent les choses. Partant de cette distinction, il énonce que les coutumes personnelles suivent les personnes où qu'elles se trouvent : ainsi, par exemple, la règle qui détermine la majorité d'un non-breton doit être respectée sur le sol de Bretagne. En revanche, les coutumes réelles doivent s'appliquer territorialement à tous les biens. C'est ce qui justifie notamment la vocation de la coutume de Bretagne à s'appliquer à tous les biens situés sur ce territoire. Quant aux coutumes qui concernent à la fois les personnes et les choses — par exemple, les règles concernant les donations entre époux —, d'Argentré pose qu'elles doivent par principe être réputées réelles. Les coutumes personnelles doivent donc faire l'objet d'une interprétation restrictive.

Ce dispositif théoriquement très complet visait, dans l'esprit de son auteur, un but politique précis : la défense du particularisme breton et de la vocation de la coutume de Bretagne à régir le plus grand nombre possible de situations. La rigueur de son architecture n'en a pas moins exercé une influence considérable au travers des siècles, alors même que les conditions de son élaboration avaient disparu. En effet, quoique territorialiste par son esprit tendant à limiter l'application des règles étrangères, la doctrine du jurisconsulte breton constitue une véritable théorie générale des conflits de lois. C'est en partie ce qui explique son influence sur la doctrine hollandaise.

B Le territorialisme hollandais

27 Les Pays-Bas connaissent au XVIIe siècle une situation proche de celle de l'Italie médiévale : on y trouve des villes indépendantes dont les échanges sont nombreux et un puissant sentiment « national » dû au récent affranchissement de la couronne espagnole. Le commerce extérieur y est important, et rend nécessaire une réflexion proprement internationale.

À cette fin, les auteurs hollandais s'inspirent naturellement de d'Argentré, chez lequel ils retrouvent une aspiration au respect du particularisme local. Le territorialisme hollandais va même plus loin : Paul et Jean Voet, ainsi surtout que **Ulrich Huber**, estiment que la loi doit être appliquée à tous ceux qui se trouvent sur le territoire de l'État, à titre permanent ou temporaire. Ce territorialisme n'est cependant pas absolu, et ne nie pas l'existence du conflit de lois. Aussi peut-il être légitime d'appliquer une loi étrangère par « **courtoisie internationale** », c'est-à-dire dans l'espoir que l'État étranger procédera de même. Cette notion de « courtoisie internationale », qui permet d'insister sur l'absence d'obli-

gation positive d'un État envers les autres, exerça un ascendant certain sur la doctrine territorialiste anglaise et américaine.

C Le territorialisme anglais et américain

28 La réception de la doctrine hollandaise se produisit chez les juristes écossais au début du XVIIIe siècle, et contribua à faire du système anglais un système territorialiste. De là son développement aux États-Unis, où la question des conflits de lois revêt une importance particulière en raison de la multiplicité des droits internes. À cet égard, on retiendra surtout le nom du juge et professeur **Joseph Story** (1779-1845), qui, sans innover fondamentalement par rapport aux auteurs hollandais, fonde avec précision l'application territoriale de la loi sur l'exercice indépendant de la souveraineté[1]. Il en découle que la loi ne peut avoir d'effet extra-territorial que si l'État étranger accepte cette entorse à sa souveraineté. L'influence de Story sur les auteurs américains des XIXe et XXe siècle est très importante : on la retrouve dans les travaux de Dicey, et indirectement dans le premier *Restatement* des conflits de lois de 1934. Cette influence dépasse même les États-Unis puisqu'en retour, le premier ouvrage de droit international privé publié en France en 1843, celui de Foelix, déclare adopter complètement la théorie de Story[2]. Depuis lors, la doctrine territorialiste française a connu peu de développements, même si l'on compte dans ses rangs des auteurs aussi importants que Vareilles-Sommières[3] et Niboyet[4].

Malgré son immense succès, le territorialisme portait en germe des excès qui ont conduit à une vigoureuse réaction doctrinale : la réaction « personnaliste ».

§ 4 LA PHASE PERSONNALISTE

29 Le XIXe siècle européen ne pouvait plus accepter le territorialisme avec autant de facilité que les siècles précédents. Accusé d'être un résidu malheureux de la féodalité, de ne pas tenir compte des droits de l'individu, le territorialisme fut sérieusement critiqué.

1. *Commentaries on the conflict of laws*, 1834.
2. *Traité de droit international privé*, p. 12, n. 1.
3. *La synthèse du droit international privé*, 1897.
4. Cf. *supra*, n° 5.

C'est là ce qui explique le développement du personnalisme dont le fondateur est **Mancini**, juriste et homme d'État italien (1817-1898). Dans une leçon inaugurale prononcée en 1851 à l'Université de Turin, intitulée de façon significative « De la nationalité comme fondement du droit des gens », l'auteur considère l'application à un individu de sa loi nationale comme un véritable droit subjectif. La nation étant cette communauté d'où l'individu tire son origine, sa langue, sa religion, ses mœurs, il convient en effet de respecter son droit d'être soumis à la loi émanant de la collectivité dont il est issu. Cette doctrine innove par sa capacité à concilier ce qui, jusqu'alors, était inconciliable : d'un côté, un nationalisme exacerbé ; de l'autre, une véritable *obligation* pour l'État d'appliquer aux étrangers leur loi nationale.

La doctrine de Mancini connut une fortune considérable. On explique à sa lumière de nombreuses dispositions du Code civil italien de 1865, du Code civil espagnol de 1889 et même du Code civil allemand de 1900. On lui doit également les premières tentatives significatives d'unification internationale des règles de conflits de lois à la fin du XIXe siècle. En France, le personnalisme connut un écho particulier dans la doctrine de **Pillet**[1], qui tenta de concilier application personnelle et application territoriale en recourant au critère du but social poursuivi par les lois en conflit. Ainsi, les lois visant la protection des individus doivent être permanentes et s'appliquer au-delà des frontières, tandis que les lois garantissant l'ordre et la paix publics doivent être d'application générale, ou territoriale. La doctrine de Pillet témoigne, sans nul doute, de la fécondité de la doctrine personnaliste, ainsi que de l'intérêt de faire dépend le champ d'application de la loi du but poursuivi par elle. Elle illustre aussi, malheureusement, les défauts de la doctrine personnaliste qui ont conduit à son déclin.

Ni Mancini ni Pillet n'ont en effet réussi de façon convaincante à délimiter les champs respectifs de l'application territoriale et de l'application personnelle. Mancini considérait certes, à titre d'exception au principe personnaliste, que certaines règles telles que le droit public, les lois foncières, les règles relatives à la responsabilité civile, devaient être d'application territoriale en raison du rattachement de l'étranger au territoire sur lequel il séjourne. Mais la justification de telles exceptions demeurait douteuse, en même temps que l'on pouvait craindre qu'elles n'emportent le

1. *Principes de droit international privé*, 1905 ; *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., 1923-1924.

principe. Quant à la clé de répartition proposée par Pillet, elle était extrêmement difficile à mettre en pratique.

C'est peut-être ce qui expliqua le caractère plus durable de l'influence de Savigny.

§ 5 LA PHASE « SAVIGNIENNE »

30 L'influence de Savigny, célèbre romaniste allemand contemporain de Mancini, tient au fait que sa doctrine constitue une rupture avec l'objectif territorialiste d'une application exceptionnelle de la loi étrangère, tout en évitant les excès du personnalisme. Son *Traité de droit romain*[1] présente ainsi l'application de la loi étrangère comme un progrès du droit, et ce d'autant plus que les pays de l'Europe du XIXe siècle appartiennent, de par leur enracinement dans le droit romain et le christianisme, à la même « communauté de droit »

Mais le rôle exceptionnel tenu par Savigny vient, non seulement de son ouverture au droit étranger, mais aussi et surtout de sa mise en théorie d'une véritable méthode abstraite de règlement des conflits de lois. L'idée est la suivante : alors que, jusque-là, la question des conflits de lois était considérée comme un conflit de souverainetés, l'apport de Savigny consiste à subordonner le choix de la loi applicable à la nature du problème de droit en cause. Ce type de raisonnement conduit, par exemple, à l'affirmation suivante : si le juge français applique la loi allemande à un délit survenu en Allemagne, ce n'est plus par courtoisie exceptionnelle envers l'Allemagne, ou parce que l'Allemagne a prévu de régir tout ce qui arrive sur son territoire; c'est parce que la situation juridique constituée par le fait dommageable doit, *en raison de sa nature*, être régie par la loi du lieu de survenance du délit Savigny estime par ailleurs qu'il est de la nature de l'état de la personne d'être soumis à la loi du domicile, comme il est de la nature des rapports juridiques relatifs aux choses d'être soumis à la loi du lieu de situation de la chose. Plus généralement, toute situation juridique a vocation à être incluse dans une catégorie juridique — personnes, choses, obligations. Et cette catégorie juridique, à son tour, permet de localiser objectivement la situation consi-

1. *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, 1849, trad. Guénoux, 1851.

dérée. Cette explicitation du mécanisme de la règle de conflit de lois demeure pour l'essentiel admise par les juristes d'aujourd'hui. Le raisonnement a néanmoins été soumis à des critiques et des infléchissements qui caractérisent la période moderne.

§ 6 LA PÉRIODE MODERNE

31 Sommairement, on peut dire que l'histoire doctrinale depuis la fin du XIXe siècle s'appuie sur la critique de la doctrine de Savigny (A), au profit d'une conception plus pragmatique du conflit de lois (B).

A La critique de la doctrine de Savigny

32 Avec le temps, il s'est avéré que la doctrine de Savigny présente plusieurs faiblesses.

La première est son caractère abstrait. Ainsi qu'on l'a souvent noté, la « nature » est une notion floue dont l'interprétation est fluctuante, ce qui la rend d'un usage difficile et discutable.

La seconde faiblesse de la doctrine est le postulat de la communauté de droit qui sous-tend l'ensemble de l'édifice théorique. L'existence d'une telle communauté est en effet démentie par la variabilité des catégories de rattachement en fonction des pays. Ce que tel pays qualifie d'institution touchant à la personne — la capacité d'aliéner un immeuble, par exemple — est qualifié par tel autre pays d'institution touchant au droit des biens... de sorte que l'universalité des catégories juridiques apparaît finalement illusoire. Le constat de cette contingence des catégories alimenta de façon décisive la tendance particulariste dont on a déjà noté l'importance en parlant des sources du droit international privé.

Or, cette tendance particulariste trouva un terrain d'autant plus propice à son développement que les années suivant le premier conflit mondial furent marquées par une crise économique sans précédent, débouchant elle-même sur le renouveau des nationalismes [1]. De nos jours, la circulation accrue des individus dans l'espace international rend plus visible encore cet éloignement. Ainsi relève-t-on fréquemment — trop fréquemment ? — la faible communauté juridique existant en matière familiale entre pays occidentaux, égalitaires et laïcs, et certains pays orientaux ou

1. En droit international privé, le terme de « nationalisme » n'est pas nécessairement péjoratif.

africains, inégalitaires et religieux. Ce type de conflit fait inévitablement surgir la question de la contrariété à l'ordre public de telle ou telle règle étrangère, et par là, de nouveaux problèmes juridiques à trancher dont l'ampleur n'avait pas été envisagée par Savigny.

Tout cela explique qu'une approche plus pragmatique du conflit de lois se soit développée.

B Une conception pragmatique du conflit de lois

33 Dans une approche pragmatique, deux conceptions principales du conflit de lois peuvent être distinguées, l'une radicale (1), l'autre modérée (2).

1. La conception radicale

34 Selon une conception radicale, l'édiction des règles de conflit est déjà, en elle-même, l'illustration d'un excès de théorie. Certains auteurs, que l'on rattache à l'école américaine dite « **réaliste** », ont ainsi estimé que le droit n'est pas une science abstraite et doit se préoccuper avant tout de l'intérêt des personnes ainsi que du résultat social de l'application des règles. Ils en sont donc arrivés à prôner un empirisme presque total, recherchant la solution la plus opportune *in concreto* au vu de la teneur des lois en présence.

Certes, les auteurs américains n'ont pas remis en cause toute méthode de règlement des conflits de lois. Pour des auteurs tels que Currie, Von Mehren et Trautmann, par exemple, le choix de la règle applicable doit se fonder sur la pesée des intérêts étatiques en présence[1]. Autrement dit, il incomberait au juge de choisir la loi dont les intérêts et les objectifs seraient le mieux respectés en l'espèce. Ce raisonnement a d'ailleurs trouvé au cours des années soixante une réception dans un arrêt célèbre rendu par la Cour d'appel de l'État de New York à l'occasion d'un accident automobile survenu en Ontario[2]. Les juges devaient en l'espèce choisir entre la règle de l'État de New York, qui donnait réparation à la victime, et la règle en vigueur en Ontario qui refusait en ce cas à la victime toute réparation. Ils se prononcèrent en faveur de la première loi pour deux raisons essentielles : d'une part, il existait un nombre plus élevé d'éléments de fait rattachant le litige à l'État

1. La notion « d'analyse des intérêts étatiques » se trouve particulièrement développée chez Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963. L'idée se retrouve, avec un *a priori* moins systématiquement favorable aux intérêts du for, chez Von Mehren et Trautman, *The Law of Multistate Problems*, 1965.

2. *Babcock v. Jackson*, *Rev. crit. DIP* 1964. 284, note Castel.

de New York (notamment le domicile des intéressés) ; d'autre part et surtout, appliquer la loi de l'État de New York permettait de respecter les objectifs de celle-ci sans porter atteinte à la politique législative de l'Ontario. En effet, l'objectif de la loi de l'État de New York était de donner facilement réparation à la victime, tandis que ce qui expliquait la rigueur de la loi en vigueur en Ontario était la crainte de collusions frauduleuses entre victime et conducteur au détriment des compagnies d'assurance. Or, il n'existait aucune fraude en l'espèce, ce qui permit aux juges d'estimer que la loi de l'Ontario n'avait pas, au regard de ses propres objectifs, un intérêt particulier à s'appliquer.

Une telle conception très pragmatique du conflit de lois, éventuellement acceptable dans un pays de common law, ne l'est pas en Europe. En revanche, l'aspiration à un assouplissement de la rigidité de la règle de conflit a déjà trouvé sa réception dans un pragmatisme plus modéré.

2. La conception modérée

35 Cette conception modérée consiste à persévérer dans la méthode savignienne du règlement des confits de lois au moyen de la règle de conflit, tout en recherchant la justice du résultat final. Il est ainsi reconnu que la règle de conflit doit permettre de localiser le rapport juridique à l'endroit le plus pertinent, non plus au regard d'une obscure « nature » du problème considéré, mais au regard des liens *concrets* entretenus par la situation avec les États dont les lois sont en conflit. Ainsi la localisation de la situation ne s'opère-t-elle plus en fonction d'une théorie désincarnée, mais en considération de la proximité matérielle entre la situation et le pays dont la loi sera finalement appliquée. On a pu parler, à cet égard, de l'émergence d'un véritable « **principe de proximité** »[1].

Cette évolution de la réflexion sur la théorie des conflits de lois n'est pas sans influer, bien entendu, sur la méthode du règlement des conflits de lois.

1. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986-I, t. 196, p. 11 et s.

CHAPITRE 2
LES FONDEMENTS MÉTHODOLOGIQUES

36 Deux méthodes existent concurremment dans le droit international privé contemporain : la méthode « bilatéraliste » et la méthode « unilatéraliste »[1].

On parle de **règle de conflit « bilatérale »** pour exprimer que la règle de détermination de la loi applicable ne désigne pas systématiquement le droit du for — c'est-à-dire le droit du pays dont le juge est saisi. Ainsi, par exemple, la règle qui énonce que les effets de l'adoption sont régis par la loi de l'État dont l'adoptant a la nationalité peut aussi bien désigner la loi de l'autorité saisie de la question qu'une autre loi.

Par contraste, la **règle de conflit « unilatérale »**, héritière de l'ancienne méthode statutaire, délimite le champ d'application de la loi du for, sans permettre la désignation d'une loi étrangère. À titre d'exemple, l'article 310 al. 1er du Code civil prévoit que « le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ». Cette règle ne s'attache qu'à délimiter le domaine d'application de la loi française.

Malgré la prédominance nette de la méthode bilatéraliste en droit positif (section 1), on observe que certains conflits de lois demeurent réglés la méthode unilatéraliste (section 2).

---

1. Pour une approche plus fine, cf. H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973-II, p. 79, t. 139 ; P. Mayer, « Le mouvement des idées dans le conflit de lois », *Droits*, 1985, n° 2, p. 129.

SECTION 1
LA MÉTHODE BILATÉRALISTE

37 Si la règle de conflit bilatérale repose toujours sur l'enchaînement de la qualification et de la localisation, les critères de la localisation ont varié avec le temps. On envisagera donc l'analyse classique de la règle de conflit bilatérale (§ 1) puis ses altérations dans la doctrine et la législation récentes (§ 2).

§ 1 L'ANALYSE CLASSIQUE DE LA RÈGLE DE CONFLIT BILATÉRALE

38 Il faut distinguer la structure de la règle de conflit (A) de ses caractères (B).

A La structure de la règle de conflit

39 Comme toute règle de droit, la règle de conflit attribue une conséquence juridique (la désignation de la loi applicable) à un présupposé (l'insertion du problème de droit dans une catégorie juridique donnée). Mais la difficulté principale du droit international privé est de cerner *les critères* du passage de telle catégorie juridique à telle loi applicable.

Une situation juridique internationale peut en effet présenter en effet des liens avec plusieurs ordres juridiques nationaux. Par exemple, une succession *ab intestat* portant sur un immeuble situé en Suisse peut mettre aux prises des héritiers allemands et français dont certains habitent en Nouvelle-Zélande.

Le critère de base permettant de choisir la loi applicable est celui du *lien le plus pertinent* existant entre la situation juridique et le pays dont la loi est désignée. Ce lien, dans l'approche classique, est défini de façon abstraite. On considère par exemple que *toutes* les successions immobilières (catégorie juridique) doivent être régies par la loi du lieu de situation des immeubles transmis. *Toutes* les successions : cela signifie que, *in abstracto*, l'on estime que la localisation au lieu de l'immeuble est la plus pertinente.

Ainsi chaque **catégorie juridique** se voit-elle assigner un invariable « **critère de rattachement** » à un ordre juridique donné (on dit aussi un « point de rattachement ») : le lieu de l'immeuble

pour les successions immobilières, le lieu de survenance du fait dommageable pour les délits, etc.

Cette approche permet de déboucher sur les caractères de la règle de conflit.

B Les caractères de la règle de conflit

40 Dans une approche classique, la règle de conflit possède deux caractères principaux.

Un **caractère indirect**, tout d'abord. Ainsi qu'on l'a déjà vu, la règle de conflit n'entend pas trancher par elle-même le fond du droit, au contraire de la règle matérielle.

Un **caractère neutre**, ensuite. La règle de conflit, non seulement ne va pas directement au fond du droit, mais *se désintéresse* du fond du droit. La neutralité de la règle veut exprimer cette idée que l'attribution à une catégorie juridique d'un rattachement totalement objectif ne doit pas être « polluée » par la prise en compte du contenu de la loi étrangère finalement désignée. Certes, nous verrons que l'appréciation du contenu ne peut demeurer indéfiniment suspendue, et qu'une loi dont l'application heurterait trop fortement les valeurs fondamentales du juge saisi peut être écartée au nom de l'exception d'ordre public[1]. Reste que, au stade de la détermination de la loi applicable, aucune considération de contenu ne doit intervenir.

Or, c'est précisément cet aveuglement volontaire au fond du droit qui fut critiqué par les adversaires de la conception classique de la règle de conflit.

§ 2 L'ALTÉRATION DE L'ANALYSE CLASSIQUE DE LA RÈGLE DE CONFLIT

41 La neutralité de la règle de conflit comporte certains inconvénients tenant à son excessive rigidité. C'est pourquoi de plus en plus de règles de conflit prévoient des correctifs à leur application mécanique, voire admettent l'idée que le contenu des lois en conflit puisse influer sur la désignation de la loi applicable.

1. Cf. *infra*, n° 114 et s.

A Les correctifs à l'application mécanique de la règle de conflit

42 Supposons, selon un exemple classique, que deux personnes domiciliées dans le même pays X aient un accident dans un pays Y. L'application mécanique de la règle de conflit classique conduirait à appliquer la loi du pays Y. Or, cette loi apparaît inappropriée au vu des circonstances de l'espèce : outre le fait que le juge du pays X trouvera peu commode d'appliquer la loi du pays Y, les deux parties ont intérêt à se voir appliquer la loi du pays où elles ont leur domicile, car celle-ci respecte plus fidèlement leurs prévisions légitimes. Ainsi serait-il judicieux de prévoir qu'une exception puisse être apportée à l'application « aveugle » de la loi de survenance du délit.

Ce raisonnement a trouvé un large écho dans les textes récents. Par exemple, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles prévoit que la loi normalement applicable au contrat (à défaut de choix par les parties) peut être écartée « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »[1]. Certaines législations contiennent même un principe général permettant d'écarter à titre exceptionnel le jeu normal de la règle de conflit : l'article 15 de la loi fédérale suisse de 1987 dispose ainsi que « le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ».

Le développement de telles techniques juridiques témoigne du souci d'appliquer la loi véritablement appropriée à la résolution du litige. S'il peut sembler contraire à la prévisibilité du droit, il n'en reste pas moins globalement fidèle à l'inspiration de la méthode classique du règlement des conflits de lois. L'altération de l'analyse classique apparaît, par contraste, beaucoup plus forte en présence des règles faisant influer le contenu matériel des lois en conflit sur la désignation de la loi applicable.

B L'influence du contenu des lois en conflit sur la désignation de la loi applicable

43 Une tendance nouvelle s'est faite jour en droit international privé depuis quelques décennies. Elle consiste à rechercher, non plus

1. Art. 4 *in fine*.

seulement la répartition correcte des situations juridiques dans l'espace, mais l'accès à un certain résultat. C'est pourquoi les règles de conflit relevant de cette tendance sont qualifiées de **règles de conflit « à coloration matérielle »** (ou à finalité matérielle). Elles ont en commun de prévoir la comparaison entre le contenu des différentes lois en présence. Le choix de la loi applicable s'opère au vu du résultat de la comparaison.

Du point de vue technique, on distingue alors plusieurs types de règles possibles.

Certaines tentent de limiter la remise en cause frontale de l'unicité de la loi désignée. Elles prévoient donc un système de **rattachements hiérarchisés**. On n'appliquera la loi n° 2 que si la loi n° 1, normalement désignée par la règle de conflit, n'atteint pas tel résultat déterminé. À titre d'illustration, l'article 5 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 applicable aux obligations alimentaires prévoit que, lorsque la loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments ne permet pas à celui-ci d'obtenir des aliments au débiteur, il convient d'appliquer la loi nationale commune.

D'autres règles de conflit avouent franchement leur indifférence devant la désignation d'une loi plutôt que d'une autre, du moment que le résultat souhaité est atteint. Ce sont les règles de conflit « à **rattachements alternatifs** » : par exemple, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires prévoit que le testament est valable si cette validité est reconnue, *soit* par la loi du lieu de rédaction, *soit* par la loi nationale du testateur, *soit* par la loi du domicile de celui-ci, etc.[1] L'objectif matériel de cette règle de conflit est manifeste : il s'agit de favoriser la validité du testament en espérant que, parmi toutes les lois en présence, il s'en trouvera au moins une allant en ce sens. En droit français de source interne, les exemples les plus connus de règles à rattachements alternatifs peuvent être trouvés dans les articles 311-16 à 311-18 du Code civil issus de la loi du 3 janvier 1972 relative à la filiation. Traitant de la légitimation, de la reconnaissance volontaire de paternité et de l'action à fins de subsides, ces articles sont la traduction technique d'une politique législative tendant à protéger l'enfant naturel.

---

1. La règle fait encore référence à la loi de la résidence habituelle du testateur et prévoit que la nationalité, le domicile et la résidence habituelle peuvent être appréciés, soit au moment de la rédaction, soit au moment du décès (art. 1er) !

Semblables aux règles à rattachements alternatifs sont les règles à **rattachements cumulatifs** : ainsi, certains pays prévoient que le divorce n'est juridiquement possible que s'il est autorisé par la loi personnelle du mari *et* la loi personnelle de la femme. L'objectif matériel de la règle est ici d'éviter le divorce en soumettant son prononcé à deux lois cumulativement. Notons toutefois qu'on aurait aussi pu formuler la règle sous une forme alternative en énonçant que le divorce est impossible s'il est interdit, *soit* par la loi personnelle du mari, *soit* par celle de la femme.

Ainsi, la règle de conflit est indissociable d'une politique législative. Elle n'a pas seulement une fonction de répartition, mais aussi une fonction de régulation des intérêts privés. Cela démontre que le droit international privé ne peut être purement objectif. Il possède indiscutablement une dimension politique. C'est d'ailleurs en partie cette dimension politique qui explique la subsistance de la méthode unilatéraliste.

SECTION 2
LA MÉTHODE UNILATÉRALISTE

44 La méthode unilatéraliste doit être exposée dans ses aspects théoriques (§ 1) et dans ses applications pratiques (§ 2).

§ 1 LES ASPECTS THÉORIQUES DE L'UNILATÉRALISME

45 On examinera successivement les fondements (A) et les défauts (B) de la méthode unilatéraliste.

A Les fondements de l'unilatéralisme

46 La méthode unilatéraliste « raisonne en termes de détermination du champ d'application des lois »[1]. En ce sens, elle prolonge la tradition territorialiste tout en la dépassant.

L'unilatéralisme ne pouvait en effet se contenter de perpétuer passivement les thèses territorialistes. Il dut ferrailler durement

1. B. Audit, n° 106.

contre le bilatéralisme, en en révélant les faiblesses. Des auteurs allemands tels Schell puis Niedner entreprirent donc, au moment de l'élaboration de leur propre Code civil à la fin du XIXe siècle, de démontrer l'atteinte à leurs yeux inacceptable que le bilatéralisme portait à la souveraineté étrangère. Un exemple classique : soit un Anglais domicilié en France, dont la capacité est en cause devant le juge français. En vertu de la règle bilatérale française selon laquelle la capacité est régie par la loi nationale, le juge français appliquera à la question la loi anglaise. Or, ce faisant, le juge ne tient aucun compte de l'attitude que le législateur anglais aurait lui-même adopté envers son national. Omission grave, s'il en est : en droit anglais, la capacité n'est pas soumise à la loi nationale de l'intéressé... mais à la loi de son domicile. Où l'on voit que le juge français, tout imbu de l'abstraction sa règle bilatérale, en vient à appliquer la loi anglaise que le juge anglais lui-même n'aurait pas appliquée. Le constat soulève, pour ces auteurs, une objection de principe au bilatéralisme : au nom du respect de la souveraineté, il est impensable d'appliquer une loi étrangère sans se préoccuper de la volonté effective du législateur étranger. Aussi la doctrine unilatéraliste préconise-t-elle, plutôt que d'appliquer aveuglément les lois d'autrui, de n'appliquer la loi d'un État donné que si cette loi se veut elle-même applicable au cas considéré.

Cette thèse unilatéraliste a survécu à la disparition de l'analyse du conflit de lois en terme de conflits de souverainetés, au point que certains ont parlé d'un « renouveau »[1] de l'unilatéralisme. On doit notamment à **Quadri**[2] d'avoir systématisé une théorie du conflit de lois fondée sur l'idée que chaque État détermine tacitement le champ d'application de ses lois dans l'espace, ce champ variant en fonction du contenu de la loi. Dans cette optique, l'application de la loi étrangère ne résulte donc pas d'une *désignation impérative* par le législateur local, mais du *respect par celui-ci du domaine fixé à sa propre loi par le législateur étranger*. Le principe fondateur de cette présentation n'est plus le respect de la souveraineté étrangère. Il est désormais le souci de favoriser l'harmonie internationale des solutions grâce à la coordination des ordres juridiques. Il est également de garantir la prévisibilité accrue des solutions pour les parties, grâce à la continuité des règles du droit international privé au-delà des frontières.

---

1. P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971. 1, 209, 415.
2. *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5e éd., Naples, 1969.

Malgré cet abord séduisant, l'unilatéralisme recèle cependant des défauts qu'il convient à présent d'envisager.

B Les défauts de l'unilatéralisme

47 Le problème essentiel posé par l'unilatéralisme est qu'il s'appuie sur le postulat que les États peuvent naturellement se coordonner dans l'espace international. Or, l'expérience révèle qu'il n'en va pas ainsi. Parfois, plusieurs États se considèrent simultanément compétents pour appréhender une situation juridique : c'est le **problème du cumul**. Soit par exemple un Français domicilié en Angleterre dont l'état ou la capacité sont en cause : selon le droit international privé français, il doit être soumis à la loi française en qualité de loi nationale ; selon le droit international privé anglais, il doit être soumis à la loi anglaise en qualité de loi du domicile. Voici donc deux ordres juridiques ayant tous deux la prétention de trancher la question. Inversement, il arrive qu'aucun État ne retienne sa compétence : c'est le **problème de la lacune**. En présence d'un Anglais domicilié en France, le droit français se dessaisit au profit du droit anglais... et le droit anglais au profit du droit français.

Certes, les auteurs unilatéralistes ont vu le problème et certains ont préconisé, à l'instar de Quadri, d'appliquer la loi du for en cas de lacune, et la loi ayant le plus de chances d'être effective en cas de cumul. Toutefois, ces moyens de régler les conflits positifs ou négatifs de compétence sont apparus peu satisfaisants à la plupart des auteurs, d'une part en raison des divergences existant entre unilatéralistes eux-mêmes et, d'autre part, en raison des difficultés d'application de certaines solutions. Aussi l'unilatéralisme n'a-t-il finalement connu que des succès ponctuels en droit positif.

§ 2 LES APPLICATIONS PRATIQUES DE L'UNILATÉRALISME

48 En exposant les différentes critiques qui avaient été adressées à la pensée de Savigny par les auteurs américains, nous avons déjà rencontré une forme d'unilatéralisme. La méthode de l'analyse des intérêts gouvernementaux peut en effet être qualifiée d'unilatéraliste, dans la mesure où elle fait dépendre le domaine d'application d'une loi de la volonté du législateur concerné.

En France, l'unilatéralisme connaît deux formes principales : tout d'abord, certaines règles de conflit en sont clairement inspirées (A) ; ensuite, il existe des règles matérielles ayant vocation à s'appliquer de façon territoriale, à la manière de règles unilatérales. Ce sont les « lois de police » (B).

A Les règles de conflit unilatérales

49 On peut distinguer deux types de règles de conflit unilatérales : les « fausses » et les « vraies ».

Un exemple typique de règle de conflit faussement unilatérale est l'article 3 alinéa 3 du Code civil, qui dispose que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers ». En apparence, il s'agit d'une règle de conflit unilatérale, puisqu'elle ne fait explicitement que fixer le domaine d'application de la loi française. En réalité, cette règle est aisément « bilatéralisable », car il est possible de tirer une règle plus générale du fait que l'état et la capacité des Français sont régis par la loi française : l'état et la capacité d'une personne sont régis par la loi dont cette personne a la nationalité. La jurisprudence l'a tôt compris.

Par contraste, certaines règles formulées de façon unilatérale sont « vraiment » unilatérales. Reportons-nous par exemple à l'article 310 du Code civil. Selon le premier alinéa de cet article, le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française lorsque les époux ont la nationalité française. Peut-on en déduire, à titre général, que le divorce est soumis à la loi commune des époux ? Non, car le second alinéa prévoit que la loi française s'applique également lorsque deux époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français. De cet alinéa découle, par exemple, que deux époux espagnols ayant leur domicile en France sont soumis aux règles françaises sur le divorce. Il est donc impossible de « bilatéraliser » l'alinéa premier, car le divorce n'est pas soumis dans tous les cas à la loi nationale commune des époux. En ce sens, l'article 310 du Code civil est une vraie règle de conflit unilatérale.

La différence entre vraies et fausses règles de conflit unilatérales n'est pas seulement dans la forme. Sur le fond, il est clair que le législateur qui pose une règle vraiment unilatérale manifeste par là son souci d'étendre au maximum le champ d'application de sa loi propre loi. En matière de divorce, par exemple, il est clair que l'alinéa 2 de l'article 310 permet de soumettre à la loi française le divorce de deux espagnols, c'est-à-dire une situation juridique qui

aurait été soumise à la loi espagnole si l'on avait bilatéralisé l'alinéa premier.

Semblable volonté d'étendre le domaine d'application de la loi française se retrouve d'ailleurs, sous une autre forme, dans l'article 311-15 du Code civil qui permet aux règles françaises sur la possession d'état d'enfant naturel ou légitime de faire échec au jeu de la loi étrangère normalement désignée par la règle de conflit si la résidence habituelle des parties se trouve en France. Dans un tel cas, donc, le souci de protéger l'enfant factuellement rattaché à la France explique que certaines dispositions avantageuses s'imposent territorialement malgré la désignation d'une loi étrangère.

C'est un mécanisme semblable, mais de portée juridique beaucoup plus radicale, qui opère dans les lois de police.

B Les lois de police

50 La notion de « lois de police » se trouve dans le Code civil lui-même (art. 3 al. 1er [1]). Elle mérite cependant d'être définie (1), avant que soit envisagé le mécanisme des lois de police étrangères (2).

1. Définition des lois de police

51 Dans le cadre du droit international privé, les lois de police révèlent l'existence de politiques législatives d'une telle importance qu'elles ne souffrent aucune remise en cause sur le territoire de leur auteur. C'est ainsi, par exemple, que le bail d'un immeuble situé en France est impérativement soumis à la réglementation française concernant les loyers, peu important que la situation juridique en cause présente un élément d'extranéité. De même, un arrêt célèbre du Conseil d'État a énoncé qu'une entreprise ayant son siège social à l'étranger mais employant en France plus de cinquante salariés ne saurait échapper à la législation française sur les comités d'entreprise [2].

La notion de loi de police ne doit cependant pas être totalement confondue avec la notion de « **règle d'application territoriale** », que l'on rencontre parfois en jurisprudence [3]. Certes, si l'on entend par loi d'application territoriale une loi qui doit être appliquée par toutes les autorités du territoire, une loi de police est

1. « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».
2. CE 29 juin 1973, *Cie internationale des Wagons-lits*, *Grands arrêts*, n° 53.
3. Expression employée pour les dispositions relatives aux droits et devoirs des époux résultant des art. 212 et s. C. civ. (Cass. 1re civ., 20 oct. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 540, note Lequette) et pour les lois sur l'assistance éducative (Cass. 1re civ., 6 avril 1994, *Defrénois* 1994. 1099, obs. Massip).

toujours d'application territoriale. Mais il faut bien comprendre qu'une loi de police peut s'appliquer à raison d'un critère personnel. Tel est le cas d'une interdiction d'exporter visant tous les ressortissants de l'État qui l'édicte. Ainsi, une loi de police, devant être appliquée uniformément par toutes les autorités sur le territoire du pays qui l'émet, peut ne pas concerner tous les individus se trouvant sur ledit territoire.

La notion de « loi de police » est en revanche synonyme de la notion de « **loi d'application immédiate** ». La même idée est seulement présentée de façon différente dans chaque expression : tandis que la notion de loi de police renvoie plutôt à des considérations tenant à son contenu particulièrement contraignant, la notion de loi d'application immédiate fait mieux apparaître le fait que ladite loi s'impose sans considération pour les lois étrangères[1]. Ce qu'enseigne la notion de « loi d'application immédiate » est en effet que ce type de loi s'impose indépendamment du raisonnement en termes de règles de conflit. Autrement dit, la loi de police s'applique, non en réaction au caractère choquant de la loi étrangère normalement compétente en vertu de la règle de conflit, mais *avant* même la consultation de la loi étrangère. En vérité, l'existence d'une loi de police supprime même la nécessité de rechercher quelle est la règle de conflit applicable. Elle répudie, dans une certaine mesure, le droit international privé lui-même.

Le procédé des lois de police doit donc demeurer un procédé rare. Or, tout le problème vient du fait que les lois de police sont difficiles à repérer. Au contraire des règles de conflit unilatérales, qui fixent de façon claire le domaine d'application de la loi du for, les lois de police se présentent le plus souvent comme de banales dispositions de droit interne, et ce n'est qu'après leur promulgation que l'on se demande si elles sont ou non des lois de police. L'urgence d'une définition apparaît donc... et avec elle, l'extrême difficulté de l'entreprise. Le plus prudent est de retenir une définition floue, telle celle proposée par Phocion Francescakis[2] : les lois de police seraient des lois « **dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays** ».

---

1. La jurisprudence emploie aussi, indifféremment semble-t-il, l'expression de « règles d'application impérative ». Tel a été le cas, par exemple, pour les règles relatives à la protection de l'intégrité d'une oeuvre littéraire ou artistique et au droit moral de l'auteur (Cass. 1re civ., 28 mai 1991, *D.* 1993. 197, note Raynard; *JCP* 1991. II. 21731, note Françon; *Rev. crit. DIP* 1991. 752, note Gautier). On rencontre aussi en doctrine l'expression « règles d'application nécessaire » (P. Mayer, n° 120).

2. Rép. Dalloz dr. int. V° Conflits de lois (principes généraux), n° 137.

Cette définition est souvent critiquée. Pour certains, elle serait trop vague car, « dans les États modernes, toute loi tend pratiquement à garantir des intérêts économiques et sociaux »[1]. Tel est d'autant plus le cas, peut-on ajouter, dans le contexte d'un interventionnisme sans cesse croissant de l'État dans les domaines du droit privé. Mais en sens inverse, la définition serait trop étroite, car il existe des lois de police ayant pour objet la protection des individus, et non pas la sauvegarde d'une organisation globale. Tel est le cas des règles de protection des consommateurs[2]. Cette double critique de la définition ci-dessus pourrait la priver de pertinence. On peut toutefois estimer qu'elle ne fait que souligner l'impossibilité de donner de la loi de police une expression parfaite et synthétique.

Reste à savoir, dans l'optique du règlement d'un conflit international, s'il est possible au juge du for de reconnaître l'effet contraignant de lois de police étrangères.

2. Les lois de police étrangères

52 Le refus d'application des lois de police étrangères a longtemps été justifié par le principe de l'inapplicabilité des lois étrangères de droit public. Cette justification cède aujourd'hui devant le constat que les lois de police ne ressortissent plus, pour la plupart, au droit public. En outre, il paraît légitime de respecter autant que possible les objectifs jugés essentiels par le législateur étranger.

En pratique, des lois de police étrangères peuvent avoir prétention à régir une situation juridique dans différentes hypothèses. Lorsque la loi de police émane de l'État dont la loi est désignée par le jeu normal de la règle de conflit du for, il n'y a pas, le plus souvent, de problème particulier, car la loi de police s'applique en vertu de la règle de conflit. En revanche, il arrive que rentrent en concurrence la loi désignée par la règle de conflit et une loi de police émanant d'un autre ordre juridique. Tout le problème est alors de choisir entre les deux[3]. À ce jour, aucune directive de

---

1. Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1973-II, pp. 328-29.

2. Même si l'on peut toujours avancer que la protection du consommateur a un impact sur l'organisation économique dans son ensemble.

3. Faut-il vraiment choisir ? Un auteur a montré que, dans le domaine de la réglementation des offres publiques d'acquisition, il n'est pas impossible de procéder à l'application simultanée de plusieurs lois de police revendiquant leur compétence et poursuivant le même objectif. Il y a alors lieu à l'adaptation des lois de police en présence, et reconnaissance d'un « effet atténué des lois de police » (X. Boucobza, *L'acquisition internationale de société*, préf. Ph. Fouchard, LGDJ, Bibl. de Droit Privé, t. 301, 1998, spéc. n° 522 et s., 548 et s., 632 et s.).

principe n'est donnée au juge français en pareil cas[1]. Les juges autant que les diplomates demeurent en effet réticents à l'idée de consacrer une obligation — voire une simple faculté — pour le juge de for d'appliquer des dispositions qui poursuivent souvent un objectif purement politique tel que le gel des avoirs d'un État étranger dans les banques nationales ou l'embargo sur les exportations en direction d'un pays donné.

On a toutefois pu souhaiter l'érection en règle générale du mécanisme facultatif et souple instauré par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles[2]. Selon l'article 7 § 1 de ce texte : « lors de l'application (...) de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application ».

Ce texte appelle plusieurs observations. Dune part, il fait de l'application de la loi de police étrangère par le juge du for une simple faculté. D'autre part, il subordonne cette application à la réunion de deux critères : un critère objectif (l'existence de liens étroits avec le pays édictant la loi de police) et un critère subjectif (la loi de police doit, elle-même, « vouloir » s'appliquer au contrat). Enfin, la dernière phrase de l'article permet implicitement de laisser ouverte la porte du refus d'application de la loi de police étrangère si celle-ci n'était pas compatible avec l'ordre public du for.

On retrouve d'ailleurs cette primauté ultime des conceptions du for dans l'article 7 § 2 qui envisage l'hypothèse d'un conflit entre loi de police étrangère et loi de police du for. Il n'est pas surprenant que ce conflit soit résolu en faveur de la loi de police du for.

53 Malgré la réception partielle en droit positif de raisonnements à coloration unilatéraliste, le raisonnement conflictualiste savignien demeure le plus largement pratiqué. C'est en référence à lui que l'on doit à présent envisager les étapes du règlement du conflit de lois.

---

1. Aux Pays-Bas, le célèbre arrêt *Alnati* a cependant admis le principe de la prise en considération des lois de police étrangères (C. cass. Pays-Bas, 13 mai 1966, *Rev. crit. DIP* 1967. 522, note Struycken).

2. H. Batiffol et P. Lagarde, n° 254.

TITRE 2
LES ÉTAPES DU RÈGLEMENT DU CONFLIT DE LOIS

54 Le règlement bilatéraliste du conflit de lois suppose le franchissement de plusieurs étapes que nous avons déjà envisagées brièvement, mais qu'il convient à présent d'examiner en détail. Pour connaître la loi applicable à une question juridique, il faut ainsi passer l'épreuve de la qualification (chapitre 1) avant de rattacher la situation à un ordre juridique donné (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER
LA QUALIFICATION

55 Le mécanisme et les enjeux de la qualification peuvent être illustrés par un exemple. Supposons que deux Grecs orthodoxes se marient en France devant l'officier d'état civil. Aux yeux de la loi française, ce mariage est valable, car le droit français du mariage n'impose aucune cérémonie religieuse. En revanche, la loi grecque répute nulle cette union en l'absence de cérémonie religieuse. D'où la question : faut-il appliquer la loi française — en tant que loi applicable à la forme du mariage — ou la loi grecque — en tant que loi applicable au fond du mariage ? Pour y répondre, il faut donc se demander si le défaut de célébration religieuse viole (ou ne viole pas) une règle de fond ou une règle de forme.

Pour qualifier, il faut donc au préalable *identifier une question juridique* : la célébration religieuse est-elle nécessaire à la validité du mariage ? Il faut ensuite *ranger* cette question juridique, posée à l'occasion de l'espèce particulière, dans un bloc plus vaste de questions juridiques de même nature — questions de forme ou questions de fond. Ainsi la qualification consiste-t-elle à ranger la question de droit dans une catégorie, cette catégorie étant déterminée par la communauté de nature entre les différentes questions qui la composent.

La qualification ainsi opérée, une autre difficulté surgit : à quel ordre juridique convient-il de s'adresser pour identifier la catégorie pertinente dans laquelle va s'insérer la question dégagée dans l'espèce ? L'exemple pris ci-dessus illustre tout l'intérêt de la question : en droit grec, il ne fait aucun doute que le défaut de cérémonie religieuse affecte le fond du mariage ; en droit français, en revanche, la dimension civile ou religieuse de l'union matrimoniale est appréhendée comme une question de forme. Il

convient donc de savoir si la qualification doit être opérée au regard du droit français ou du droit grec.

Une fois résolu le problème du choix de l'ordre juridique devant opérer la qualification (section 1), il reste une dernière étape, qui consiste à trouver la bonne catégorie parmi toutes celles que connaît l'ordre juridique en question (section 2).

SECTION 1
LE CHOIX DE L'ORDRE JURIDIQUE DEVANT OPÉRER LA QUALIFICATION

56 Le choix de l'ordre juridique devant opérer la qualification ne pose problème qu'en présence d'un « **conflit de qualifications** », c'est-à-dire lorsque les systèmes juridiques en présence retiennent une qualification différente de la question juridique. Le problème et la résolution du conflit de qualifications doivent être exposés (§ 1) avant d'être discutés (§ 2).

§ 1 POSITION DU PROBLÈME ET PRINCIPE DE SOLUTION

57 On doit à **Bartin** d'avoir posé le problème à l'occasion d'une affaire célèbre, l'affaire *Bartholo*[1]. Dans cette affaire, deux conjoints anglo-maltais avaient émigré en Algérie, où le mari avait acquis des immeubles. Au décès de celui-ci, sa veuve avait réclamé sur ces immeubles un droit connu par la loi anglo-maltaise comme la « quarte du conjoint pauvre ». Tout le problème était alors de qualifier correctement la question posée par la prétention de la veuve. Soit on la rangeait dans le bloc des questions relatives au régime matrimonial, et la loi anglo-maltaise était désignée pour résoudre la question au profit de la veuve. Soit on la rangeait dans le bloc des questions successorales, et c'est la loi française qui était compétente comme loi du lieu de situation de l'immeuble, ce qui ne permettait pas à la veuve d'obtenir gain de cause. Le conflit de qualifications se posait donc avec acuité : quel ordre juridique

1. Cour d'appel d'Alger, 24 déc. 1889, *Grands arrêts*, n° 9.

— droit français ou droit anglo-maltais — devait donner la clé de la qualification[1] ?

Certains auteurs ont tenté d'échapper à la nécessité de choisir. C'est ainsi que **Rabel**, notamment, a proposé de supprimer purement et simplement le problème du conflit de qualifications en adoptant un système international de règles de conflit utilisant des catégories communes élaborées à partir de l'observation des différents systèmes juridiques[2]. Ce programme n'a cependant jamais été mené à bien en raison de la difficulté, non seulement d'accorder tous les violons, mais aussi d'interpréter de façon correcte les données du droit comparé.

Aussi le choix dut-il être fait, même s'il ne le fut pas dans l'arrêt *Bartholo*. Le principe ne fut affirmé que plus de soixante ans plus tard, à l'occasion de l'arrêt *Caraslanis* du 22 juin 1955[3] dans des circonstances proches de celles évoquées plus haut. Prenant parti entre qualification selon le droit grec ou selon le droit français, la Cour de cassation énonça que « la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond devait être tranchée par les juges français *suivant les conceptions du droit français* ». Le droit positif prend donc position en faveur de la qualification *lege fori*, par la loi du for.

§ 2 LA QUALIFICATION *LEGE FORI*

58 La qualification *lege fori* se justifie par plusieurs arguments dont tous ne sont pas d'égale valeur (A). Elle présente également certains inconvénients (B).

1. Un autre exemple classique — mais périmé — du conflit de qualifications est celui du Hollandais qui teste en France en la forme olographe. Le droit français considère que les questions posées par le caractère olographe du testament sont des questions de forme soumises à la loi du lieu de conclusion de l'acte, soit en l'espèce le droit français qui admet validité de ce type de testament. En revanche, le droit hollandais analyse les mêmes questions comme relevant des règles relatives au consentement, d'où l'inclusion dans le statut personnel. Le droit international privé hollandais conduit donc à la désignation de la loi hollandaise, qui annule ce type de testament.

2. E. Rabel, « Le problème de la qualification », *Rev. crit. DIP* 1933. 10.

3. *Grands arrêts*, n° 27.

A Les arguments en faveur de la qualification *lege fori*

59 On a tout d'abord pensé, à la suite de Bartin, que le respect de la souveraineté du for imposait de ne désigner une loi étrangère que si le droit du for lui-même rangeait le problème de droit dans une catégorie déclenchant l'application de la loi étrangère. Cet argument est cependant caduc depuis que le droit international privé n'est plus seulement envisagé comme l'expression d'un conflit de souverainetés.

L'argument en faveur de la qualification *lege fori* peut cependant être reformulé sous une forme plus objective. En réalité, dit-on alors, le conflit de qualifications n'existe pas. Tant que la loi étrangère n'a pas été désignée par la règle de conflit, on ne sait pas encore qu'elle est applicable... Il n'y a donc pas lieu, logiquement, de tenir compte de la qualification qu'elle-même retient puisque sa compétence est encore douteuse. Faire intervenir les vues de la loi étrangère dans le raisonnement créerait un « cercle vicieux ». L'argument est qualifié de « sophisme » par certains [1] : s'il est exact que la compétence juridique du droit étranger n'est pas établie au début du raisonnement, la compétence intellectuelle du système étranger à proposer une qualification existe au même titre que celle du système du for.

Pourtant, la réfutation de l'argument du cercle vicieux ne fait pas disparaître la pertinence du fondement ultime de la qualification *lege fori*. Ce fondement est que la qualification n'est autre qu'une interprétation par le juge du droit du for : la règle de conflit du for est en effet une règle de droit interne qu'il convient d'interpréter comme une autre règle interne, c'est-à-dire au regard de l'esprit de la législation du for. Or, il est indéniable que le système de catégories du for reflète la conception que celui-ci se fait de la répartition rationnelle des problèmes entre les différentes branches du droit. On ne voit donc pas pourquoi il faudrait y renoncer au motif qu'un autre système juridique aurait une approche différente de la même question. Au surplus, l'adage latin le dit bien : *ejus est interpretari cujus est condere*, il revient à celui qui édicte la règle de l'interpréter.

Si ces arguments ont emporté la conviction de la jurisprudence et de la majeure partie de la doctrine, ils ne suppriment cependant pas tous les défauts de la qualification *lege fori*.

1. B. Audit, n° 201.

B Les inconvénients de la qualification *lege fori*

60 Les partisans de la qualification *lege causae* — qualification par la loi étrangère — ont eu beau jeu de montrer que la qualification *lege fori* ne respecte pas le droit étranger dont elle conduit à rompre l'unité de fond. Par exemple, la qualification *lege fori* conduit le juge français, pour apprécier la validité du mariage civil conclu en France entre deux Grecs orthodoxes, à « dépecer » la loi grecque, puisque celle-ci ne sera interrogée que sur les questions que le droit *français* range dans les questions de fond. Ainsi y a-t-il de fortes chances pour que le mariage soit déclaré valable, alors que si l'on avait appliqué la loi grecque *dans son intégralité*, le mariage n'aurait produit aucun effet juridique.

Il convient toutefois de préciser, pour limiter la portée de cette argumentation, que la qualification *lege fori* ne supprime pas toute intervention de la loi étrangère. Une fois celle-ci désignée pour trancher le problème juridique, elle opère selon ses propres qualifications internes. Par exemple, si une loi étrangère est désignée pour trancher, en dehors de toute question successorale, un conflit sur un bien situé à l'étranger, elle devient du même coup compétente pour qualifier ce bien de meuble ou d'immeuble. C'est ce qu'on appelle depuis Bartin la **qualification « en sous-ordre »**.

Les principales difficultés de la qualification *lege fori* sont donc ailleurs. Ils tiennent au fait que le classement d'une question juridique dans les catégories du droit interne lui-même n'est pas si facile à réaliser.

SECTION 2
LE CHOIX DE LA CATÉGORIE INTERNE

61 Il existe dans notre droit international privé un nombre fini de catégories juridiques déclenchant la mise en œuvre de la règle de conflit. Il convient d'en donner un très bref aperçu (§ 1) avant de préciser les difficultés posées par le choix de la catégorie adéquate (§ 2).

§ 1 LES PRINCIPALES CATÉGORIES

62 Les principales catégories — sur lesquelles on reviendra beaucoup plus en détail à l'occasion de l'étude du droit spécial des conflits de lois[1] — sont les suivantes.

La première catégorie est le **statut personnel**. Cette catégorie recouvre l'ensemble des questions concernant la personne. En particulier, les problèmes juridiques surgissant au sujet du nom, du domicile, de la capacité, des relations familiales extra-patrimoniales, relèvent du statut personnel. Le statut personnel est en principe soumis à la loi nationale de l'intéressé. Ce rattachement comporte toutefois certains tempéraments : ainsi, les conditions de forme du mariage sont soumises à la loi du lieu de célébration de celui-ci.

La seconde catégorie est le **statut réel**. Elle recouvre notamment les questions intéressant les biens, les droits réels et les successions. Le statut réel est en principe rattaché à la loi du lieu de situation du bien objet du conflit.

La troisième catégorie regroupe les **contrats** et les **actes juridiques**. En relèvent les questions relatives à la validité et aux effets produits par eux. En principe, les contrats et les actes juridiques sont soumis à la loi choisie par les parties.

Enfin, la quatrième catégorie concerne les **délits et quasi-délits**. Ceux-ci sont rattachés à la loi du lieu de leur survenance.

Ces quelques points acquis, on pourra mieux cerner les difficultés posées par le choix.

§ 2 LES PROBLÈMES DE CHOIX

63 Le choix de la catégorie adéquate est difficile lorsque plusieurs catégories rentrent en conflit (A), ou lorsqu'aucune ne paraît capable d'appréhender la question de droit (B).

A Le conflit des catégories internes

64 Un exemple permettra de mieux comprendre pourquoi le conflit entre catégories possibles est un véritable problème. Supposons

1. Cf. *infra*, n° 128 et s.

ainsi qu'un étranger allègue devant le juge français que son consentement a été vicié lors de la conclusion d'un contrat international. Il convient alors de rechercher la loi qui va apprécier l'existence et l'effet juridique de ce vice. À cette fin, on se demandera au préalable si la question à résoudre relève plutôt du statut personnel ou de la matière contractuelle. La réponse n'est pas évidente d'emblée : s'il est exact que les problèmes liés aux vices du consentement affectent l'effet juridique du contrat et semblent militer en faveur de la loi du contrat, il est tout aussi vrai que les règles relatives au consentement ont pour objet la protection de la personne. Ainsi le rattachement à l'une ou l'autre des catégories peut-il être rationnellement justifié.

Il faut pourtant trancher et l'on distingue alors deux méthodes de raisonnement – non exclusives l'une de l'autre. La première consiste à rechercher quel est **l'esprit du droit interne.** Ainsi, concernant notre problème, on pourra tirer argument du fait que le Code civil traite les vices du consentement en même temps que les contrats, et non dans la partie qu'il consacre aux personnes. Cela tend à démontrer qu'il envisage l'effet des vices du consentement comme une question de droit des contrats. De façon générale, l'analyse du droit interne peut donc permettre de déceler la fonction essentielle des règles juridiques en cause.

Une seconde voie consiste à replacer le conflit des catégories internes dans une perspective internationale. Ainsi, dans le cas qui nous intéresse, il peut être opportun de se demander si l'analyse de l'effet du vice du consentement en termes de statut personnel respecte **l'esprit de la règle de conflit** qui rattache le statut personnel à la loi nationale. L'esprit de cette règle de conflit, en effet, consiste à garantir à l'individu la continuité des éléments stables de son statut individuel et social au-delà des frontières. Or, il est manifeste qu'un problème de vice du consentement n'a rien à voir avec le statut permanent de la personne. Il n'est qu'un événement contingent de la vie de celle-ci. Dès lors, il n'existe pas de motif décisif d'appliquer à la résolution juridique de ce problème une règle qui répond à de toutes autres préoccupations.

Le conflit de catégories peut donc être résolu par une analyse, tant de l'esprit du droit interne applicable au problème juridique en cause, que de l'esprit des règles de conflit elles-mêmes. Il reste à envisager une dernière difficulté, qui se présente parfois lorsqu'aucune catégorie du droit interne ne paraît apte à recevoir la question de droit posée.

B L'insuffisance des catégories internes

65 Le rappel de l'affaire *Bartholo* illustre la difficulté de l'insuffisance des catégories internes. On se souvient que dans cette affaire, la veuve demandait à bénéficier de la « quarte du conjoint pauvre » prévue par le droit anglo-maltais. Il convenait donc de savoir si les règles juridiques allant en ce sens relevaient des régimes matrimoniaux ou des successions. Or, de telles règles juridiques sont totalement inconnues du droit français. La rigueur imposerait donc de conclure que la question ne relève, à proprement parler, ni de la matière successorale, ni de la matière matrimoniale.

Il faut pourtant qualifier puisque le juge a l'obligation de trancher (art. 4 C. civ.). À cette fin, il doit **élargir les catégories internes du for pour les adapter à la spécificité de la question posée**. Cet élargissement se fait au moyen d'une analyse de l'essence du problème de droit qui lui est soumis. Lorsque le contenu d'une loi étrangère est fondamental pour comprendre la question de droit posée, il faut procéder à une analyse préalable de la loi étrangère. Cela signifie, pour reprendre l'exemple tiré de l'affaire Bartholo, que *le juge devait analyser le contenu de la loi maltaise pour qualifier le problème juridique selon le droit français*. C'est donc sur la base de l'étude de la nature de la quarte du conjoint pauvre *en droit maltais* que la Cour d'appel d'Alger put qualifier, *en droit français*, la quarte d'institution matrimoniale.

Plus généralement, l'élargissement de la catégorie interne suppose que le juge prenne une certaine distance envers son propre droit, et se demande quels sont les éléments structurels des situations prévues par ses catégories. C'est ainsi qu'il pourra qualifier de « mariage » une union polygamique, même si celle-ci n'existe pas en droit français. L'élargissement de la catégorie du for n'est cependant pas sans limites. Il n'est légitime que si l'institution étrangère dont la qualification est nécessaire présente au moins un « noyau » commun avec la catégorie du for. Pour Batiffol, ce noyau commun doit être recherché dans les fonctions qu'assument les différentes institutions au sein de leurs systèmes respectifs : clairement, le mariage monogamique et le mariage polygamique ont au moins ceci en commun, qu'ils constituent une modalité officielle d'union entre personnes de sexe opposé en vue de fonder un foyer. Au-delà de cet exemple, l'adaptation des catégories du for présuppose que toutes les civilisations ont, au-delà de leurs différences, des problèmes communs à résoudre

— ce qu'avait bien vu Rabel, dont l'apport indirect peut ici être remarqué.

Au terme de ce raisonnement, il apparaît donc que les catégories du droit international privé sont nécessairement différentes des catégories du droit purement interne. En ce sens, le droit international privé possède une indiscutable autonomie.

CHAPITRE 2
LE RATTACHEMENT

66 La seconde étape du règlement du conflit de lois consiste à rattacher le problème de droit à un ordre juridique donné. L'existence du rattachement ne pose pas problème en présence d'une règle bilatérale classique : une fois classée dans une catégorie du droit international privé du for, la question de droit est automatiquement soumise, grâce à l'élément de rattachement correspondant à cette catégorie, à un ordre juridique donné.

Tel est du moins le principe. On peut néanmoins distinguer trois facteurs de complication : le conflit entre plusieurs rattachements (section 1), l'évolution du facteur de rattachement (section 2) et le problème du rattachement des questions préalables à la question principale faisant l'objet du litige (section 3).

SECTION 1
LE CONFLIT DE RATTACHEMENTS

67 Il existe deux types de conflits de rattachement. Le **conflit positif** a lieu lorsque plusieurs systèmes juridiques, en raison du rattachement adopté par leur règle de conflit, se considèrent compétents pour appréhender une situation situation. Par exemple, le droit international privé italien soumet à la loi italienne la succession mobilière d'un Italien domicilié en France, tandis que le droit international privé française désigne la loi française. Ce conflit positif ne pose pas de problème particulier. Le juge français n'a pas de raison de renoncer à appliquer sa règle de conflit au motif que le juge italien ne doit pas appliquer la même.

Le second type de conflit de rattachements, le **conflit négatif**, pose des difficultés beaucoup plus sérieuses. Il y a conflit négatif de rattachements lorsqu'aucun des systèmes juridiques en conflit ne retient sa compétence pour trancher le problème de droit en cause. Ce conflit survient lorsque le système étranger désigné par la règle de conflit donne compétence à une autre loi que la sienne parce qu'il ne retient pas le même facteur de rattachement pour la même catégorie juridique.

Soit par exemple le cas d'un Anglais domicilié en France, dont le statut personnel est en cause. Le droit international privé français rattache le statut personnel à la loi nationale, donc à la loi anglaise. Mais le droit anglais ainsi désigné, lui, rattache le statut personnel à la loi du domicile. Le droit anglais refuse donc sa propre compétence et renvoie le problème au droit français. D'où la question : le juge français doit-il tenir compte du droit international privé anglais dans l'application de la règle de conflit française, ou doit-il s'en tenir à l'application du droit anglais matériel ? En termes plus théoriques : faut-il admettre le **renvoi** opéré par le droit anglais au droit français ?

Cette question a été fort discutée[1]. On commencera néanmoins par fixer les idées en examinant l'étendue de l'admission du renvoi en droit positif (§ 1), avant d'évoquer les termes du débat (§ 2).

§ 1 LE RENVOI EN DROIT POSITIF

68 Il existe deux types de renvoi. Il y a renvoi au premier degré lorsque la loi désignée par la règle de conflit française renvoie à la loi du for. Il y a renvoi au second degré lorsque la loi désignée par la règle de conflit française renvoie à une autre loi que celle du for. Le renvoi au premier degré (A) est accepté plus largement que le renvoi au second degré (B).

A Le renvoi au premier degré

69 Le renvoi au premier degré est en principe admis (1), mais il existe des exceptions (2).

1. J. Derruppé, « Plaidoyer pour le renvoi », *Trav. com. fr. DIP* 1964-1966, p. 181 ; J. Foyer, « Requiem pour le renvoi », *Trav. com. fr. DIP* 1980-1981, p. 105 ; Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958 ; Lewald, « La théorie du renvoi », *RCADI* 1929. IV. 515 (t. 29).

1. L'admission de principe

70 L'admission par la Cour de cassation du renvoi au premier degré eut lieu dans l'affaire ***Forgo***[1], « probablement la plus connue du droit international privé français »[2]. En l'espèce, un Bavarois domicilié de fait en France y était décédé et y laissait une succession mobilière. Le droit international privé français donnait compétence à la loi bavaroise. Or, celle-ci retenait comme rattachement le domicile de fait et renvoyait donc à la loi française. Ce qu'admit la Cour.

Le principe de l'admission du renvoi n'a, depuis lors, pas été remis en cause. Il a été réaffirmé plusieurs fois — parfois sous l'empire de règles de conflit aujourd'hui caduques — à l'occasion de l'application des règles de conflit en matière de successions mobilières[3] ou immobilières, de divorce d'époux de nationalité étrangère établis en France[4], de filiation[5].

Il existe cependant des domaines dans lesquels le renvoi ne joue pas.

2. Le refus exceptionnel du renvoi

71 Certaines règles de conflit désignent le contenu substantiel de la loi étrangère, et non le droit international privé étranger. Le renvoi est ainsi exclus lorsque les parties jouissent de la faculté de choisir librement la loi applicable. Il est alors présumé qu'elles ont voulu désigner le seul droit substantiel étranger, à l'exclusion des règles de conflit de lois. La Cour de cassation a du moins retenu cet argument pour écarter le jeu du renvoi en matière de régime matrimonial, où le droit français autorise les époux à choisir la loi applicable[6]. Plus généralement, elle a affirmé que « **la mise en œuvre de la loi d'autonomie de la volonté est exclusive de tout**

---

1. Cass. civ., 24 juin 1878, *Grands arrêts*, n° 7. Confirmé par Cass. req. 22 févr. 1882, *Grands arrêts*, n° 8.

2. B. Ancel et Y. Lequette, obs. sous l'arrêt Forgo, *Grands arrêts*, p. 54, n° 1.

3. Req. 9 mars 1910, *Soulié*, *DP* 1912. 1. 162, rapp. Denis; *S.* 1913. 1. 105; *JDI* 1910.888.

4. Cass. civ., 10 mai 1939, *Birchall*, *S.* 1942. 1. 173, note Niboyet; *Rev. crit. DIP* 1939. 472.

5. Cass. civ., 8 déc. 1953, *Sommer*, *Rev. crit. DIP* 1955. 133. La jurisprudence est plus réservée, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972, sur l'admission du renvoi. On le reverra plus loin (*infra*, n° 188).

6. Cass. 1re civ., 27 janv. 1969, *Lardans*, *Rev. crit. DIP* 1969. 711, note Derruppé; *JCP* 1970. II. 16407 note J. Foyer; Cass. 1re civ., 1er févr. 1972, *Gouthertz*, *Grands arrêts*, n° 51; Cass. 1re civ., 24 janv. 1984, *Mari-Magni*, *JDI* 1984. 868, note Derruppé.

renvoi »[1]. Ce qui vaut pour le régime matrimonial vaut donc pour les contrats de façon plus générale[2].

Il convient également de noter que le renvoi est exclu, y compris lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable à leurs relations. Cette solution s'explique par le fait que la localisation du contrat en pareil cas s'opère, ainsi qu'on le reverra plus précisément[3], selon le critère de proximité *matérielle* entre la situation et l'ordre juridique désigné par la règle de conflit. Partant, il ne serait pas cohérent d'autoriser la loi qui présente *in concreto* les liens les plus étroits avec la situation à refuser sa propre compétence.

Le renvoi paraît également exclus dans l'application des règles de conflit à **rattachements alternatifs**. Ce point sera toutefois développé plus amplement en temps utile[4]. Il importe surtout, à ce stade, de faire le point sur l'admission du renvoi en droit positif en passant au renvoi au second degré.

B Le renvoi au second degré

72 Le renvoi au second degré signifie que la loi désignée par la règle de conflit du for renvoie à une loi tierce qui se considère compétente. Ainsi, par exemple, le statut personnel d'un Anglais domicilié au Danemark est soumis, selon le droit international privé français, à sa loi nationale. Au premier degré, la loi anglaise est donc compétente. Mais la loi anglaise retient pour le statut personnel le rattachement du domicile. Elle renvoie donc, au second degré, à la loi danoise. Celle-ci accepte sa compétence en se désignant comme loi du domicile.

Que se passerait-il si la loi danoise renvoyait elle-même à une autre loi ? La question pourrait se démultiplier, et le renvoi pourrait jouer au *n*-ième degré. Le risque est cependant plus théorique que réel, car le nombre de systèmes régissant une situation juridique est toujours en nombre limité.

Plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont donc admis le renvoi au second degré au vu du « caractère en principe obligatoire du renvoi fait par la loi nationale d'un étranger à la loi d'un autre État

1. L'exclusion du renvoi est confirmée par la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
2. Cf. *infra*, n° 238.
3. Cf. *infra*, n° 188.
4. Cass. 1re civ., 11 mars 1997, *D.* 1998. 406, note Agostini ; *Rev. crit. DIP* 1997. 702, note B. Ancel ; *JDI* 1997. 789, note Santa-Croce.

pouvant être le cas échéant la législation française »[1]. La Cour d'appel de Paris a également rendu deux arrêts en ce sens en matière de statut des sociétés : la règle de conflit française désignait en l'occurrence la loi du siège réel de la société, laquelle renvoyait au second degré à la loi du siège statutaire[2].

Si le renvoi est ainsi largement admis en droit positif, les controverses théoriques qui ont animé les auteurs à son sujet sont d'une rare vigueur.

§ 2 LA CONTROVERSE SUR LE RENVOI

73 La question de l'admission ou du refus du renvoi n'est pas de pure technique juridique. Elle fait intervenir toute conception d'ensemble du droit international privé, ce qui explique que les auteurs se soient opposés avec passion sur ce terrain. On verra tout d'abord les thèses développées par les auteurs hostiles au renvoi (A) puis celles de leurs contradicteurs (B).

A Les thèses hostiles au renvoi

74 Ici comme en matière de qualification, les successeurs de Bartin ont eu tendance à envisager le renvoi en termes de conflits de souveraineté. L'hostilité au renvoi se fonde alors sur l'idée que l'État français ne peut abdiquer sa souveraineté en cédant devant les règles de conflit d'un État étranger. L'idée de Bartin était pourtant plus fine car, à ses yeux, le problème du renvoi n'a tout simplement pas à se poser : une fois la loi étrangère désignée, le conflit de lois doit être considéré comme réglé de façon définitive, et il n'y a pas de raison de réouvrir le débat à son sujet.

L'argumentation n'a cependant pas convaincu. Bien plus, l'idée de respect de la souveraineté est à double tranchant : si le respect de la souveraineté française peut certes expliquer que le règlement français du conflit de lois ait un caractère définitif, l'impératif de

1. Cass. civ., 7 mars 1938, *Marchi della Costa*, *Grands arrêts*, n° 16. Confirmation par Cass. 1re civ., 15 mai 1963, *Patiño*, *Grands arrêts*, n° 38; Cass. 1re civ., 15 juin 1982, *Zagha*, *D.* 1983. IR 151, obs. Audit; *D.* 1983. 431, note Agostini; *Rev. crit. DIP* 1983. 300, note Bischoff; *JDI* 1983. 595, note Lehman.

2. Paris, 19 mars 1965, *Banque Ottomane*, *JDI* 1966. 118, note Goldman; *Rev. crit. DIP* 1967. 85, note Lagarde; dans la même affaire, Paris, 3 oct. 1984, *Rev. crit. DIP* 1985. 526, note Synvet; *JDI* 1986. 156, note Goldman.

respect du souverain *étranger* peut, en sens inverse... *justifier* le renvoi. On a là une justification du renvoi à coloration unilatéraliste, selon laquelle le renvoi se justifie par l'idée que l'on ne doit pas appliquer une loi étrangère alors que celle-ci refuse sa propre compétence.

Le débat est désormais tranché à la racine par la Cour de cassation. Celle-ci considère en effet 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 »[1]. Elle donne ainsi gain de cause, dans une optique bilatéraliste, aux auteurs favorables au renvoi.

B Les thèses favorables au renvoi

75 L'intérêt pratique du renvoi n'est pas négligeable. Lorsque la loi étrangère renvoie au juge saisi, celui-ci est bien heureux d'appliquer sa propre loi plutôt que celle d'un État étranger. Au-delà de l'intérêt du juge, c'est l'intérêt des parties qui se trouve respecté, puisque celles-ci ont la garantie que le juge du for tranchera selon les mêmes règles que celles qui auraient été appliquées dans le pays qui opère le renvoi, ce qui peut favoriser la circulation internationale des décisions. C'est enfin la sécurité juridique qui y gagne car l'application du droit français par les juges est contrôlée par la Cour de cassation.

La seule considération de l'opportunité ne suffit cependant pas à fonder en théorie l'admission du renvoi. D'où le développement de deux conceptions du renvoi qu'il faut à présent expliquer : le renvoi-règlement subsidiaire (1) et le renvoi-coordination (2).

1. Le renvoi-règlement subsidiaire

76 L'analyse du renvoi comme un mécanisme de règlement subsidiaire du conflit de lois a été faite par **Lerebours-Pigeonnière**[2], et recueille encore l'assentiment de certains auteurs[3]. Elle repose sur l'idée que le refus de la loi étrangère désignée de se déclarer compétente traduit une imperfection de la règle de conflit du for. Plus précisément, ce refus de compétence oblige le for à élaborer une nouvelle règle de conflit que l'on peut qualifier de subsidiaire en ce qu'elle ne joue que si le système désigné par la règle de conflit ordinaire refuse sa compétence. Cette nouvelle règle de conflit doit

1. Arrêt *Soulié* du 9 mars 1910, préc. *supra*, n° 70.
2. « Observations sur la question du renvoi », *JDI* 1924. 877.
3. Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 207.

alors tenir compte du rattachement retenu par le droit étranger. Mieux, elle doit adopter le rattachement en question afin que l'harmonie internationale des solutions soit parfaite.

La thèse du renvoi règlement subsidiaire est intéressante car elle met en évidence la souplesse nécessaire du rattachement du problème juridique. Dans cette perspective, le rattachement de la règle de conflit ordinaire s'analyse comme une simple préférence du for pouvant être écartée en cas de besoin. Cette thèse souffre toutefois d'une faiblesse théorique considérable car elle ne permet pas de fixer à l'avance quel sera le rattachement subsidiaire retenu en cas de renvoi. Dans l'optique de Lerebours-Pigeonnière, le nouveau rattachement se fixe au cas par cas, à la seule fin de respecter celui prévu par le droit étranger.

On a donc pu préférer, à l'instar de **Niboyet**, affirmer que le retour à la compétence du droit français procède de l'ordre public parce que celui-ci s'oppose à ce qu'une situation juridique possédant quelque attache avec la France demeure sans réglementation. La solution est plus franche, en ce qu'elle donne une faveur de principe à la loi française en cas de refus de compétence opposé par le droit étranger. Inspirée par le caractère politique du droit international privé français, elle suscite toutefois trois observations : tout d'abord, elle ne permet plus vraiment de parler de « renvoi », puisqu'elle ne s'attache en réalité qu'au refus de compétence du droit étranger sans souci de respecter plus avant les règles de conflit de celui-ci ; ensuite, cette thèse traduit une indifférence certaine à l'égard de l'harmonie internationale des solutions ; enfin, elle risque de faire régir une situation juridique par la loi française alors que celle-ci peut n'entretenir avec ladite situation que des liens très ténus. Ces observations expliquent le succès de la thèse du renvoi-coordination.

2. Le renvoi-coordination

77 La thèse du renvoi-coordination, développée par Batiffol, repose sur l'idée que le renvoi procède de la règle de conflit française elle-même, laquelle prévoit l'éventualité de sa coordination avec les règles de conflit de l'ordre juridique étranger désigné. Le renvoi est en quelque sorte prévu d'avance par *notre* règle de conflit. Il n'y a donc pas d'atteinte à la souveraineté du for.

Le fait que l'admission du renvoi soit inhérente à notre règle de conflit n'aboutit cependant pas à nier le caractère étranger de la règle de conflit étrangère... Ce constat d'apparent bon sens débouche sur le principe selon lequel l'interprétation de la règle de

renvoi échappe au contrôle de la Cour de cassation. Ce principe a été consacré par la Cour dans l'arrêt *de Marchi* précité[1].

Plus généralement, la thèse du renvoi-coordination est la seule qui rende vraiment compte de la jurisprudence. Elle est notamment la seule à expliquer parfaitement le renvoi au second degré, en tant que celui-ci constitue le « branchement » de la règle de conflit française et de la règle de conflit étrangère. Elle est aussi la plus apte à expliquer le mécanisme du renvoi qui se produit lorsque notre règle de conflit désigne un droit étranger non unifié : l'idée de coordination permet en effet d'expliquer qu'il incombe à la règle de conflit étrangère de trancher le conflit de lois internes.

L'admission du renvoi-coordination paraît également imposer certaines conséquences dépassant le seul problème du conflit négatif de rattachements. Si l'on considère en effet que la règle de conflit du for désigne le droit substantiel étranger et le droit international privé étranger, cela signifie qu'il donne également compétence aux règles de qualification étrangères. Or, il se peut que la qualification du problème de droit à l'étranger diffère de la nôtre... Auquel cas le juge du for devra tenir compte, pour opérer le renvoi, de la *qualification étrangère et de l'élément de rattachement retenu pour cette qualification* par le droit international privé étranger. On est alors en présence d'un **renvoi de qualifications**[2].

78 ***Conclusion sur le renvoi.*** La diversité des justifications possibles du renvoi illustre à la perfection les multiples conceptions de la règle de conflit elle-même. Il semble donc logique que l'évolution contemporaine des méthodes du droit international privé se répercute également sur le terrain du renvoi. Certains plaident ainsi en faveur du développement d'un **renvoi « sélectif »** échappant à la logique du choix entre admission systématique ou refus catégorique[3]. L'idée consisterait à n'admettre le renvoi qu'en certaines matières, et en considération de l'objectif poursuivi par la règle de conflit.

---

1. *Supra*, n° 72.

2. Le renvoi de qualifications diffère du conflit de qualifications. En effet, le conflit de qualifications se solde toujours par l'application de l'élément de rattachement *du for* car il est préalable à la mise en jeu de la règle de conflit du for. Au contraire, le renvoi de qualifications fait jouer l'élément de rattachement prévu par la règle de conflit du système désigné en premier lieu par la règle de conflit du for. Sur le sujet, cf. Y. Lequette, « Le renvoi de qualifications », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 249.

3. B. Audit, n° 221. L'idée est solidaire du caractère « fonctionnel » de la règle de conflit, selon le titre du Cours délivré par cet auteur, *RCADI* 1984-III, p. 223, t. 186.

Ce système existe déjà partiellement en droit positif, puisque nous avons vu que le renvoi est exclus lorsqu'il est légitime de présumer que les parties ont entendu désigner le droit interne applicable ou lorsque la localisation de la situation a eu lieu en raison de la proximité concrète avec un certain ordre juridique. À l'heure où les règles de conflit à coloration matérielle se développent, il est cependant concevable d'étendre le raisonnement en faisant intervenir des considérations tenant au droit substantiel auquel il est renvoyé. Pour n'en donner qu'un exemple, on pourrait n'admettre le renvoi opéré par la loi applicable à la forme d'un acte juridique que s'il conduisait effectivement à la validité de l'acte en cause. La règle de conflit qui désigne, pour la forme des actes, la loi du lieu de conclusion de ceux-ci, est en effet justifiée par un souci de commodité et de sécurité juridique pour les parties. Il ne serait donc pas cohérent, au vu de l'esprit de la règle de conflit, d'autoriser le renvoi vers une loi le plus souvent inconnue des parties et conduisant à priver d'effet l'acte en cause. Inversement, le renvoi pourrait être admis s'il conduisait à le valider. Dans le même ordre d'idées, le renvoi en matière d'établissement judiciaire de la filiation pourrait n'être admis qu'en cas de désignation d'une loi permettant l'établissement de la filiation.

SECTION 2
L'ÉVOLUTION DU RATTACHEMENT

79 L'élément de rattachement retenu par une règle de conflit peut se modifier avec le temps. C'est ce qu'on appelle depuis Bartin le « **conflit mobile** ». Tel est le cas, par exemple, lorsque la personne dont le statut personnel est en cause a changé de nationalité, de domicile ou de résidence habituelle. De même, le lieu de situation d'un bien peut avoir été modifié en raison du transport de ce bien. Dans de telles circonstances, on voit donc qu'une situation juridique peut se trouver soumise successivement à des lois différentes en raison du changement de son élément de rattachement. Il convient donc de choisir *le moment auquel on apprécie l'élément de rattachement* prévu par la règle de conflit.

Le conflit mobile suscite d'importants problèmes en pratique. La mutabilité des facteurs de rattachement peut en effet servir les intérêts de celui qui, pour se dérober à l'application d'une loi

donnée, change volontairement l'élément de rattachement. En outre, l'évolution du rattachement est de nature à porter atteinte à la sécurité juridique. Les créanciers d'un pays, par exemple, peuvent redouter qu'un meuble sur lequel ils ont obtenu une sûreté dans leur pays ne soit déplacé dans un autre pays. Aussi la résolution du conflit mobile est-elle lourde d'enjeux.

Trois méthodes de résolution du conflit mobile peuvent être successivement envisagées : l'application de la « théorie des droits acquis » (§ 1), l'application des règles internes relatives au conflit de lois dans le temps (§ 2) et l'interprétation au cas par cas de la règle de conflit en cause (§ 3).

§ 1 L'APPLICATION DE LA THÉORIE DES DROITS ACQUIS

80 La théorie des droits acquis doit être brièvement expliquée (A) pour que soit comprise son application en matière de conflit mobile (A).

A Le contenu de la théorie des droits acquis

81 La théorie des droits acquis — *vested rights* en anglais — remonte à l'école hollandaise du XVIIe siècle et a connu une réception importante dans la doctrine anglo-américaine [1]. Elle signifie que chaque souverain doit respecter les droits acquis sur le territoire d'un autre. Ce respect, dû en vertu de la courtoisie internationale, est en quelque sorte la contrepartie de la possibilité pour chaque souverain d'appliquer pleinement sa loi sur son propre territoire. Il présente l'avantage, dans une optique territorialiste, d'assimiler le respect de la situation créée à l'étranger au respect d'un simple *fait*, et non à l'application de *la loi étrangère* proprement dite.

La théorie des droits acquis a connu un relatif succès dans la doctrine française du XIXe siècle, et a encore été défendue par Niboyet. Elle a également reçu une consécration très limitée en jurisprudence à l'occasion de ce qu'on appelle les « conflits de systèmes dans le temps ». Dans un arrêt *Banque Ottomane* du 19 mars 1965 [2], la Cour d'appel de Paris s'est en effet fondée sur

1. À ce sujet, cf. H. MUIR WATT, « Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit. DIP* 1986. 425.
2. *Rev. crit. DIP* 1967. 85, note P. Lagarde ; *JDI* 1966. 118, note Goldman.

la théorie des droits acquis pour refuser de faire application de la règle de conflit française à la question de la validité de résolutions prises en Turquie par l'Assemblée générale d'une société. Selon la Cour, « le système de conflit du for n'a pas à intervenir à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucune attache avec le for »[1]. Elle en a déduit que le « fait » de la validité des résolutions votées en Turquies imposait leur reconnaissance en France.

La théorie des conflits de systèmes dans le temps n'a cependant pas été reprise depuis lors. Il est vrai que, du point de vue théorique, la théorie des droits acquis semble passer trop rapidement sur la nécessité, pour reconnaître une situation créée à l'étranger, d'apprécier la validité juridique de cette situation. Ainsi le prétendu « fait » qu'il s'agit de reconnaître doit-il toujours être soumis à la loi applicable à la situation en cause.

La théorie des droits acquis a cependant eu suffisamment d'audience pour inspirer une tentative de résolution du conflit mobile.

B L'application de la théorie des droits acquis à la résolution du conflit mobile

82 On trouve chez Pillet les développements les plus substantiels sur la résolution du conflit mobile par la théorie des droits acquis. Supposons par exemple qu'une sûreté ait été constituée en Allemagne sur un meuble par la suite déplacé en France. Le juge français, devant appliquer la loi de situation du bien, devra donc appliquer la loi allemande parce que le droit réel du créancier est né au moment où le bien se trouvait encore en Allemagne et qu'il convient de reconnaître ce droit.

Cette théorie se recommande de la sécurité juridique et de la stabilité des droits dans l'ordre international. Elle souffre cependant de certaines imperfections. Tout d'abord, elle maintient le traitement de la situation juridique dans la dépendance d'un état de fait passé, ce qui a potentiellement pour effet de la soumettre à un ordre juridique qui peut avoir perdu toute pertinence à s'appliquer. En outre, elle ne garantit la sécurité juridique qu'au profit de certaines personnes : les titulaires des droits constitués sous

1. Le problème des conflits de systèmes est apparu en pleine lumière à l'occasion de la solution audacieuse de l'arrêt *Machet* rendu par la Cour d'appel de Rabat le 24 oct. 1950 (*Grands arrêts*, n° 23). L'arrêt s'était fondé sur une règle de conflit étrangère en estimant que la règle de conflit du for, applicable aux seules situations juridiques nées sur son territoire, ne peut régir des situations déjà nées et acquises dans un autre pays.

l'empire de la loi applicable en vertu de l'ancien rattachement. Mais elle ne protège nullement la sécurité des relations entre l'intéressé et les personnes qui sont entrées en relation avec lui postérieurement à la modification du rattachement. Or, ces personnes — le nouveau créancier français bénéficiaire d'une sûreté réelle, par exemple — ignorent le plus souvent l'existence de la situation passée[1].

Une deuxième tentative de résolution du conflit mobile a donc été proposée.

§ 2 L'APPLICATION DES RÈGLES INTERNES DE CONFLIT DE LOIS DANS LE TEMPS

83 Cette seconde théorie entend exploiter juridiquement l'analogie entre le conflit mobile et le conflit de lois dans le temps. Il est exact, en effet, que le conflit mobile fait naître un conflit entre lois successives. Il existe, par exemple, un conflit entre la loi allemande (loi « ancienne ») et la loi française (loi « nouvelle ») au sujet de la détermination des droits des créanciers sur le bien objet de la sûreté. On pourrait donc appliquer au conflit entre ces lois les principes de droit transitoire connus par notre droit interne : application immédiate de la loi nouvelle, c'est-à-dire application de celle-ci aux situations juridiques constituées après son entrée en vigueur et aux effets non encore produits par la situation juridique née antérieurement; non-rétroactivité de la loi nouvelle, c'est-à-dire soumission à la loi ancienne des conditions de formation et des effets passés des situations juridiques constituées sous son empire; enfin survie de la loi ancienne pour les actes juridiques, c'est-à-dire soumission à la loi ancienne de leurs conditions de formation et de l'intégralité de leurs effets.

Cette théorie paraît satisfaisante sous l'angle des droits subjectifs qui peuvent effectivement se trouver soumis à l'une ou l'autre loi de la même façon qu'un droit controversé peut être soumis à deux lois internes se suivant dans le temps. Elle est pourtant accusée de sous-estimer le caractère international du conflit dont la spécificité est double. D'abord, les deux lois en conflit devant le juge ne sont pas « ancienne » et « nouvelles » puisqu'elles demeurent simultanément en vigueur. L'analogie avec le conflit

1. Pour la résolution du problème, cf. *infra*, n° 204 et s.

de lois dans le temps est donc plus apparente que réelle. Ensuite, les deux lois en conflit n'émanent pas du même législateur, contrairement aux lois successives dans l'ordre interne. Ce constat est d'importance car, dans l'ordre interne, l'abrogation volontaire de la loi ancienne par le législateur permet de justifier la priorité de principe conférée à la loi nouvelle. Pareille justification ne peut être donnée lorsqu'on envisage le conflit entre deux lois émanant d'États différents.

C'est pourquoi la seconde tentative de règlement du conflit mobile cède la place, chez la plupart des auteurs, à une troisième méthode moins ambitieuse fondée sur l'interprétation de la règle de conflit concernée.

§ 3 L'INTERPRÉTATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

84 La critique des deux premières méthodes de résolution du conflit mobile a ramené les ambitions à des niveaux plus modestes. C'est ainsi que prévaut largement aujourd'hui l'idée selon laquelle il n'y aurait pas de solution générale digne de s'imposer à tous les conflits mobiles. Bien plutôt, il conviendrait de rechercher dans l'interprétation de chaque règle de conflit la solution à la difficulté posée par l'évolution du point de rattachement.

Le moment pertinent de rattachement d'un meuble, par exemple, dépend de l'objectif poursuivi par la règle de conflit applicable au statut réel mobilier. Si la justification du rattachement du meuble au lieu de sa situation est avant tout de protéger l'apparence, on est tenté de faire prévaloir la situation actuelle du meuble. Parfois même, une approche plus fine s'impose : le rattachement du statut personnel à la nationalité, par exemple, a pour objectif la permanence du traitement juridique de l'individu, ce qui milite en faveur de l'appréciation de la nationalité au jour où la situation juridique en cause a pris naissance ; en sens inverse, toutefois, le souci d'effectivité impose de se référer au rattachement actuel, du moins lorsqu'une durée très longue s'est écoulée depuis la constitution de la situation juridique.

Cette méthode est peut-être plus satisfaisante sur le plan théorique que la précédente. On ne peut toutefois nier qu'elle laisse planer sur la résolution du conflit mobile une certaine incertitude,

même si elle ne paraît pas conduire à des résultats fondamentalement différents des précédentes.

SECTION 3
LE RATTACHEMENT DES QUESTIONS PRÉALABLES

85 Le dernier facteur de complication du mécanisme de rattachement est le rattachement des questions dites « **préalables** ». La question préalable est celle qu'il faut logiquement résoudre avant de résoudre la question principale. Par exemple, pour savoir si une personne a droit à la succession d'une autre, il faut bien sûr consulter le droit successoral du pays désigné par la règle de conflit applicable aux successions, mais il faut commencer par vérifier que la personne a bien la qualité de successeur : époux, descendant, collatéral privilégié, etc. Se pose alors la question de déterminer la loi qui doit résoudre la question préalable : est-ce, comme à l'ordinaire, la loi désignée par la règle de conflit du for applicable à la question préalable elle-même ? ou est-ce plutôt la loi désignée par la *règle de conflit du pays dont la loi a été déclarée applicable pour régler la question principale* ? Le problème est en somme de choisir entre le droit international privé du for et le droit international privé de l'État dont la loi matérielle régit la question principale.

La question a divisé les auteurs. Pour les partisans de la « théorie des questions préalables », il appartient au système juridique applicable à la question principale de régler par la même occasion la question préalable. En faveur de cette conclusion, on invoque l'idée qu'il faut respecter l'unité du système appelé à trancher la question principale : le droit applicable à la dévolution successorale doit naturellement désigner la loi qui dira quels sont les héritiers.

La théorie des questions préalables a cependant été fortement critiquée. On lui a notamment reproché de faire dépendre le règlement d'une question donnée de son caractère principal ou préalable, ce qui n'est pas satisfaisant. Si l'on admet en effet la théorie des questions préalables, la filiation doit être soumise, tantôt à la règle de conflit du for (lorsque la filiation est la question principale), tantôt à la règle de conflit du système juridique devant régler la question principale (lorsque la filiation est la question préa-

lable). Cette rupture de l'unité des solutions applicables au statut personnel n'est pas souhaitable.

La Cour de cassation a donc rejeté, après avoir paru l'admettre [1], la théorie des questions préalables. Dans l'arrêt *Djenangi* du 22 avril 1986 [2], elle a ainsi affirmé que « s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint *ni de définir selon quelle loi cette qualité doit être appréciée* ».

1. Cass. Req. 21 avril 1931, *Ponnoucanamale*, *Rev. crit. DIP* 1932. 526, rapp. Pilon, note Niboyet.

2. *JDI* 1986. 1025, note Sinay-Cytermann ; *JCP* 1987. II. 20878, note Agostini ; *Rev. crit. DIP* 1988. 302, note Bischoff. La solution découlait déjà, mais de façon moins claire, de l'arrêt *Bendeddouche* du 3 mars 1980 (*Grands arrêts*, n° 61).

TITRE 3
LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÈGLE DE CONFLIT

86 Si mise en œuvre de la règle de conflit est le résultat normal du raisonnement conflictualiste, elle n'est pourtant pas sytématique. On étudiera donc l'application de la règle de conflit (chapitre 1) et les obstacles qui peuvent surgir à cette application (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER
L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

87 L'application de la règle de conflit n'a pas toujours été obligatoire dans l'histoire récente, et ne l'est d'ailleurs toujours pas systématiquement aujourd'hui (section 1). En outre, le principe de l'application de la règle de conflit ne dispense pas d'envisager les moyens de sa réalisation concrète (section 2).

SECTION 1
LE CARACTÈRE OBLIGATOIRE DE LA RÈGLE DE CONFLIT

88 Le juge est-il obligé d'appliquer la règle de conflit ? On répond en distinguant selon que la loi étrangère désignée par la règle de conflit est invoquée par l'une des parties (§ 1) ou non (§ 2).

§ 1 LE CAS OÙ L'UNE DES PARTIES INVOQUE LA LOI ÉTRANGÈRE DÉSIGNÉE PAR LA RÈGLE DE CONFLIT

89 L'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit peut être demandée par l'une des parties au soutien de sa prétention. Cette demande peut même être formée pour la première fois en appel car l'article 565 du nouveau Code de procédure civile

dispose que « les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent ». En pareil cas, et si le droit étranger dont l'application est invoquée est compétent en vertu de la règle de conflit, il doit être appliqué.

Le problème se pose en termes plus complexes lorsqu'aucune partie n'invoque devant le juge la règle de conflit. Il faut alors savoir si le juge peut (ou doit) appliquer celle-ci d'office.

§ 2 LE CAS OÙ AUCUNE PARTIE N'INVOQUE LA LOI ÉTRANGÈRE DÉSIGNÉE PAR LA RÈGLE DE CONFLIT

90 Si aucune partie n'invoque la loi étrangère désignée par la règle de conflit, c'est que l'on est en présence de l'une des deux situations suivantes : il se peut tout d'abord que les parties soient silencieuses sur le droit qu'elles souhaitent voir appliquer ; il se peut ensuite qu'elles demandent au juge d'appliquer un droit autre que celui désigné par la règle de conflit. Dans le premier cas, on se demandera si le juge peut appliquer d'office la règle de conflit dans le silence des parties (A). Dans le second cas, on s'interrogera sur la force obligatoire de la règle de conflit envers les parties (B).

A Le problème de l'application d'office dans le silence des parties

91 La jurisprudence relative à l'application d'office dans le silence des parties est très instable. Elle est passée par plusieurs phases qu'il faut brièvement retracer.

1. Première phase : l'arrêt *Bisbal* du 12 mai 1959

92 L'arrêt *Bisbal*[1] est le plus célèbre de la série d'arrêts rendus en la matière. En l'espèce, une cour d'appel avait converti en divorce la séparation de corps de deux Espagnols, conformément à la loi française, alors que la règle de conflit française désignait la loi espagnole qui prohibait le divorce. Elle fut approuvée par la Cour de cassation au motif que « les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi

1. Cass. 1re civ., 12 mai 1959, *Grands arrêts*, n° 32.

étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application ». Ainsi la Cour de cassation estimait-elle implicitement que, dans le silence des parties, l'application de la loi étrangère par le juge est une simple faculté. Ceci fut confirmée l'année suivante par l'arrêt *Compagnie Algérienne de Crédit de Banque*[1].

La solution de l'arrêt *Bisbal* se justifie par plusieurs raisons (a). Toutes ont été critiquées (b).

a. Les arguments en faveur de la solution de l'arrêt *Bisbal*

93 On retiendra deux arguments en faveur de l'arrêt *Bisbal*. Le premier argument — essentiel pour expliquer l'arrêt — est purement pratique : on ne peut attendre du juge celui-ci qu'il connaisse le contenu de toutes les lois étrangères. L'application de celles-ci ne peut donc être pour lui une obligation.

Le second argument est mélangé de pratique et de procédure. Il arrive en effet que ni les parties ni le juge n'aient connaissance de l'élément d'extranéité qui déclenche la mise en œuvre de la règle de conflit. Aussi l'obligation d'appliquer d'office la loi étrangère risque-t-elle de favoriser l'insécurité juridique s'il apparaît postérieurement que le litige présentait un caractère international. Cet argument peut être affiné. Quand bien même le caractère international de la situation serait connu du juge, on ne saurait reprocher à celui-ci de n'avoir pas pris en compte des éléments qui ne sont pas dans le débat. Cela résulte de l'article 7 alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat ».

Ces arguments ont cependant cédé devant plusieurs critiques articulées notamment par Motulsky[2].

b. Les arguments contre la solution de l'arrêt *Bisbal*

94 En premier lieu, on peut opposer à l'argumentation ci-dessus que la difficulté de connaître la loi étrangère ne justifie pas le caractère facultatif de son application. Il est en effet possible de prévoir un principe d'application d'office, quitte à réserver le cas où le juge, après avoir tenté de façon infructueuse d'associer les parties à l'accès au droit étranger, ne pourrait effectivement en connaître la teneur.

---

1. Cass. 1re civ., 2 mars 1960, *Grands arrêts*, n° 33.

2. « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, t. I, p. 337 et s.; « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 681 et s.

On peut aussi, en second lieu, réfuter l'argument tiré de l'article 7 alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile en s'autorisant d'autres dispositions, notamment l'article 8 du même Code qui dispose que « le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ». Ces explications font entrer dans le débat des faits que le juge peut alors prendre en considération, selon l'article 7 alinéa 2, même si les parties ne les avaient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention. Il peut alors appliquer la règle de conflit, à condition d'instaurer un débat contradictoire sur les conditions de cette application[1].

En troisième lieu, l'arrêt *Bisbal* instaurait un système laissant au juge une marge de manœuvre d'autant plus choquante qu'elle conduisait à donner à la règle de conflit un caractère plus ou moins obligatoire selon qu'elle désignait ou non la loi française. Cette inégalité entre loi étrangère et loi française créait donc une inégalité entre justiciables et faisait dépendre la solution du conflit de lois des opinions du juge et de sa plus ou moins grande sensibilité au droit international. Indirectement, elle encourageait le *forum shopping* interne, c'est-à-dire la saisine par les parties du juge présumé le plus apte à satisfaire leurs intérêts.

Enfin, on reprocha à l'arrêt *Bisbal* de mettre en péril la nécessaire uniformité du règlement du conflit de lois par le juge français, et de traiter ainsi la règle de conflit comme une règle de droit secondaire — voire de dénier tout caractère juridique à la règle de conflit[2]. Or, il faut rappeler que le juge est tenu, aux termes de l'article 12, al. 1er, du nouveau Code de procédure civile, de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Ces critiques sont à l'origine du revirement de jurisprudence intervenu en 1988.

2. Deuxième phase : les arrêts *Rebouh* et *Schule* du 11 et 18 octobre 1988

95 Les arrêts *Rebouh* et *Schule*[3] constituent le revirement tant attendu. Dans deux affaires mettant en jeu des règles de conflit en matière de filiation et de succession mobilière, deux arrêts d'appel rendus sur la base de la loi française sont cassés pour violation

1. Art. 16 NCPC.
2. Cette dénégation du caractère juridique de la règle de conflit est stigmatisée expressément par Motulsky (« L'évolution récente de la condition de la loi étrangère », préc., n° 10, p. 686).
3. *Grands arrêts*, n° 71 et 72.

de l'article 12, al. 1er du nouveau Code de procédure civile. Mais ce revirement, qui paraissait en 1988 avoir une portée générale, a lui-même fait l'objet d'un nouveau revirement partiel deux ans plus tard.

3. Troisième phase : l'arrêt *Coveco* du 4 décembre 1990

96 L'arrêt *Coveco*[1] apporte une limitation au caractère systématique de l'obligation faite au juge d'appliquer d'office la règle de conflit. Pour rejeter un pourvoi à l'encontre d'un arrêt qui avait appliqué la loi française, la Cour de cassation énonce en effet que les parties, et spécialement la société auteur du pourvoi, n'avaient pas invoqué l'application de la loi étrangère « en une matière qui n'était soumise à aucune convention internationale et où la société *Coveco* (auteur du pourvoi) avait la libre disposition de ses droits ». Le motif de ce rejet, lu *a contrario*, enseigne donc que l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la loi étrangère ne s'impose que si la « matière » du litige est soumise à une convention internationale ou est indisponible. La justification de l'arrêt (a) n'empêche pas sa critique (b).

a. La justification de l'arrêt *Coveco*

97 En apparence, cette solution consacre finalement une solution mesurée, intermédiaire entre l'arrêt *Bisbal* et les arrêts *Rebouh* et *Schule*. Elle présente notamment l'intérêt, pour la Cour de cassation, de limiter le nombre de pourvois formés devant elle pour non-application d'une loi étrangère désignée par la règle de conflit. Plus juridiquement, l'arrêt *Coveco* s'explique sans doute par un double souci : garantir le respect des engagements internationaux pris par la France en évitant que le régime procédural de la règle de conflit ne soit transformée en voie de contournement des traités ; respecter la renonciation implicite d'une partie à se prévaloir du jeu de la loi étrangère si la matière n'est pas d'ordre public.

L'opportunité juridique de l'arrêt *Coveco* est cependant, de l'avis de beaucoup, plus que douteuse.

b. La critique de l'arrêt *Coveco*

98 Le rétablissement partiel d'une simple faculté pour le juge d'appliquer la règle de conflit fait tout d'abord renaître tous les vieux démons que l'on croyait conjurés depuis les arrêts de 1988. Aussi les griefs adressés à l'arrêt *Bisbal* demeurent-ils d'actualité, même si leur portée est plus limitée.

---

1. *Grands arrêts*, n° 73.

Quant à la délimitation du domaine dans lequel l'application d'office est obligatoire, elle est également sujette à caution[1]. Elle l'est en son principe : on ne voit pas pourquoi les règles de conflit de source internationale seraient « plus obligatoires » que les règles de conflit de source interne. Elle l'est en son contenu, puisqu'on a pu noter la contradiction interne qui se révèle dans la distinction : le droit des contrats, « matière » de la libre disposition des droits par excellence, est pourtant soumis par l'arrêt *Coveco* à la rigueur de l'application d'office... puisqu'il est soumis à une convention internationale, en l'occurrence la Convention de Rome du 19 juin 1980. Le même raisonnement peut être tenu en présence de litiges dus à un accident de la circulation ou à un produit défectueux. Au surplus, la notion de « matière » où les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits est d'appréhension difficile dans le contexte de l'évolution nuancée du droit. Ainsi, le droit de la famille, traditionnellement considéré comme indisponible dans son ensemble, cède en maints endroits la place à la volonté individuelle. Il ne constitue donc, à proprement parler, ni une « matière » disponible, ni une « matière » indisponible. La Cour de cassation semble d'ailleurs s'être rendue à cet argument. Dans un arrêt plus récent rendu au sujet de la question connexe de la preuve de la loi étrangère, elle préfère parler de « droits disponibles », marquant ainsi son intention de recentrer l'analyse au cas par cas sur les droits litigieux[2].

Reste à savoir si l'arrêt *Coveco* intéresse, non seulement la question de l'application d'office de la règle de conflit dans le silence des parties, mais aussi la question de la force obligatoire de la règle de conflit à l'égard des parties.

B La force obligatoire de la règle de conflit à l'égard des parties

99 Les parties peuvent-elles s'accorder pour demander au juge d'appliquer une loi différente de celle désignée par la règle de conflit ? Sous l'empire de la jurisprudence *Bisbal*, la question ne se posait guère. Le plus souvent, en effet, la loi, non désignée par la règle de conflit et dont les parties pouvaient souhaiter l'application, était la loi française. Or, cette loi s'appliquait dans la plupart des cas en raison de la simple faculté qu'avait le juge d'appliquer le droit

1. B. Ancel et Y. Lequette, obs. *Grands arrêts*, p. 578 et s.
2. Cass. 1re civ., 11 juin 1996, *Soc. Agora Sopha*, *Rev. crit. DIP* 1997. 65, note P. Lagarde ; *JDI* 1996. 941, 2e esp., note Bureau.

étranger désigné par la règle de conflit. En pratique, l'accord entre parties jouait donc, sans être exprimé, par le biais du régime procédural de la règle de conflit. Les arrêts *Rebouh* et *Schule*, faisant apparaître l'obligation de juger selon la loi étrangère, renouvelèrent la question.

Les écrits de Motulsky retrouvèrent alors tout leur relief. L'éminent auteur avait en effet soutenu que l'obligation *pour le juge* d'appliquer d'office la règle de conflit dans le silence des parties ne débouchait pas nécessairement sur le caractère obligatoire de la règle de conflit *à l'égard des parties elles-mêmes*. L'idée était simple : s'il faut en principe que la règle de conflit soit respectée parce qu'elle permet de localiser objectivement la situation dans l'espace, il faut aussi que les parties puissent, du moins lorsqu'elles ont la libre disposition de leurs droits, corriger cette localisation si la réalité de la relation le justifie ou si cela correspond mieux à leur intérêt.

La Cour de cassation consacra dans un premier temps cette analyse. Dans des arrêts de 1988 et 1989[1], elle énonça que les parties peuvent lier les juges du fond par un accord exprès sur l'écartement de la règle de conflit, quelle que soit sa source — nationale ou internationale. Restait à savoir ce qu'il allait advenir de cette solution après l'arrêt *Coveco* dont certains craignaient, à la suite des déclarations autorisées d'un haut magistrat, qu'ils ne remette indirectement en cause la possibilité pour les parties de déroger à une règle de conflit de source conventionnelle pour les droits dont elles ont la libre disposition.

L'arrêt *Soc. Hannover internationa c. Baranger*, rendu par la Cour de cassation le 6 mai 1997, a cependant confirmé les solutions antérieures en énonçant que « pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale... »[2]. Ainsi la licéité de ce qu'il est de coutume d'appeler « **l'accord procédural** » est-elle clairement reconnue[3], même si tous les éléments juridiques permettant de définir son régime n'ont pas encore été éclaircis par la Cour de cassation[4].

---

1. Cass. 1re civ., 19 avril 1988, *Roho*, *Rev. crit. DIP* 1989. 69, note Batiffol; *D.* 1988. somm. comm. 345, obs. Audit; Cass. 1re civ., 6 déc. 1988, Bull. I, n° 346; *Rev. crit. DIP* 1990. somm. 787; Cass. 1re civ., 4 oct. 1989, *de Baat*, *Rev. crit. DIP* 1990. 316, note P. Lagarde; *JDI* 1990. 415, 1re esp., note Kahn.

2. *Grands arrêts*, n° 78.

3. L'arrêt précise également que les parties peuvent en cours d'instance écarter l'application d'une clause contractuelle désignant la loi compétente

4. Pour l'exposé de ces incertitudes, D. Bureau, « L'accord procédural à l'épreuve », *Rev. crit. DIP* 1996. 587 et s.

Les formes de l'accord peuvent être multiples. Celui-ci peut bien entendu être exprès, mais il résulte des termes de l'arrêt qu'un accord implicite est suffisant. Il peut résulter, par exemple, du fait que les conclusions des parties invoquent une loi différente de celle désignée par la règle de conflit.

Telles sont donc les règles relatives au caractère obligatoire de la règle de conflit. En supposant qu'elles débouchent sur l'application d'une loi étrangère, il reste à examiner *comment* cette loi va être mise en œuvre.

SECTION 2
LA RÉALISATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

100 Pour que la loi étrangère désignée par la règle de conflit s'applique effectivement, il faut connaître son contenu (§ 1) et l'interpréter (§ 2).

§ 1 LA CONNAISSANCE DE LA LOI ÉTRANGÈRE

101 La connaissance de la loi étrangère est d'une importance pratique considérable. Elle est la condition de l'application effective de la règle de conflit. La connaissance du droit par le juge n'est cependant jamais facile. C'est pourquoi la jurisprudence, avec l'aide de la doctrine, a dû mettre sur pied un ensemble de principes couramment rangés sous le nom de **règles de « preuve » de la loi étrangère**. Relevons à ce propos l'ambiguïté du terme de « preuve ». Il accrédite l'idée que la loi étrangère ne serait qu'un élément de fait dont il faudrait rapporter la preuve, alors que le débat sur le caractère juridique ou factuel de la loi étrangère n'est pas véritablement tranché, du moins en doctrine.

Ce débat sur la **nature de la loi étrangère** est pourtant essentiel pour comprendre le traitement de la loi étrangère. Si l'on considère celle-ci comme un simple élément de fait, c'est aux parties qu'il incombe d'en rapporter la preuve (art. 9 NCPC), et l'interprétation qu'en donne le juge du fond est nécessairement souve-

raine. Si, au contraire, la loi étrangère est assimilée à du droit, on conçoit que le juge soit obligé de prendre une part beaucoup plus active dans la recherche de sa teneur. C'est ce qu'implique l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, même si la reconnaissance du caractère juridique de la loi étrangère ne justifie pas forcément de la traiter comme le droit français.

La doctrine française est partagée à ce sujet. En faveur du traitement de la loi étrangère comme un élément de fait, on peut avancer que le droit étranger n'est appréhendé par le juge français que comme un contenu normatif dépouillé, envers lui, de toute dimension impérative. Le juge français ne fait que constater qu'un autre ordre juridique considère cette norme comme obligatoire, mais ne se sent pas lié par ce caractère. Au surplus, il n'est pas douteux que l'existence d'une loi étrangère ayant tel ou tel contenu est un simple fait. En sens inverse, cependant, on peut alléguer que le défaut d'obligatoriété pour le juge français de la règle étrangère ne supprime le caractère essentiellement juridique que celle-ci tient du fait qu'elle émane d'un État ayant les moyens de la faire respecter.

Comme tout débat ayant des prolongements philosophiques, celui-ci est inépuisable. Les juges, n'étant pas institués pour philosopher, l'ont tranché en faveur du caractère juridique de la loi étrangère[1]. La loi étrangère demeure cependant soumise à un traitement différent de celui réservé à la loi française. En témoignent les règles relatives à la « charge de la preuve » de la loi étrangère (A) ainsi qu'aux procédés de preuve (B).

A La charge de la preuve de la loi étrangère

102 Les règles relatives à la charge de la preuve de la loi étrangère ont évolué en même temps que celles relatives au caractère obligatoire de la règle de conflit. Aussi convient-il de distinguer deux phases nettement distinctes en jurisprudence.

1. Première phase : l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948

103 Tant que l'application de la loi étrangère était une simple faculté pour le juge, la question de la preuve de celle-ci ne se posait que dans deux cas : celui où le juge décidait de l'appliquer de sa propre initiative (cas rare) et celui où l'application de la loi étrangère était demandée par une des parties au moins.

1. Cass. 1re civ., 13 janv. 1993, *Consorts Coucke*, *Rev. crit. DIP* 1994. 78, note Ancel. L'arrêt affirme que la loi étrangère « est une règle de droit ».

L'arrêt *Lautour*[1] est le premier à poser une règle générale relative aux règles de preuve de la loi étrangère lorsque celle-ci est demandée par l'une des parties. En l'espèce, une collision entre deux véhicules était survenue en Espagne et avait donné lieu à un litige porté devant le juge français. La demanderesse en réparation avait intérêt à l'application de la loi française : elle avait donc invoqué l'article 1384 al. 1er C. civ. qui lui permettait d'obtenir gain de cause sans rapporter la preuve d'une faute du défendeur. Le défendeur, en revanche, avait invoqué l'application de la loi espagnole, loi compétente en qualité de loi du lieu de survenance de l'accident, laquelle subordonnait l'action en réparation à la preuve de la faute. Le défendeur avait cependant omis de prouver le contenu de la loi étrangère, et sa prétention avait été rejetée pour ce motif par les juges du fond. D'où la cassation : selon la chambre civile, il revient à la partie qui émet une prétention d'établir le contenu de la loi étrangère applicable à celle-ci. Ainsi le fardeau de la preuve de la loi étrangère ne pèse-t-il pas sur celui qui *invoque* le droit étranger (ici le défendeur), mais sur celui dont la *prétention* est soumise à la loi étrangère (ici la demanderesse).

104 Il revint à l'arrêt *Thinet* du 24 janvier 1984[2] de tirer les conséquences du défaut d'établissement du contenu de la loi étrangère en distinguant deux situations : soit le défaut de preuve est imputable à la mauvaise volonté ou à la carence de l'auteur de la prétention, et le rejet de ladite prétention s'impose ; soit le défaut de preuve résulte d'une impossibilité ou d'une excessive onérosité, et le litige doit être tranché en vertu de la loi française en raison de sa vocation subsidiaire.

Le système « *Lautour-Thinet* » présentait certains avantages car il obligeait chaque plaideur à établir le contenu du droit étranger applicable à sa prétention. Toutefois, deux raisons ont milité en faveur de son abandon. La première est que l'auteur d'une prétention n'a pas toujours *intérêt* à établir le contenu de la loi étrangère qui s'y appliquait — ainsi que l'illustrait l'affaire *Lautour* elle-même. Il est donc peu heureux et peu efficace d'obliger une partie à donner aux juges les éléments conduisant à son insuccès. La seconde raison de l'abandon de ce système est qu'il fait dépendre l'établissement du contenu de la loi étrangère de la diligence des

1. *Grands arrêts*, n° 19.
2. Cass. 1re civ., 24 janvier 1984, *Soc. Thinet*, *Rev. crit. DIP* 1985. 89, note P. Lagarde ; *JDI* 1984. 874, note Bischoff.

parties, ce qui revient à la traiter comme un simple élément de fait. Or, pareil dispositif ne pouvait plus se justifier, dès lors que le renversement de la jurisprudence *Bisbal* traduisait la volonté de la Cour de cassation de renforcer le caractère obligatoire de l'application de la loi étrangère.

2. Deuxième phase : la fin de la jurisprudence « *Lautour-Thinet* »

105 On peut résumer en deux idées l'évolution récente de la jurisprudence. Tout d'abord, l'obligation d'établir le contenu de la loi étrangère s'est très largement déplacée des parties vers le juge (a). Quand cette obligation demeure celle des parties, c'est le critère de répartition de la charge de la preuve qui est modifié (b).

a. Le déplacement vers le juge de la charge de la preuve

106 Nous avons vu que la jurisprudence issue de l'arrêt *Coveco* oblige le juge à appliquer d'office la loi étrangère beaucoup plus fréquemment que sous l'empire de la jurisprudence *Bisbal*. Le juge est ainsi tenu d'appliquer la loi étrangère lorsque les droits en cause sont indisponibles pour les parties, ou lorsque la règle de conflit a sa source dans une convention internationale. Il est logique, dans la perspective de ce renforcement du statut du droit étranger, que le juge soit également obligé d'agir plus activement pour connaître celui-ci — ce qui n'empêche pas que, dans le cadre de son action, il fasse intervenir les parties. La jurisprudence récente a donc précisé que le juge est obligé de rechercher par lui-même la teneur du droit étranger, tant dans l'hypothèse d'une règle de conflit conventionnelle[1] qu'en présence d'une loi étrangère régissant des droits indisponibles[2].

Il se peut toutefois que la règle de conflit ne présente pas pour le juge un caractère obligatoire. Tel est le cas, selon l'arrêt *Coveco*, lorsque les droits en cause sont disponibles et que la matière n'est pas régie par une convention internationale. Deux possibilités peuvent donc se présenter : soit le juge applique d'office la loi étrangère bien qu'il n'y soit pas obligé, soit il ne le fait pas.

Si le juge décide d'appliquer d'office la loi étrangère, il est tenu d'en rechercher la teneur. Cette solution découle clairement d'un arrêt rendu le 27 janvier 1998 par la Cour de cassation, qui se fonde sur l'article 12 du nouveau Code de procédure civile pour énoncer de façon générale « qu'il appartient au juge qui déclare

---

1. Cass. 1re civ., 14 juin 1996, 1re esp., *JDI* 1996. 941, note Bureau.
2. Cass. 1re civ., 1er juill. 1997, *Driss.*, 2e esp., *Rev. crit. DIP* 1998. 60, note Mayer.

applicable une loi étrangère de procéder à sa mise en œuvre, et spécialement d'en rechercher la teneur »[1].

Si le juge décide de ne pas appliquer d'office la loi étrangère, c'est la loi française qui s'applique... sauf si l'une des parties demande au juge de faire jouer la règle de conflit. C'est seulement dans ce cas que la charge de la preuve repasse du côté des parties. Et c'est seulement dans ce cas qu'il est pertinent d'étudier le critère désormais retenu pour répartir le fardeau de la preuve entre parties.

b. La modification du critère de répartition entre parties de la charge de la preuve

107 On doit à l'arrêt *Amerford* rendu par la Cour de cassation le 16 novembre 1993[2] d'avoir clairement abandonné le critère de la prétention au profit du critère de l'invocation de la loi étrangère[3]. L'établissement du contenu de la loi étrangère incombe donc à celui qui s'en prévaut, parce qu'on présume qu'il y a intérêt. Selon les termes de l'arrêt, « dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire ». Depuis cet arrêt, la jurisprudence paraît s'être stabilisée. Seule la notion de « matière » paraît avoir cédé devant l'expression plus nuancée de droits librement disponibles[4].

Reste à voir par quels moyens la preuve du contenu de la loi étrangère sera rapportée.

B Les procédés de preuve de la loi étrangère

108 **Les parties** ont intérêt, pour établir le contenu de la loi étrangère, à produire un certificat de coutume. Il s'agit d'un document rédigé en français émanant, soit du consulat ou de l'ambassade en France de l'État étranger, soit d'un juriste. Le certificat doit indi-

1. Cass. 1re civ., 27 janv. 1998, *Ababou c/Mazzat et a*, *JCP* 1998. II. 10098, note Muir Watt.

2. *Grands arrêts*, n° 77.

3. Cf. déjà, cependant, Cass. 1re civ., 5 nov. 1991, *Masson*, *Rev. crit. DIP* 1992. 314, 1re esp., note Muir-Watt ; *JDI* 1992. 357, note Moreau. L'arrêt était relatif à un contrat et ne possédait pas encore la vocation générale de l'arrêt *Amerford*.

4. Cass. 1re civ., 11 juin 1996, *Soc. Agora Sopha*, préc. *supra*, n° 98.

quer la teneur de la règle ainsi que celle de la règle de conflit étrangère — afin de constater l'existence éventuelle d'un renvoi. En pratique, le procédé du certificat de coutume est d'une utilisation difficile en raison de la fréquence des conflits entre certificats, dus au fait que les particuliers qui les délivrent sont sollicités par une partie et rémunérés par elle.

Le juge, quant à lui, peut faire appel à un expert ou à un consultant pour établir la teneur du droit étranger. Il convient également de mentionner l'existence d'une Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, conclue par les pays membres du Conseil de l'Europe le 7 juin 1968. Rendue applicable par décret du 11 octobre 1972, elle a pour objet de faciliter les demandes de renseignements adressées à l'État désigné par la règle de conflit. La demande ne peut émaner que d'un tribunal à l'occasion d'une instance déjà engagée. Le recours au dispositif mis en place par la Convention est toutefois peu utilisé.

En outre, la connaissance du contenu du droit étranger ne dispense pas le juge de l'interpréter.

§ 2 L'INTERPRÉTATION DE LA LOI ÉTRANGÈRE

109 Le juge du fond interprète souverainement la loi étrangère (A). La Cour de cassation n'en exerce pas moins un certain contrôle (B).

A L'interprétation souveraine de la loi étrangère par le juge du fond

110 L'interprétation du droit étranger doit être faite librement par le juge du fond. Il peut ainsi apprécier la qualité et la fiabilité des éléments qu'il recueille, même lorsque ceux-ci émanent d'organes officiels étrangers ou d'experts. Il peut prendre en considération, outre les textes, les sources coutumières et jurisprudentielles. Si, malgré ses efforts, il ne parvient pas à dégager une solution établie en droit étranger, le juge français doit alors tenter de raisonner comme le ferait son homologue étranger. En tout état de cause, le juge est souverain.

La Cour de cassation, en effet, ne contrôle pas en principe l'interprétation retenue par le juge français, tant du droit substantiel que du droit international privé étranger. Cette position de retrait

s'explique, non par l'assimilation de la loi étrangère à un simple fait, mais par la considération que la Cour de cassation n'a pas pour vocation de contribuer à l'élaboration du droit étranger. Elle connaît cependant des limites.

B Le contrôle de la Cour de cassation

111 Les raisons qui justifient habituellement le contrôle de la Cour de cassation ne disparaissent pas totalement au motif que le juge du fond interprète un texte étranger. Le juge n'est donc pas dispensé de faire respecter le principe du contradictoire lorsqu'il interprète la loi étrangère. Il doit également répondre aux conclusions des parties et motiver suffisamment sa décision. Il est tenu d'énoncer l'interprétation qu'il donne du droit étranger, voire de la justifier lorsqu'elle contredit un document produit devant lui ou le sens apparent de la loi. Dans ce dernier cas, cependant, le contrôle de la Cour de cassation se mue en contrôle de la dénaturation de la loi étrangère.

112 Il existe en effet un motif spécifique de contrôle tenant à la **dénaturation** de la loi étrangère. Inspiré de la jurisprudence donnant à la Cour de cassation compétence pour contrôler la dénaturation des contrats par les juges du fond, ce motif a pour la première fois été affirmé dans l'arrêt *Montefiore* du 21 novembre 1961[1], selon lequel la décision qui méconnaît et dénature le sens clair et précis d'un document législatif doit être cassée. Le grief de dénaturation fut pourtant très peu retenu par la suite puisque le nombre de cassation pour dénaturation intervenues depuis l'arrêt *Montefiore* se compte sur les doigts de la main. Ce phénomène s'explique sans nul doute par la rareté du phénomène. Il procède également d'une interprétation très restrictive du grief de dénaturation qui tient au fait que, pendant longtemps, le juge français n'avait pas l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit, donc le droit étranger lui-même.

Avec le développement de l'obligation pesant sur le juge de se renseigner sur le contenu de la loi étrangère, il était logique d'attendre une évolution de la position de la Cour de cassation. Cette évolution paraît s'amorcer avec un arrêt du 1er juillet 1997[2] qui

1. *Grands arrêts*, n° 36.
2. Cass. 1re civ., 1er juill. 1997, *SA Africatours c. Diop*, *D.* 1998. 104, note Menjucq; *JCP* 1998. II. 10170, note Fillion-Dufouleur; *Rev. crit. DIP* 1998. 292, note Muir-Watt; *JDI* 1998. 98, note Barrière-Brousse.

manifeste le souhait de la Cour de s'accorder une certaine marge de manœuvre en la matière. En l'occurrence, elle reproche à la cour d'appel de Paris d'avoir méconnu le sens littéral de la loi sénégalaise « sans faire état d'aucune autre source de droit positif sénégalais donnant à la disposition litigieuse le sens qu'elle lui attribue ». Indirectement, donc, la Cour de cassation fait peser sur les juges du fond une obligation de justifier par l'appel à d'autres sources que les textes législatifs étrangers une interprétation divergente par rapport au sens apparent de ceux-ci.

Ce raisonnement n'est pas en soi nouveau. Il permet cependant d'élargir en pratique le contrôle de la Cour de cassation, en intégrant dans son objet les motifs de l'arrêt d'appel. La portée de l'arrêt est au surplus renforcée par la modification du fondement juridique de la cassation. Alors que la Cour se fondait jusqu'alors sur l'article 1134 du Code civil, reprenant en cela le soubassement dégagé pour contrôler la dénaturation des contrats, elle retient ici l'article 3 du même Code. Elle consacre ainsi l'idée que la dénaturation de la loi étrangère constitue une violation de la règle de conflit proprement dite, et non pas seulement du texte législatif étranger. Il faut certainement y voir un signe supplémentaire de la considération dont jouit aujourd'hui le droit étranger, même s'il serait hâtif de conclure au bouleversement de la jurisprudence antérieure.

CHAPITRE 2
LES OBSTACLES À L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE CONFLIT

113 La loi étrangère désignée par la règle de conflit peut être évincée, soit lorsque son application heurte l'ordre public (section 1), soit lorsque les circonstances de l'espèce font apparaître une fraude à la loi (section 2).

SECTION 1
L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC

114 Appliquer une loi étrangère constitue, selon l'expression de l'auteur allemand Raape, un « saut dans l'inconnu ». Or, ce saut comporte certains risques qui se révèlent lorsque l'application du droit étranger heurte des conceptions fondamentales de l'ordre juridique du for. L'appel à la notion d'ordre public permet de lutter contre ce type de risques[1]. L'ordre public s'oppose, par exemple, à ce que le juge français reconnaisse la validité d'unions polygamiques conclues en France, même si la règle de conflit applicable désigne une loi étrangère concluant à la validité.

L'éviction de la loi étrangère doit cependant demeurer exceptionnelle. Elle constitue en effet une entorse au principe de la

1. J. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente ; l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952 ; P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 15, 1959 ; A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, th. Paris II, 1979 ; P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997. 1 et s.

neutralité de la règle de conflit qui veut qu'une loi étrangère soit déclarée applicable indépendamment de son contenu. C'est pourquoi l'on parle « d'exception » d'ordre public. Cette notion d'exception permet aussi de rendre compte de la différence existant entre l'intervention de l'ordre public et le mécanisme des lois de police. Alors que les lois de police jouent *avant* même la mise en œuvre du raisonnement conflictualiste, l'exception d'ordre public n'intervient *qu'après*, pour bloquer *in extremis* l'application d'une loi étrangère compétente en vertu de la règle de conflit[1].

Le contenu de l'ordre public doit être précisé (§ 1) ainsi que les conditions (§ 2) et les effets de son intervention (§ 3).

§ 1 LE CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC

115 Il est classique de distinguer, par ordre décroissant de généralité, trois figures de l'ordre public.

On classe tout d'abord dans l'ordre public l'ensemble des « **principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue** ». La célèbre formule de l'arrêt *Lautour*[2] concerne des principes que d'aucuns rangent sous la bannière — suggestive à défaut d'être convaincante — du « droit naturel » : interdiction de l'esclavage, prohibition des discriminations raciales, etc. On pourrait insérer dans cette catégorie, à la lumière du développement des conventions internationales de protection des droits de l'homme, les règles qui posent les droits de l'homme les plus élémentaires.

L'ordre public assure également la protection des **fondements politiques et sociaux de la civilisation française**, tels que la monogamie[3], la laïcité, la valeur du droit de propriété, la force obligatoire des engagements, etc. La fonction de l'ordre public est donc d'assurer la cohésion de la société française en y imposant le respect effectif de certaines valeurs. Il découle de là que l'ordre public est aussi le moyen de garantir l'effectivité de certaines

1. L'ordre public n'est donc pas, en lui-même, une catégorie de rattachement déclenchant l'application territoriale du droit du for, comme avait pu le penser Mancini.
2. Celui-là même qui énonça dans un premier temps le principe applicable à la preuve du contenu de la loi étrangère (cf. *supra*, n° 103 et s.).
3. On peut hésiter, il est vrai, à ranger la monogamie dans le bloc des principes les plus absolus au nom du principe d'égalité. Les frontières sont floues...

politiques législatives, de direction et de protection[1], mises en œuvre sur le territoire français. L'interdiction totale du divorce, l'irrecevabilité de l'action en recherche de paternité naturelle conjuguée à celle de l'action à fins de subsides, sont des mesures qui ne trouvent désormais plus grâce aux yeux de l'ordre public français. La contrariété de la loi étrangère à l'ordre public français dépend donc de l'état du droit et de l'opinion *au moment où le juge statue*. C'est ce qu'on appelle le **principe d'« actualité de l'ordre public »**, corollaire nécessaire de la relativité de l'ordre public dans le temps.

La nécessaire compatibilité entre loi étrangère et politiques législatives internes ne doit cependant pas être interprétée de façon erronée, en ce sens que toute divergence de contenu entre la loi étrangère et la loi française ne doit pas être réputée contraire à l'ordre public. Pour que le droit international privé permette un minimum de coordination entre systèmes nationaux, le juge français doit donc être prêt à faire preuve d'une certaine souplesse. Surtout, il doit se pénétrer de l'idée que *ce qui est d'ordre public en droit interne ne l'est pas forcément en droit international privé* : l'âge de la majorité, par exemple, est d'ordre public en France mais ne doit pas l'être lorsqu'il s'agit de faire jouer une loi étrangère qui retiendrait un âge différent. L'ordre public interne est donc plus large que l'ordre public au sens du droit international privé. C'est pourquoi la jurisprudence désigne souvent ce dernier par l'expression « **ordre public *international*** ».

Tout le problème est alors d'apprécier correctement — de façon ni trop rigoureuse ni trop laxiste — le seuil à partir duquel l'application d'une loi étrangère devient intolérable au point de déclencher le mécanisme de l'exception d'ordre public. D'où l'importance de déterminer aussi précisément que possible les conditions de son intervention.

1. Sur le caractère fructueux de la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection en droit international privé, cf. C. Mauro, « Ordre public et contrats internationaux en matière de logiciels », *Dr. informatique et télécoms*. 1995/1, p. 17 et s., et 1995/2, p. 29 et s., spéc. p. 32 et s.

§ 2 LES CONDITIONS DE L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC

116 Les conditions d'intervention de l'ordre public sont délimitées par un souci de pragmatisme. Aussi, deux critères essentiels sont sous-jacents à l'appréciation de l'ordre public en jurisprudence : celui du résultat concret de l'application de la loi étrangère (A) et celui de la proximité effective de la situation juridique avec le for (B).

A Le critère du résultat concret

117 Le seul contenu de la loi étrangère ne suffit pas à l'éviction de celle-ci. Il faut encore que l'application de la loi étrangère aboutisse à un résultat particulièrement choquant dans l'espèce considérée. Ainsi estime-t-on, par exemple, que la répudiation d'une femme n'est pas contraire à l'ordre public si celle-ci l'accepte[1]. Inversement, l'application combinée de deux lois dont aucune n'est isolément contraire à l'ordre public peut néanmoins être écartée si le résultat le justifie. La célèbre affaire *Patiño*[2] illustre cette hypothèse dans une espèce où se posait la question du relâchement du lien conjugal entre deux époux de nationalité bolivienne s'étant mariés en Espagne. La règle de conflit française applicable au divorce et à la séparation de corps désignait alors la loi bolivienne, applicable en qualité de loi nationale commune. Celle-ci ne connaissait pas la séparation de corps, et subordonnait le divorce d'époux mariés en pays étranger à la condition que la loi du lieu de célébration l'admît également. Or, la loi espagnole, ainsi désignée, ne connaissait pas le divorce à l'époque. La combinaison entre lois bolivienne et espagnole rendait donc impossible toute forme de relâchement du lien conjugal, ce que la Cour de cassation déclara contraire à l'ordre public.

Ce souci de pragmatisme se retrouve dans le critère de la proximité.

B Le critère de la proximité

118 L'ordre public est plus ou moins affecté selon que la situation juridique qui déclenche l'application de la règle de conflit est plus

1. TGI Paris, 5 déc. 1979, *Rev. crit. DIP* 1981. 88, 3e et 4e esp.
2. Cass. 1re civ., 15 mai 1963, *Grands arrêts*, n° 38.

ou moins proche, matériellement, de l'ordre du for. On en trouve l'illustration dans l'apparition d'un « ordre public de proximité » (1) et dans la théorie dite de « l'effet atténué de l'ordre public » (2).

1. L'« ordre public de proximité »

119 On doit au juriste allemand Kahn d'avoir dégagé, à la fin du XIXe siècle, l'idée que l'exception d'ordre public doit jouer avec une vigueur proportionnelle à l'intensité du lien entre l'espèce et le territoire du for. Par une interprétation extensive, on peut aussi affirmer que l'ordre public jouera d'autant plus facilement qu'un Français sera directement concerné par une situation présentant un caractère intrinsèquement choquant.

Si la thèse n'eut pendant longtemps qu'un retentissement limité en France, la doctrine[1] et la jurisprudence des dernières années semblent lui faire un accueil beaucoup plus favorable que par le passé. La Cour de cassation a ainsi jugé en 1981 que la loi espagnole prohibant (à cette date) le divorce était contraire à la conception française de l'ordre public « qui impose la faculté, pour un *Français domicilié en France*, de demander le divorce »[2]. Plus récemment, la Cour de cassation a nettement posé le caractère d'ordre public du droit de l'enfant *français ou résidant habituellement en France* à voir sa filiation établie[3]. Par là apparaît donc un ordre public dit « de proximité » parce qu'il révèle la nécessité d'intégrer dans les paramètres d'intervention de l'ordre public « un ensemble de circonstances, appréciées au cas par cas, qui contribuent à rattacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère, et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for provoquée par l'application de cette loi étrangère »[4]. À certains égards, la théorie de l'effet atténué de l'ordre public avait déjà permis de reconnaître cela.

---

1. Représentée notamment par Paul Lagarde.

2. Cass. 1re civ., 1er avril 1981, *Itturalde de Pedro*, *JDI* 1981. 812, note Alexandre.

3. Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 620, obs. Foyer; *JDI* 1994. 124, note Barrière-Brousse. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris reprit le raisonnement en relevant que n'est pas contraire à l'ordre public international français la loi qui empêche la contestation de reconnaissance, *dès lors que la situation juridique en cause ne présente quasiment aucun lien de rattachement avec la France* (TGI Paris, 23 nov. 1993, *D.* 1995. 306, note Aubert; *Rev. crit. DIP* 1995. 703 (1re esp.), note Foyer).

4. P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *in Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 263 et s., spéc. n° 9, p. 270.

2. La théorie de « l'effet atténué de l'ordre public »

120 La théorie de l'effet atténué de l'ordre public repose sur « l'idée (...) que l'ordre public peut 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 France »[1]. Cette théorie permet par exemple à la jurisprudence de faire produire certains effets sur le territoire français à une union polygamique conclue régulièrement à l'étranger[2], voire à une répudiation unilatérale intervenue régulièrement à l'étranger entre personnes de même nationalité[3].

La théorie de l'effet atténué peut s'expliquer de diverses manières. Dans une première version dont la paternité semble pouvoir être attribuée à Pillet, elle procède de l'idée que la nécessaire continuité internationale du droit impose de reconnaître les « droits acquis » valablement à l'étranger. Dans une version plus moderne, elle s'inspire du souci de coordination entre les ordres juridiques, ainsi que du constat que la reconnaissance de la situation créée à l'étranger ne présente qu'un « coût » social et moral faible puisque celle-ci n'entretient que peu de liens avec le for : l'opinion publique est « moins sensibilisée à l'efficacité d'un acte réalisé à l'étranger qu'elle ne le serait à la reconnaissance de la liberté d'accomplir en France dans la vie internationale ce qui est prohibé dans la vie interne »[4].

121 La théorie de l'effet atténué de l'ordre public a évolué. Dans sa première phase, illustrée implicitement par l'arrêt *Bulkley* du 28 février 1860[5], elle conférait une quasi-immunité à la situation créée à l'étranger au regard de l'ordre public, car le contrôle ne s'opérait que sur les « effets non réalisés de la situation acquise à

---

1. H. Batiffol et P. Lagarde, n° 361, p. 580.

2. Notamment, demande d'aliments... (Cass. 1re civ., 28 janv. 1958, *Chemouni*, *Grands arrêts*, n° 30; 19 févr. 1963, *Grands arrêts*, n° 32); ... de liquidation d'une succession (Cass. 1re civ., 3 janv. 1980, *Bendeddouche*, *Grands arrêts*, n° 61)... ou de communauté (Cass. 1re civ., 22 avril 1986, *Rev. crit. DIP* 1987. 374, note Courbe; *JDI* 1987. 629, note Kahn; *D.* 1986. IR 270, obs. Audit); ... de prestations sociales, lorsque la première épouse est repartie définitivement à l'étranger (Cass. soc. 8 mars 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 694, note Déprez).

3. Cf. notamment Cass. civ., 3 nov. 1983, *Rohbi*, *Rev. crit. DIP* 1984. 325 (1re esp.), note Fadlallah; *JDI* 1984. 329, note Kahn; *JCP* 1984. II. 20131, concl. Av. gén. Gulphe. La jurisprudence contemporaine est néanmoins beaucoup plus stricte (cf. *infra*, n° 174).

4. Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 259.

5. *Grands arrêts*, n° 4. À l'époque où le droit français prohibait encore le divorce, l'arrêt autorise pourtant un étranger régulièrement divorcé selon sa loi personnelle à se remarier en France.

l'étranger », effets rarement contraires à l'ordre public en eux-mêmes (demande d'aliments, de réparation, de partage de succession, etc.). Dans sa seconde phase, entamée par le célèbre arrêt ***Rivière*** du 17 avril 1953, la théorie de l'effet atténué de l'ordre public revient à plus de rigueur. Selon la Cour de cassation, « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé »[1].

À la différence de la conception précédente, celle de l'arrêt *Rivière* permet au juge d'étendre son contrôle de l'ordre public à l'ensemble de la situation, *et non aux seuls effets produits en France*. En effet, le fait que la réaction *diffère* selon que l'on est présence de la création du droit ou de l'efficacité de celui-ci sur le territoire français n'empêche pas le juge français de contrôler les conditions dans lesquelles a été créé le droit dont l'efficacité est revendiquée. Un exemple illustre bien la différence, celui du mariage incestueux conclu valablement à l'étranger et dont les effets alimentaires sont demandés en France. Sous l'empire de la conception défendue par Pillet, rien ne s'opposerait à la reconnaissance des effets alimentaires de cette union ; par contraste, l'arrêt Rivière permet d'y faire obstacle au regard de sa trop grande contrariété à notre ordre public.

Ainsi note-t-on que la théorie de l'effet atténué de l'ordre public n'immunise pas totalement la situation juridique créée à l'étranger contre l'intervention de l'ordre public — notamment dans ses principes « universels » —. Surtout, il convient de ne pas se méprendre sur la notion quelque peu trompeuse d'effet « atténué » de l'ordre public. Si les conditions du déclenchement de l'ordre public peuvent certes varier en fonction des circonstances, l'effet proprement dit de l'exception d'ordre public se produit toujours en vertu des mêmes règles.

---

1. Cass. 1re civ., 17 avril 1953, *Grands arrêts*, n° 26. À l'époque où le droit français ne connaissait que le divorce pour faute, l'arrêt reconnaît le divorce par consentement mutuel d'une Française prononcé à l'étranger.

§ 3 LES EFFETS DE L'INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC

122 L'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit a pour effet l'application de la **loi du for, en vertu de sa vocation subsidiaire** à régir les rapports de droit privé.

Cette règle n'empêche cependant pas toujours l'application *partielle* de la loi étrangère. Supposons par exemple qu'une loi étrangère écarte d'une succession une personne en raison de son appartenance religieuse. Le juge français réputera contraire à l'ordre public cette disposition particulière de la loi étrangère, mais cela ne l'empêchera pas, une fois l'intéressé réintégré parmi les successibles, de répartir la succession en appliquant les autres règles de la loi étrangère. Ainsi le juge qui déclare contraire à l'ordre public la loi étrangère doit-il substituer sa propre loi dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire, tout en tentant de respecter autant que possible la cohérence de son propre droit et du droit étranger.

SECTION 2
LA FRAUDE À LA LOI

123 Il est mis obstacle au jeu de la règle de conflit lorsque celle-ci est utilisée de manière frauduleuse[1]. Le droit international privé n'échappe donc pas à l'application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », ce que la Cour de cassation confirma à l'occasion de l'affaire dite de la princesse de Beauffremont. Celle-ci, de nationalité française, souhait divorcer afin de se remarier. Or, la loi française — loi désignée par la règle de conflit applicable au divorce — prohibait la dissolution de son mariage. La princesse, nullement rebutée, obtint donc d'être naturalisée par le Duché de Saxe-Altenburg, ce qui lui permit de divorcer en vertu de la loi nouvellement applicable. Les tribunaux français virent toutefois dans cette opération une fraude à la loi française et décla-

1. B. Audit, *La fraude à la loi*, 1974 ; G. de La Pradelle, « La fraude à la loi », *Trav. com. fr. DIP*, 1971-1973, p. 117 ; Maridakis, « Réflexions sur la question de la fraude à la loi d'après le droit international privé », *Mélanges Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, t. 1, p. 231 et s.

rèrent sans validité en France le divorce et le remariage de la princesse[1].

S'il est vrai que le droit international privé contemporain n'est plus l'affaire des seuls riches de ce monde, capables de changer de nationalité ou de domicile au gré de leurs humeurs et sans égard à leur portefeuille, la diversité des législations nationales offre encore aux fraudeurs potentiels un vaste champ de manœuvres. Il convient par conséquent de préciser les éléments de la fraude à la loi en droit international privé (§ 1) et sa sanction (§ 2).

§ 1 LES ÉLÉMENTS DE LA FRAUDE À LA LOI

124 La fraude à la loi peut être définie comme l'utilisation volontaire d'une règle de conflit dans le but d'échapper à l'application d'une loi. Elle comporte, comme toute fraude, deux éléments : un élément matériel (A) et un élément intentionnel (B).

A L'élément matériel

125 L'élément matériel de la fraude à la loi est le changement volontaire et effectif[2] du point de rattachement : nationalité, domicile, lieu de conclusion d'un acte juridique, situation d'un meuble, etc. Cette modification, inégalement aisée selon les points de rattachement, peut influer sur la loi applicable au statut personnel, au statut réel, à la forme du contrat.

L'application de la théorie de la fraude est plus discutée lorsqu'est en jeu la loi applicable au fond du contrat, loi que les parties peuvent en principe choisir. On s'interroge alors sur le point de savoir si le choix d'une loi sans aucun rapport avec la localisation de la situation juridique peut être privé d'effet en raison de la fraude. Certains répondent positivement parce qu'« il est généralement admis que le choix laissé aux parties se limite aux différents pays avec lesquels le contrat présente une attache ou, à tout le moins, à ceux à la loi desquels les contractants ont une raison valable de se référer »[3]. D'autres s'y refusent en avançant qu'on ne peut reprocher aux parties d'avoir choisi un droit qui leur

1. Cass. civ., 18 mars 1878, *Grands arrêts*, n° 6.
2. Le changement non effectif est seulement simulé. Simulation n'est pas synonyme de fraude.
3. Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 266.

convient, serait-ce parce qu'il leur permet d'échapper aux dispositions impératives de celui qui aurait été applicable à défaut de choix. La théorie des lois de police, ajoute-t-on, suffit à assurer la protection de ce droit[1].

En tout état de cause, le seul déplacement du point de rattachement ne suffit pas à caractériser la fraude s'il n'est pas inspiré par l'intention frauduleuse.

B L'élément intentionnel

126 L'élément de rattachement est frauduleusement modifié si cette modification a *pour seul but d'éviter l'application de la loi*. Cette caractérisation de l'élément intentionnel permet de préciser trois points.

Premièrement, l'anormalité objective de la modification de l'élément de rattachement ne suffit pas à caractériser la fraude. Encore faut-il que cette anormalité soit inspirée exclusivement par une intention d'éluder les dispositions de la loi. À cet égard, la théorie de la fraude à la loi peut être analysée comme une consécration d'une autre théorie, celle de l'abus de droit — en l'occurrence, de l'abus du droit de changer librement tel ou tel point de rattachement.

Deuxièmement, la modification de l'élément de rattachement n'est frauduleue que si le *seul* motif en est de se soustraire à la loi compétente. Le changement de nationalité n'emporte pas fraude à la loi, par exemple, s'il s'effectue dans le but de s'intégrer durablement dans un nouveau pays *et que, par ailleurs*, il permet de bénéficier sur certains points d'une législation plus avantageuse.

Troisièmement, l'élément intentionnel de la fraude peut être sanctionné même si la loi contournée n'est pas la loi française. Telle n'a pas toujours été la position de la Cour de cassation. Celle-ci refusa un temps de sanctionner la fraude à l'application de la loi étrangère[2], ce qu'on pouvait expliquer par l'idée que le juge français n'est pas garant de l'autorité de celle-ci. Cette position a cependant été abandonnée pour plusieurs raisons : d'abord, la fraude à la loi interne étrangère peut être considérée, indirectement comme une fraude à la *règle de conflit de loi française* ; ensuite, toute fraude — fût-elle réalisée à l'encontre d'une loi étrangère — appelle la sanction par son caractère intrinsèquement répréhensible. Reste à voir de quelle sanction il s'agit.

---

1. H. Batiffol et P. Lagarde, n° 371.

2. Cass. 1re civ., 5 févr. 1929, *Mancini*, *S.* 1930. 1. 181, note Audinet.

§ 2 LA SANCTION DE LA FRAUDE À LA LOI

127 On s'interroge parfois en doctrine sur la portée exacte de la sanction devant frapper la fraude lorsque celle-ci se réalise par un acte juridique : l'acte doit-il être simplement déclaré inopposable au juge français, ou doit-il être annulé ? La naturalisation de la princesse de Beauffremont est-elle nulle ou simplement inopposable ?

La question est en réalité mal posée, car le juge français n'a pas le pouvoir d'annuler une naturalisation prononcée à l'étranger par un État étranger. Il est donc clair que la naturalisation ne peut qu'être déclarée inopposable. Le vrai problème est plutôt de savoir si l'inopposabilité frappe la naturalisation elle-même ou les seuls effets frauduleux produits par celle-ci : la princesse de Beauffremont doit-elle considérée par les juges français comme *française malgré sa naturalisation* (ce qu'a décidé la Cour de cassation), ou comme *allemande mais non divorcée* ? Plusieurs réponses sont possibles, mais on allègue plus généralement en faveur de la première solution qu'elle est plus facile à mettre en œuvre et évite de sanctionner excessivement le fraudeur en lui imposant des effets de la nationalité étrangère qu'il n'a pas voulus.

LIVRE II
DROIT SPÉCIAL DES CONFLITS DE LOIS

128 La théorie générale des conflits de lois à présent connue, il est temps d'en examiner les applications concrètes. Seront successivement envisagés à cette fin le statut personnel (titre 1), le statut réel (titre 2) et le droit des obligations (titre 3).

TITRE PREMIER
LE STATUT PERSONNEL

129 Le statut personnel regroupe l'ensemble des questions juridiques concernant la personne dans la société. Il est en principe soumis à une loi unique, appelée « **loi personnelle** », et son critère de rattachement a donné lieu à de multiples controverses théoriques (chapitre 1). Ainsi définie, la catégorie juridique du statut personnel est très floue quant à son étendue. Le droit comparé révèle d'ailleurs que les matières incluses dans le statut personnel varient substantiellement d'un pays à l'autre : dans les systèmes les plus personnalistes, les questions de type matrimonial ou successoral y figurent, tandis que les systèmes plus territorialistes de *common law* ont une approche plus restrictive. À cet égard, le droit français retient une position intermédiaire. Le statut personnel y est conçu comme englobant le statut individuel de la personne, c'est-à-dire son état individuel et sa capacité (chapitre 2), ainsi que son statut familial extrapatrimonial (chapitre 3).

CHAPITRE PREMIER
LA CONTROVERSE SUR LE RATTACHEMENT DU STATUT PERSONNEL

130 De nombreux rattachements de la personne peuvent être imaginés. C'est ainsi que les systèmes juridiques arabo-musulmans ou d'Afrique noire modulent l'application des règles juridiques en considération de l'appartenance ethnique ou religieuse des personnes. Ce type de rattachement n'est cependant pas retenu dans les pays occidentaux, qui considèrent que les différences ethniques ou religieuses ne justifient pas un traitement différencié des personnes par le droit. Aussi la controverse qui alimenta la doctrine à partir du XIXe siècle se concentra-t-elle autour de deux rattachements possibles : la nationalité et le domicile. Les données du débat seront exposées (section 1) avant le sens du droit positif français (section 2).

SECTION 1
LES DONNÉES DU DÉBAT

131 Il faut envisager les arguments en faveur de la nationalité comme facteur de rattachement du statut personnel (§ 1) et ceux en faveur du domicile (§ 2).

§ 1 LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE LA NATIONALITÉ

132 Plusieurs motifs de rattachement du statut personnel à la loi nationale peuvent être distingués.

Dans une approche personnaliste telle que celle de Mancini, la loi nationale doit s'appliquer au statut personnel parce qu'elle seule est **adaptée au tempérament** de ses destinataires. Toutefois, les défauts de la construction originaire de cette doctrine[1] et la désuétude du romantisme nationaliste qui la sous-tendait expliquent le développement d'une conception plus scientifique du rattachement du statut personnel à la loi nationale.

Il est ainsi devenu classique de vanter la nationalité pour sa **permanence**, caractéristique qui consacrerait sa supériorité sur le critère du domicile. Cette présentation peut s'opérer, sommairement, de trois manières.

La première consiste à insister sur l'intérêt pour le droit international privé d'un facteur important de sécurité juridique : propre à assurer la continuité internationale de l'état, le rattachement à la nationalité garantit aussi aux tiers une protection contre le changement d'état corollaire du déplacement géographique.

Dans sa seconde version, la présentation rationnelle du rattachement à la nationalité s'appuie sur l'idée que le statut personnel, étant inhérent à l'individu lui-même, doit lui être lié d'une manière nécessaire et permanente.

Enfin, la troisième version insiste sur la nécessité pour la loi nationale de suivre l'individu au-delà des frontières, dans le dessein de garantir sa propre positivité : comme l'écrivait Batiffol, « il ne sert à rien que la loi française prohibe le divorce pour folie d'un des époux s'il suffit à un Français de le demander à Bâle pour l'obtenir valablement *au regard de la loi française* »[2]. L'important serait donc moins la stabilité d'un *certain* contenu normatif que la permanence de la loi tout court, permanence dont la nécessité

---

1. Sur lesquels cf. notamment H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n° 90-91, pp. 198-200. L'auteur montre bien les problèmes posés par le domaine excessivement large auquel Mancini se proposait d'appliquer la loi nationale, et par la nécessité, d'ailleurs reconnue par l'illustre auteur, de multiplier les exceptions au principe... au point de fragiliser considérablement ce dernier. Dans le même sens, cf. H. Batiffol et P. Lagarde, I, n° 232.

2. H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé...*, n° 125, p. 282. Le fait que l'exemple apparaisse aujourd'hui daté ne change en rien sa portée théorique.

s'expliquerait par la nécessaire conjugaison de l'autorité de la loi et de la spécificité du statut personnel.

À ces arguments s'opposent ceux en faveur du rattachement au domicile.

§ 2 LES ARGUMENTS EN FAVEUR DU DOMICILE

133 Le rattachement du statut personnel au domicile peut être justifié par plusieurs considérations.

On peut tout d'abord énoncer que l'intérêt de celui qui vit en pays étranger est d'être rattaché à la loi de son domicile car il la connaît souvent mieux que sa loi nationale. Cette meilleure connaissance de la loi est aussi et surtout le fait de ceux qui contractent avec lui, et qui peuvent connaître facilement le droit applicable aux causes d'incapacité susceptibles de l'affecter. Dans le même ordre d'idées, la loi du domicile est aussi, le plus souvent, celle du juge saisi. Or, même si le juge est désormais obligé d'appliquer d'office la loi étrangère désignée par la règle de conflit[1], il demeure souhaitable en pratique de favoriser la convergence entre compétence judiciaire et compétence législative.

Certains affirment au surplus que la soumission des étrangers à la loi de leur domicile est gage d'intégration dans le pays d'accueil, tandis que la soumission à la loi nationale ne fait que pérenniser et renforcer une sorte de marginalité juridique.

Du point de vue technique, on peut enfin penser que la loi du domicile présente l'avantage de régler à elle seule toutes les questions pouvant surgir dans une famille réunissant des membres de nationalité différente. On en sent l'utilité, par exemple, en songeant à la fréquence des mariages mixtes.

134 *Conclusion sur la controverse.* L'opposition entre arguments en faveur de la nationalité et du domicile est moins irréductible qu'il y paraît au premier abord. Plusieurs tentatives de conciliation entre les deux critères ont ainsi été proposées. Une **conciliation chronologique**, en premier lieu : Niboyet avait ainsi proposé que le statut personnel de l'étranger domicilié en France soit soumis à

1. En raison du caractère souvent impératif des questions relevant du statut personnel.

la loi française après l'écoulement d'un certain nombre d'années[1]. Une **conciliation par la volonté** en second lieu : une tendance récente, en doctrine comme en législation[2], consiste en effet à valoriser l'option donnée à la personne entre la loi de son domicile et sa loi nationale en considérant que l'intéressé est le mieux placé pour déterminer le système juridique dont il est effectivement le plus proche. **Une conciliation par l'objet** en dernier lieu : il est envisageable, compte tenu de l'hétérogénéité des problèmes intégrés au statut personnel, de rattacher certaines matières à la nationalité et d'autres au domicile. C'est d'ailleurs bien le sens pris par le droit positif contemporain, lequel favorise la loi nationale lorsque seul le statut individuel est concerné et développe la compétence de la loi du domicile à régir le statut familial.

SECTION 2
LE SENS DU DROIT POSITIF

135 L'Ancien Droit soumettait le statut personnel à la loi du domicile. C'était le résultat d'un Moyen Âge marqué par la territorialité du droit, et le corollaire du morcellement territorial et juridique de l'ancienne France. Par contraste, le Code civil de 1804 retient le critère de la nationalité. Son article 3 alinéa 3, sur lequel nous avons déjà attiré l'attention[3], énonce en effet que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant à l'étranger ». Cet article fut bilatéralisé seulement dix ans plus tard par la Cour de Paris dans l'arrêt *Busqueta* du 13 juin 1814[4].

Pourtant, le rattachement du statut personnel à la loi nationale connut un certain reflux à partir du XXe siècle. Tandis que, pendant l'entre-deux guerres, Lerebours-Pigeonnière et Niboyet prenaient

1. Pour un exemple de la postérité de cette thèse, cf. F. Monéger, « Les musulmans devant le juge français », *JDI* 1994. 345 et s., spéc. p. 374.
2. Pour un aperçu d'ensemble, cf. J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel, Étude prospective de droit international privé*, préf. F. Rigaux, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruylant, Bruxelles, 1992 ; D. Gutmann, *Le sentiment d'identité, Étude de droit des personnes et de la famille*, th. Paris II, 1996, n° 531 et s.
3. Cf. *supra*, n° 49.
4. *Grands arrêts*, n° 1.

position en faveur de la loi du domicile en alléguant que ce rattachement était plus protecteur du pays d'immigration qu'était devenu la France, l'on s'apercevait que la loi nationale ne pouvait toujours être appliquée. Tel était le cas, notamment, en présence d'apatrides et de réfugiés pour lesquels la jurisprudence se replia vers le domicile [1]. Tel était également le cas en présence de rapports familiaux — divorce, filiation — mettant aux prises des individus de nationalités différentes, et pour lesquels le rattachement par le domicile permettait de désigner une loi unique de résolution du problème. Ainsi le critère du domicile gagnait-il progressivement du terrain.

Parallèlement, de multiples conventions internationales consacraient le rattachement de certaines situations juridiques à la **résidence habituelle** de l'intéressé. Plus concret que celui du domicile, moins susceptible de conflits d'interprétation entre pays de droit civil et pays de *common law* [2], le critère de la résidence habituelle fut notamment adopté par les Conventions de La Haye de 1961 en matière de protection des mineurs, de 1956 et 1973 sur les obligations alimentaires, de 1978 sur les régimes matrimoniaux.

La diversité des rattachements en fonction des matières traitées est le signe d'un pragmatisme certain du législateur — entendu au sens large. On peut cependant y voir la manifestation d'un éclatement total du statut personnel en une myriade de problèmes particuliers donnant lieu à des solutions isolées, au point que d'aucuns se demandent si la notion de statut personnel a encore un sens. Mais on ne peut prononcer un tel jugement qu'en s'appuyant sur la connaissance précise des règles de conflit.

---

1. Avant que ce critère ne soit consacré par la Convention de New York du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides et les Conventions de Genève du 28 octobre 1933 et du 8 juillet 1951 sur le statut des réfugiés.

2. L'Angleterre connaît notamment la notion de « domicile d'origine », domicile attribué à la naissance et d'une très grande stabilité. Le domicile ainsi conçu est très proche de la notion de nationalité. Le domicile d'origine s'oppose, en droit anglais, au « domicile de choix ».

CHAPITRE 2
LE STATUT INDIVIDUEL

136 Suivant l'ordre de l'article 3 du Code civil, on envisagera l'état (section 1) puis la capacité des personnes (section 2), en ne retenant toutefois de l'état que ce qui concerne l'identification de l'individu. La filiation sera en effet envisagée en tant que composante du statut familial[1]. Quant à la catégorie des droits de la personnalité, que l'on pourrait songer à inclure dans le statut individuel, elle n'est pour le moment pas considérée comme matière de statut personnel par la Cour de cassation. Celle-ci a en effet décidé que la violation du droit au respect de la vie privée et du droit à l'image devait être soumise à la loi du lieu de survenance des faits commis, ce qui semble militer en faveur du rattachement à la catégorie délictuelle[2].

SECTION 1
L'IDENTIFICATION DE LA PERSONNE

137 Le droit procède à l'identification de la personne au moyen de divers instruments. Il attribue tout d'abord à l'individu une nationalité. Cette attribution est faite par chaque État de façon unilatérale, de sorte que la détermination de la nationalité n'est pas, en tant que telle, une question donnant lieu à conflit de lois[3]. Quant

1. Cf. *infra*, n° 176 et s.
2. Cass. 1re civ., 13 avril 1988, *JDI* 1988. 752, note Edelman ; *Rev. crit. DIP* 1988. 546, note Bourel ; *JCP* 1988. II. 21320, note Putman.
3. Pour l'approfondissement de cette affirmation, cf. *infra*, n° 338.

au domicile, qui constitue également un moyen d'identifier la personne, il est également soustrait au conflit de lois lorsqu'il constitue un élément de rattachement retenu par la règle de conflit française, ou lorsqu'il conditionne la jouissance d'un droit ou la compétence d'un tribunal. C'est donc la loi française qui livre en principe la définition du domicile. Il n'est fait exception à cette compétence de la loi française que dans l'hypothèse où le droit étranger désigné par la règle de conflit française retient lui-même le critère du domicile pour renvoyer la question à un autre ordre juridique.

Ne restent donc à étudier, parmi les règles d'individualisation de la personne, que l'état civil (§ 1) et le nom (§ 2).

§ 1 L'ÉTAT CIVIL

138 L'état civil est, en France, soumis à une réglementation impérative qui s'impose en vertu de l'article 3, al. 1er du Code civil, selon lequel les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Ainsi, les naissances, les mariages et les décès des étrangers survenant en France doivent être déclarés à l'état civil français dans les mêmes conditions que pour les Français. La compétence des services d'état civil est alors considérée comme exclusive de toute autre.

Lorsque l'événement affectant l'état civil de la personne se produit à l'étranger, l'article 47 du Code civil prévoit que « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays »[1]. L'article 48, alinéa 1er ajoute que « tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires ».

Notons pour finir que les problèmes de discontinuité internationale des règles relatives à l'état civil sont progressivement enrayés grâce aux efforts déployés par la Commission internatio-

1. La force probante en principe reconnue à ces actes n'est cependant pas irréfragable, notamment lorsqu'existe un doute sur l'exactitude ou la vraisemblance des faits déclarés et constatés par l'officier d'état civil étranger (Cass. 1re civ., 12 nov. 1986, *D.* 1987. 157, note Massip ; *Rev. crit. DIP* 1986. 557, note Poisson-Drocourt ; *JDI* 1987. 322, note Gaudemet-Tallon).

nale de l'état civil instituée en 1949. Cette Commission est à l'origine de nombreuses conventions internationales et recommandations tendant à la reconnaissance et à l'unification des documents d'état civil, ainsi qu'à l'échange d'informations entre différents pays membres.

§ 2 LE NOM

139 Le nom n'est pas soumis à une règle de conflit unique. Ceci s'explique par le fait que le nom est, tantôt sous la dépendance d'autres institutions, tantôt traité de façon autonome.

On se trouve dans la première situation pour déterminer le nom de l'enfant légitime car son attribution est une **conséquence du mariage** de ses parents. C'est pourquoi la jurisprudence française considère que la loi des effets du mariage est compétente pour régir la transmission du nom aux enfants légitimes [1]. De même, le nom de la femme mariée peut n'apparaître que comme un effet du mariage. Enfin, toujours pour signifier la dépendance du nom envers l'institution familiale, on peut être tenté de soumettre le nom de l'enfant naturel à la loi qui régit les effets de sa filiation.

Ces thèses sont cependant discutables, et la position de la jurisprudence à ce sujet n'est pas véritablement tranchée. Aussi est-il parfois estimé que l'attribution du nom devrait en toute circonstance être soumise à la **loi personnelle** de l'intéressé. C'est déjà le cas, au demeurant, lorsqu'est en cause la validité d'un changement de nom ou plus généralement son régime juridique. En l'absence de dépendance à l'égard d'une institution particulière, il est en effet admis que le nom relève de la loi personnelle de l'intéressé.

Mais le rattachement de certains aspects du régime juridique du nom à la nationalité est lui-même contestable, si l'on songe que le changement de nom est en France l'objet d'une réglementation administrative assez contraignante qui intéresse l'ordre public [2],

1. Cass. 1re civ., 7 oct. 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 72, note Hammje ; *Defrénois*, 1998, art. 36815, n° 48, p. 705, obs. Massip ; *D.* 1998. somm. comm. 299, obs. Bottiau. Pour l'arrêt d'appel, cf. Paris, 12 mai 1995, *JDI* 1997. 419, note Lucas.

2. Le Tribunal de grande instance de Paris a ainsi estimé que l'autorisation gouvernementale préalable au changement de nom était d'ordre public, et a refusé l'exequatur à un jugement anglais qui accordait le changement sans cette formalité (13 mai 1992, *JDI* 1994. 419, note Lucas).

voire peut s'analyser comme une loi de police. Aussi la construction du droit des conflits de lois en matière de patronyme est-elle pour l'instant inachevée.

SECTION 2
LA CAPACITÉ DE LA PERSONNE

140 Les problèmes posés par la capacité de la personne sont d'ordre divers. Tantôt, l'incapacité est alléguée pour contester *a posteriori* un acte juridique. Tantôt, l'incapacité est appréhendée comme élément du statut de la personne, et donne lieu à un régime de protection permanent par le biais d'organes spécifiques de représentation, d'assistance ou de contrôle.

À ne lire que l'article 3, alinéa 3 du Code civil, toutes ces questions donnent lieu à une résolution unique : la capacité — donc l'incapacité — est soumise à la loi nationale. La réalité est néanmoins plus nuancée. On s'en apercevra en examinant séparément les deux ordres de problèmes envisagés plus haut : l'incapacité alléguée de façon ponctuelle (§ 1) et la protection organique des incapables (§ 2).

§ 1 L'INCAPACITÉ ENVISAGÉE À L'OCCASION D'UN ACTE PONCTUEL

141 Le domaine de la loi nationale, dans ce type de situation, dépend en principe du caractère général ou spécial de l'incapacité en cause (A). Il se trouve également affecté par considération des effets plus ou moins néfastes du rattachement à la nationalité (B).

A La variation du domaine de la loi nationale en fonction de la nature de l'incapacité

142 Il existe en matière d'incapacités une *summa divisio* dont l'influence est directement perceptible sur le terrain des conflits de lois. Il s'agit de la distinction entre incapacités générales et incapacités spéciales.

Les **incapacités générales** sont celles qui atteignent la personne pour tous ses actes. Elles recouvrent avant tout des incapacités

générales d'exercice (minorité, tutelle...), car les incapacités générales de jouissance ont pour ainsi dire disparu. Peu importe que ces incapacités générales soient d'origine légale ou judiciaire. Ces incapacités sont soumises à la loi nationale de l'intéressé, en raison de la nécessaire continuité de la protection qui doit être assurée à l'incapable au-delà des frontières.

Les **incapacités spéciales** sont celles qui atteignent la personne à l'occasion d'un acte particulier. C'est le cas, par exemple, des incapacités de donner ou de recevoir posées pour certains actes juridiques[1]. Ces incapacités revêtent un caractère exceptionnel déterminé par la nature de l'acte juridique en cause. Elles sont donc soumises à la loi applicable à l'institution dont elles dépendent, ce qui constitue une exception à la compétence de la loi nationale[2].

Enfin, il existe des **causes naturelles d'incapacité** que le droit n'appréhende pas distinctement, telle que l'imbécillité ou la démence. Il s'agit d'altérations de fait des facultés mentales ne donnant pas toujours lieu à la mise en place d'un régime de protection spécifique. La question de leur rattachement s'est posée avec acuité en présence d'actes juridiques dont la validité était contestée. Envisagée comme vice du consentement, l'insanité d'esprit aurait pu être soumise à la loi du contrat. La Cour de cassation a préféré se référer à la loi nationale de l'aliéné en considérant que « l'insanité d'esprit et la démence constituent en réalité des cas d'incapacité soumis à la loi personnelle et non à la loi régissant les actes incriminés comme les vices du consentement »[3]. Indirectement, le bien-fondé de cette solution fut confirmé par l'intervention de la loi du 3 janvier 1968 qui rangea l'insanité d'esprit des majeurs parmi les incapacités légalement protégées[4].

Au total, donc, le domaine de la loi nationale demeure assez étendu. Il peut cependant être fait obstacle à l'application de la loi nationale si les effets de celle-ci sont trop néfastes.

B Le refoulement de la loi nationale

143 En matière d'incapacité comme ailleurs, l'application de la loi nationale désignée par la règle de conflit peut être écartée si elle heurte l'**ordre public**. Tel est le cas en présence d'incapacités générales de jouissance qui rappelleraient par trop la mort civile

1. Incapacité du médecin de recevoir une libéralité de son malade au cours de la dernière maladie, incapacité du tuteur de recevoir de son pupille, etc.
2. Cf., en matière successorale, *infra* n° 213.
3. Cass. 1re civ., 25 juin 1957, *ép. Silvia*, *Grands arrêts*, n° 29.
4. Art. 488 C. civ.

connue par le droit français jusqu'au XIXe siècle. La même éviction de la loi nationale s'impose si celle-ci institue une incapacité fondée sur une discrimination raciale, politique ou religieuse.

Mais le refoulement de l'application de la loi nationale peut aussi se justifier par des considérations particulières tenant à la nécessité de protéger la **sécurité juridique**. L'incapacité d'une personne peut en effet ne pas être connue de son cocontractant. Aussi l'annulation de l'acte juridique constitue-t-elle un péril pour la stabilité des conventions passées par l'incapable avec des individus de bonne foi. La Cour de cassation le reconnut dans une affaire exemplaire, l'affaire ***Lizardi***[1] : en l'espèce, un Mexicain de 23 ans avait acheté à Paris des bijoux qu'il avait refusé de payer. Il fit valoir que la loi mexicaine applicable à sa capacité le réputait mineur car il avait moins de 25 ans, ce dont il résultait la nullité de l'acte passé. La Cour de cassation se refusa cependant à accepter une telle argumentation : sensible au sort du commerçant français qui avait pu croire à la capacité de son acheteur, elle affirma qu'« il convient d'apporter à l'application du statut étranger des restrictions et des tempéraments sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français ». Plus précisément, la Cour énonça « qu'il suffit (...), pour la validité du contrat, que le Français[2] ait traité *sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi* ».

On a pu voir dans cette solution la reconnaissance de l'idée que **l'apparence** de capacité justifie l'écartement de la règle de conflit lorsque l'ignorance de l'applicabilité de la loi étrangère — et *a fortiori* du contenu de la loi étrangère — est excusable[3]. Dans un sens proche, l'article 11 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles n'autorise un contractant, capable selon la loi du pays où le contrat a été conclu, à opposer son incapacité « que si, au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant a connu cette incapacité ou ne l'a ignorée qu'en raison de son imprudence de sa part ».

Cette approche « microscopique » de l'incapacité contraste avec l'approche « macroscopique » qui doit être retenue pour déterminer la loi applicable à la protection organique des incapables.

---

1. Req. 16 janv. 1861, *Grands arrêts*, n° 5.

2. Il est acquis que la solution ne joue pas, malgré la formulation de l'arrêt, au bénéfice des seuls Français, et qu'elle doit donc être bilatéralisée.

3. M.-N. Jobard-Bachellier, *L'apparence en droit international privé. Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibl. de Droit Privé, t. 178, 1984.

§ 2 LA PROTECTION ORGANIQUE DES INCAPABLES

144 La protection organique des incapables est en principe soumise à la loi nationale de l'incapable, conformément à la règle applicable aux incapacités générales (A). Cette règle est cependant battue en brêche par l'importance considérable jouée par la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs (B).

A La compétence de principe de la loi nationale

145 Le domaine de la loi nationale de l'incapable est étendu (1) et ses limites s'inspirent du souci de protéger l'intéressé (2).

1. Une compétence étendue

146 La loi nationale de l'incapable est tout d'abord compétente pour régir la **désignation et les pouvoirs des autorités protectrices**. De là suit qu'elle a également vocation à s'appliquer lorsque l'autorité de protection — le tuteur, notamment — a une nationalité différente de celle de l'incapable. De là paraît encore découler que l'autorité parentale est soumise à la loi de l'incapable, que celui-ci soit enfant naturel ou légitime. Cette solution est cependant discutée, car on pourrait songer à soumettre l'autorité parentale à la loi qui régit le lien de parenté lui-même. En tout état de cause, le débat est rendu assez théorique par l'intervention de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961, qui s'applique dans la plupart des cas soumis au juge français[1] et impose à celui-ci de reconnaître tout rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi nationale du mineur.

La loi nationale de l'incapable est encore compétente pour l'**administration des biens** de l'incapable, même si les biens sont situés dans un autre pays. Ainsi, c'est la loi nationale du mineur étranger qu'il conviendra de se référer pour déterminer les conditions du partage ou de la vente amiable d'immeubles situés en France[2]. Une exception est donc apportée à l'application de la loi du lieu de situation des biens, afin de faire prévaloir l'unité de l'institution protectrice de l'incapable. Exception d'autant plus notable, soit dit en passant, qu'elle s'oppose à la règle admise dans l'Ancien droit et contredit la prééminence fréquente du statut

1. Cf. *infra*, n° 148.
2. Cass. civ., 13 avril 1932, *Château de Chambord*, *Grands arrêts*, n° 14.

réel sur les matières avec lesquelles il rentre en conflit. Il se peut cependant que la loi nationale soit écartée.

2. Les limites

147 La compétence de la loi nationale peut être refoulée en raison de **l'impossibilité** d'appliquer en France les mesures de protection édictées par la loi de l'incapable. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle admis, en cas d'urgence, la substitution de la loi française à la loi étrangère ordinairement compétente, car l'ordre public s'oppose à ce qu'un incapable demeure sans protection effective [1]. De même, elle admet l'intervention des services publics français de protection de l'incapable en cas de **défaillance des organes normaux** de protection, lorsque sa personne ou ses biens sont en danger, ou lorsqu'il constitue un danger pour la société.

Cette intervention des règles et des autorités françaises est justifiée par la nécessité de protéger au mieux l'incapable, non par le désir d'étendre la compétence de la loi française. C'est pourquoi la conciliation entre règles étrangères et moyens français est généralement tentée. Elle n'est cependant pas toujours possible, ce qui a conduit la Cour de cassation à déclarer les dispositions relatives à l'assistance éducative applicables à tous les mineurs se trouvant sur le territoire français, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents [2]. Cette illustration de la technique de la loi de police est un pis-aller dont le système conventionnel de protection des mineurs a tenté de limiter la nécessité.

B La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs

148 On doit à l'affaire *Boll* [3] d'avoir démontré toute la complexité des questions surgissant en matière de protection internationale des mineurs. Cette complexité tient, entre autres raisons, à l'existence d'un double conflit : entre la loi nationale du mineur et la loi de sa résidence, d'une part ; entre les autorités des deux pays, d'autre part. En l'occurrence, une mineure néerlandaise née et domiciliée en Suède avait été confiée à un office de protection suédois appliquant les règles suédoises relatives à « l'éducation protectrice ». Saisie de la régularité de cette situation, la CIJ admit la compétence des autorités et de la loi suédoises, et ouvrit surtout la porte

1. Cass. civ., 19 nov. 1923, *D.H.* 1923. 3.
2. Cass. 1re civ., 17 oct. 1964, *Rev. crit. DIP* 1965. 119.
3. CIJ, 28 nov. 1958, *CIJ Rec.* 1958, p. 55 ; *Rev. crit. DIP* 1958. 713.

à de nombreuses interrogations sur les moyens d'améliorer la protection internationale des mineurs.

Le retentissement de cette affaire est pour beaucoup dans l'adoption de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs[1], entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972. Celle-ci s'applique à tout mineur ayant sa résidence habituelle en France, même s'il n'est pas ressortissant d'un État contractant (article 13). Elle instaure un dispositif de protection normale du mineur (1) et un dispositif de protection exceptionnelle (2) qui appellent quelques observations (3).

1. La protection du mineur en situation normale

149 Le principe émis par la Convention est celui de la compétence des autorités et de la loi de la **résidence habituelle** du mineur. Ainsi les autorités judiciaires et administratives de l'État où le mineur a sa résidence sont-elles compétentes pour prendre les mesures de protection de sa personne ou de ses biens prévues par leur loi interne (art. 1 et 2). Ce renversement du rattachement habituel du statut personnel s'explique par la nécessité de garantir l'effectivité de la protection du mineur grâce à la proximité matérielle qui existe entre le mineur et son pays de résidence habituelle. La Convention adopte au surplus un système qui permet de faire coïncider les compétences administrative, judiciaire et législative, sous réserve des exceptions qui suivent.

Le rôle des autorités et de la **loi nationale** du mineur n'est en effet pas nié. Tout d'abord, les États parties à la Convention s'engagent à reconnaître les rapports d'autorité découlant de plein droit — c'est-à-dire sans l'intervention d'une autorité judiciaire ou administrative — de la loi nationale du mineur (art. 3). Il en résulte, par exemple, que l'autorité parentale ou la tutelle légale instaurées par la loi nationale du mineur doivent être reconnues à l'étranger.

Les autorités nationales du mineur peuvent également prendre dans l'intérêt de celui-ci les mesures qu'impose leur loi interne, même lorsque sa protection a été organisée par les autorités de la résidence habituelle, et ce à deux conditions : que l'intérêt du mineur l'exige et que les autorités de la résidence habituelle en soient avisées (art. 4).

1. Sur laquelle cf. Y. Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976.

D'autres dispositions tendent par ailleurs à faciliter la collaboration entre autorités des différents pays : c'est ainsi qu'en cas de changement de résidence, les mesures prises par les autorités de l'État de l'ancienne résidence habituelle restent en vigueur tant que les autorités de la nouvelle résidence ne les ont pas levées ou remplacées (art. 5). De même, une collaboration est prévue entre autorités de l'État dont le mineur est le ressortissant et celles de l'État dans lequel il réside ou possède des biens, les unes pouvant confier aux autres la mise en œuvre des mesures prises.

Un équilibre est donc recherché, en situation normale, entre la compétence protectrice du système qui correspond au milieu réel du mineur et la continuité du statut personnel de celui-ci au-delà des frontières. En cas de circonstances exceptionnelles, cet équilibre est toutefois rompu en faveur de la loi de la résidence.

2. La protection du mineur en situation exceptionnelle

150 En cas de danger affectant le mineur, les autorités de la résidence habituelle peuvent prendre les mesures conformes à leur propre loi malgré la protection de plein droit résultant de la loi nationale (art. 8). En cas d'urgence, des mesures provisoires peuvent être prises par les autorités de tout État contractant où le mineur a sa résidence ou ses biens (art. 9).

3. Observations conclusives

151 La Convention du 5 octobre 1961 est, sur certains points, d'application malaisée, car elle prête le flanc à des interprétations divergentes ou orientées. L'expérience a révélé, par exemple, que les autorités de la résidence habituelle sont souvent peu enclines à accepter la protection à distance exercée par les autorités nationales, ce qui les conduit à interpréter largement la notion de danger. On relève en outre certains problèmes surgissant à l'occasion des conflits sur le droit de visite du parent qui n'exerce pas l'autorité parentale sur l'enfant. Doit-il être considéré comme un rapport d'autorité, soumis à la loi nationale, ou comme une mesure de protection du mineur, soumise à la loi de la résidence habituelle ? Et s'il s'agit d'un rapport d'autorité connu par la loi nationale, le fait qu'il doive être aménagé par une autorité judiciaire met-il en péril son caractère *de plein droit* ? Autant de questions difficiles à trancher, et ce d'autant plus que la Convention de La Haye entre parfois en conflit avec d'autres conventions[1].

1. Par exemple la Convention de Luxembourg du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives à la garde.

C'est pourquoi la XVIIIe session de la Conférence de La Haye a conduit à l'élaboration d'une nouvelle **Convention du 19 octobre 1996 sur la protection des mineurs**[1], non encore en vigueur, qui concerne la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

S'il est trop tôt pour en détailler les nombreuses dispositions, on signalera tout de même que, par rapport à la Convention de 1961, elle se caractérise par un choix net en faveur en faveur de la compétence de principe des autorités de la **résidence habituelle** de l'enfant pour prendre des mesures de protection de sa personne ou de ses biens. Ce refoulement de la nationalité peut également être observé en matière de compétence législative, les autorités compétentes pour protéger le mineur devant en principe appliquer leur propre loi. Le contraste avec la Convention de 1961 est particulièrement sensible en matière d'autorité parentale : l'article 16 § 1er du texte nouveau institue en effet une véritable règle de conflit, en énonçant que « l'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant ».

Il convient toutefois de mentionner la possibilité, pour l'autorité saisie d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de prendre conformément à sa loi des mesures de protection de la personne ou des biens de l'enfant si certaines conditions de proximité sont réunies et si cette compétence est de l'intérêt de l'enfant[2]. On gardera ceci à l'esprit en étudiant les dispositions de la Convention de Bruxelles 2 sur les conflits de juridictions en matière matrimoniale[3].

---

1. P. Lagarde, « La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs », *Rev. crit. DIP* 1997. 217 et s. Pour le texte de la Convention, cf. *Rev. crit. DIP* 1997. 813.

2. Art. 10 de la Convention.

3. Cf. *infra*, n° 309 et s.

CHAPITRE 3
LE STATUT FAMILIAL

152 Le statut familial extra-patrimonial englobe le mariage (section 1) et la filiation (section 2).

Il convient, avant d'étudier ces règles, de mentionner qu'en l'absence de reconnaissance du **concubinage** par l'ensemble des branches du droit, celui-ci ne fait pas l'objet d'une règle de conflit particulière[1]. Les problèmes juridiques posés par le concubinage seront donc résolus au cas par cas, en fonction de leur nature : l'un des concubins demandera-t-il réparation du dommage subi en raison d'une rupture fautive ? on appliquera la loi applicable à la catégorie délictuelle ; s'agira-t-il de déterminer la vocation successorale du concubin survivant ? on interrogera alors sur ce point le droit désigné par la loi de la succession.

SECTION 1
LE MARIAGE

153 Le mariage se forme (§ 1), produit des effets (§ 2) puis les liens qu'il a tissés sont rompus ou relâchés (§ 3).

§ 1 LA FORMATION DU MARIAGE

154 La loi applicable aux conditions de fond du mariage (A) n'est pas la même que celle applicable aux conditions de forme (B). Il

1. Sur le sujet, cf. GAUTIER, *L'union libre en droit international privé*, th. Paris I, 1986.

appartient donc à deux lois différentes de statuer sur la validité du mariage et, en cas de nullité pour vice de forme ou de fond, de déterminer les conditions et les effets de l'action en nullité[1].

A Les conditions de fond du mariage

155 Le principe est que les conditions de fond du mariage sont régies par la loi nationale de chacun des futurs époux (1), sous réserve de l'intervention de l'ordre public (2).

1. Le principe de soumission à la loi nationale

156 La soumission des conditions de fond du mariage à la loi nationale des futurs époux se fonde sur l'article 3 alinéa 3 du Code civil. Elle est confirmée incidemment par l'article 170 du même Code qui subordonne la reconnaissance du mariage d'un Français célébré à l'étranger à sa conformité aux règles de fond françaises du mariage. Ce texte est aisément bilatéralisable.

La règle s'applique, que les époux soient ou non de même nationalité. Lorsqu'ils sont de nationalité différente, le mariage est réputé valable si tel est le cas aux yeux de la loi personnelle de chacun d'entre eux. Chaque loi fixe les conditions d'aptitude au mariage de son ressortissant, et l'on procède ainsi à une **application distributive** des lois nationales.

Il se peut également que la loi de l'un des époux édicte un « **empêchement bilatéral** », c'est-à-dire une interdiction visant la personne de l'autre. Telle loi prohibera par exemple à un oncle d'épouser sa nièce, telle autre interdira de convoler avec une personne déjà liée par les liens du mariage (en France, l'article 147 du Code civil). En pareil cas, il suffit qu'une seule loi refuse de reconnaître la validité de l'union pour que le mariage soit nul. La solution n'est guère satisfaisante, puisqu'elle conduit privilégier systématiquement la loi la plus restrictive. On ne pourrait cependant remédier à cet inconvénient qu'en imaginant de soumettre la validité du mariage à une loi « neutre » (loi du lieu de célébration, loi nationale d'un seul époux) et le remède serait peut-être pire que le mal car aucun rattachement n'est exempt de reproches. Aussi ne reste-t-il qu'à déclarer contraire à l'ordre public la loi étrangère qui choquerait trop fortement nos vues et à bloquer par ce moyen le jeu ordinaire de la règle de conflit.

1. Le principe selon lequel la loi applicable à la formation du mariage est également celle qui règle les effets de la nullité a été posé, au sujet du mariage putatif, par l'arrêt *Moreau* (Cass. civ., 6 mars 1956, *D.* 1958. 709, note Batiffol; *JCP* 1956. II. 9549; *Rev. crit. DIP* 1956. 305, note Francescakis).

2. L'intervention de l'ordre public

157 L'application de la règle de conflit applicable aux conditions de fond du mariage illustre bien le rôle de l'exception d'ordre public (a) et celui de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public (b).

a. L'exception d'ordre public

158 L'exception d'ordre public peut s'opposer à l'application de la loi étrangère en maintes circonstances. Elle joue, par exemple, lorsque la règle de conflit aboutit à valider un mariage polygamique célébré sur le territoire français. Elle joue encore en présence d'un mariage consacrant un inceste « absolu », c'est-à-dire une union que le droit français réprouve au point de n'accorder aucune dispense. Diverses règles relatives à l'âge minimum et à l'exigence du consentement peuvent encore être déclarées contraires à l'ordre public.

Il importe cependant de noter que le rôle de l'exception d'ordre public n'est pas seulement d'empêcher des mariages qui seraient possibles selon la ou les lois nationales des intéressés. Il est aussi, parfois, de *permettre* des mariages que la loi étrangère empêcherait, en raison d'empêchements fondés sur des motifs religieux, politiques ou raciaux : l'interdiction par le droit civil du mariage des prêtres ou l'exigence d'une autorisation administrative pour un fonctionnaire ou un militaire peuvent ainsi être écartées. Dans le même sens, on a pu estimer que l'ordre public s'oppose aux obstacles de nature religieuse qu'une loi étrangère établit à l'encontre de la liberté matrimoniale, telle la loi marocaine qui interdit le mariage d'une Marocaine musulmane avec un non-musulman[1].

b. L'effet atténué de l'ordre public

159 En matière de mariage, la théorie de l'effet atténué de l'ordre public a surtout été développée pour justifier la reconnaissance d'unions polygamiques célébrées à l'étranger. Par ce moyen, en effet, la seconde épouse du polygame peut obtenir en France la reconnaissance de certains droits patrimoniaux qu'elle tient de son mariage. Ainsi la théorie de l'effet atténué de l'ordre public permet de protéger l'épouse en refusant de faire jouer frontalement l'ordre public contre la loi étrangère.

Pourtant, le mariage polygamique illustre aussi les limites de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. S'il est en effet fréquent

1. Paris, 9 juin 1995, *D.* 1996. somm. comm. 171, obs. Audit ; *JCP* 1996. I. 3946, n° 1, obs. Farge.

que cette théorie serve à conférer des droits à la seconde épouse contre son mari, elle peut aussi lui donner des armes contre la première épouse. Or, ce conflit entre épouses prend un relief particulier lorsque la première femme est française ou de statut personnel monogame, et n'accepte pas que ses droits (par exemple après décès du mari) soient réduits au profit de la seconde épouse. La reconnaissance des effets produits par le second mariage du mari choque alors beaucoup plus qu'en présence d'une première femme de statut polygamique. La Cour de cassation a donc estimé dans l'affaire *Baaziz* que, si le mariage polygamique célébré à l'étranger est valable, la conception française de l'ordre public international « s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'égard de celle-ci »[1]. Ainsi la Cour de cassation est-elle revenue à plus de rigueur tout en restant apparemment fidèle à la théorie de l'effet atténué de l'ordre public.

La solution ne recueille qu'une approbation du bout des lèvres de la doctrine qui envisage avec défaveur cette application pour le moins singulière de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public, et fait valoir que l'arrêt *Baaziz* est inutilement cruel pour la seconde épouse qu'il prive même des effets du mariage putatif. Aussi certains recommandent-ils l'édiction d'une règle de conflit spéciale pour le mariage polygamique, afin de limiter sa validité, en amont de l'ordre public, par la redéfinition de la règle de conflit elle-même. On pourrait ainsi songer à n'admettre une seconde union que si celle-ci est admise par la loi des effets du premier mariage[2]. La solution la plus sûrement protectrice de la première épouse consisterait à soumettre la validité du mariage polygamique à l'application cumulative des lois personnelles de tous les intéressés[3].

B Les conditions de forme du mariage

160 Le mariage est un acte juridique. En cette qualité, il est soumis à la règle *Locus regit actum*, qui signifie que la forme d'un acte juridique est régie par la loi du lieu où il est passé. Le mariage est cependant un acte juridique particulier car de nombreux systèmes juridiques font intervenir l'autorité publique dans sa formation[4]. Aussi la

1. Cass. 1re civ., 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 71, note Lequette.
2. I. Fadlallah, *La filiation légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n° 195 et s, spéc. n° 198.
3. Y. Lequette, note *Rev. crit. DIP* 1989. 78.
4. E. Ralser, *La célébration du mariage en droit international privé*, th. Paris II, 1998.

compétence de la loi du lieu de célébration n'est-elle souvent en réalité que l'effet de la compétence des autorités locales. On en verra les conséquences en examinant les mariages célébrés en France (1) et les mariages célébrés à l'étranger (2).

1. Les mariages célébrés en France

161 Tout mariage célébré en France doit l'être par un officier d'état civil français (a). Les exceptions sont rares (b).

a. La compétence exclusive des règles de forme françaises

162 Le principe de compétence exclusive des règles de forme françaises comporte deux séries de conséquences.

En premier lieu, un mariage civil contracté en France entre étrangers est valable même si la loi nationale des époux conduit à une solution contraire. Cette solution ne fait aucun doute depuis que l'arrêt *Caraslanis*[1] a validé un mariage célébré devant l'officier d'état civil français en violation de la loi nationale de l'époux grec orthodoxe.

En second lieu, un mariage contracté en France entre étrangers selon les formes prévues par leur loi nationale est nul si ces formes sont privées ou religieuses[2].

Cette solution fort discutée peut s'expliquer par plusieurs idées. La première est que la soumission de la forme du mariage à la loi du lieu de célébration présente un caractère impératif, car chaque État a un intérêt particulier à ce que les mariages conclus sur son territoire respectent les formes qu'il édicte. Cette thèse, plusieurs fois affirmée en jurisprudence, contraste avec le droit commun des actes juridiques qui ne confère à la règle *Locus regit actum* qu'un caractère facultatif : les parties à un contrat ordinaire *peuvent* soumettre sa forme à la loi du lieu de célébration mais n'y sont pas contraints[3].

La seconde explication est la version plus « nationaliste » de la première. Elle consiste à dire qu'*en France*, la règle prévoyant la compétence exclusive de l'officier d'état civil pour célébrer les mariages constitue une loi de police s'imposant à tous sur le territoire. On lui oppose parfois que le principe de laïcité n'a pas à jouer un tel rôle en droit international, et que sa prééminence systématique traduit une défiance un peu exagérée envers les

---

1. Cf. *supra*, n° 57.

2. Sur la jurisprudence, J. Mestre, « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *Rev. crit. DIP* 1977. 659 et s.

3. Cf. *infra*, n° 243 et s.

mariages religieux[1]. Au demeurant, il existe déjà quelques exceptions à l'exigence des formes françaises.

b. La compétence exceptionnelle de la loi nationale

163 Les mariages célébrés en France entre étrangers devant les agents consulaires ou diplomatiques étrangers selon les formes prévues par les lois nationales des époux sont reconnus valables. Cette règle coutumière du droit international a été consacrée par la Convention de Vienne du 24 avril 1963. Elle ne s'applique cependant en France que si les futurs époux sont tous deux également ressortissants du pays du consul[2].

Réciproquement, la France donne à ses agents à l'étranger le pouvoir de célébrer un mariage entre Français. En outre, l'article 170 du Code civil donne mission au Président de la République de désigner par décret les pays dans lesquels les agents diplomatiques ou les consuls français pourront marier un Français et une étrangère.

Cette application des règles de forme françaises aux mariages célébrés à l'étranger reste cependant exceptionnelle, et n'affecte que très peu le principe de soumission de la forme du mariage célébré à l'étranger à la loi locale.

2. Les mariages célébrés à l'étranger

164 Les mariages célébrés à l'étranger doivent respecter les formes prévues par la loi du lieu de célébration. La règle s'applique à tous les étrangers, qu'ils aient ou non la nationalité de l'État du lieu de célébration. C'est du moins la solution qu'il faut retenir si l'on admet à titre général que la règle *Locus regit actum* possède un caractère impératif en matière de mariage.

La règle s'applique également aux Français. Le mariage d'un Français célébré à l'étranger est en effet valable en la forme, selon l'article 170 du Code civil, s'il a été célébré en la forme locale. Cette compétence de la loi du lieu de célébration s'explique, outre par le caractère impératif de la règle *Locus regit actum*, par le fait que la forme locale est la plus accessible aux futurs époux. Elle conduit donc à reconnaître la validité de mariages religieux et de cérémonies privées, du moment que ces formes — voire l'absence de formes — sont conformes à la législation locale. Plus encore, la preuve du mariage contracté à l'étranger pourra être administrée conformément à cette loi. La Cour de cassation semble enfin

1. Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 292.
2. Reims, 19 janv. 1976, *JDI* 1976. 916, note Fadlallah.

admettre, en cas d'impossibilité pour les époux de se procurer la preuve de leur mariage, qu'ils puissent rapporter cette preuve en usant des moyens offerts par le droit français.

Cette faveur à la reconnaissance des mariages contractés à l'étranger n'est tempérée que par deux types de considérations. Le Français qui entend se marier à l'étranger doit tout d'abord respecter les règles françaises de **publicité** préalable au mariage, ainsi qu'en dispose l'article 170 par renvoi aux règles spéciales en la matière. Le non respect de ces formalités de publicité n'entame pourtant pas forcément la validité du mariage. La jurisprudence, tranchant une vive controverse doctrinale, a en effet posé que l'omission de ces formalités n'est pas suffisamment grave pour justifier la nullité du mariage si elle résulte d'une inadvertance[1]. La nullité doit en revanche être prononcée si les époux ne se sont unis à l'étranger que dans le but d'échapper aux dispositions de la loi française.

Ainsi apparaît en filigrane le second tempérament au libéralisme de la jurisprudence, celui de la **fraude** à la loi. Ce souci d'éviter la fraude transparaît, par ailleurs, dans l'ajout au Code civil par la loi du 24 août 1993 d'un article 146-1 disposant que « le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence ». En pratique, ce nouveau texte traduit la volonté de réagir contre la possibilité non théorique de mariage à distance et par procuration entre un sujet ayant acquis la nationalité française et une personne demeurée dans le pays d'origine que l'on souhaite faire venir, voire acquérir la nationalité française. En théorie, l'intérêt de ce texte doit être noté, car il opère une réduction du domaine de l'article 170 du Code civil en soustrayant la représentation des époux au règne de la loi applicable à la forme du mariage[2].

§ 2 LES EFFETS DU MARIAGE

165 La loi applicable aux effets du mariage doit être identifiée (A) avant que soit envisagé son domaine (B).

1. Cass. req. 8 mars 1975, *DP* 1875. 1. 482.

2. Le Tribunal de grande instance de Paris en a déduit que « la comparution personnelle de l'époux français à la cérémonie de mariage est désormais une condition de fond de l'union et est régie, en tant que telle, par la loi personnelle de l'intéressé » (28 nov. 1995, *Bull. inf. C. cass.*, n° 427, p. 23 ; *JCP* 1996. I. 3946, n° 1, obs. Farge ; *RTD civ.* 1996. 365, n° 10, obs. Hauser).

A La loi applicable aux effets du mariage

166 Les effets du mariage sont la conséquence directe de l'état matrimonial. La règle de conflit applicable aux effets du mariage doit donc trouver sa source dans l'article 3, al. 3, du Code civil. Il en résulte que les effets du mariage conclu entre deux époux ayant la même nationalité doivent être soumis à leur **loi nationale commune**.

Si les époux changent de nationalité au cours du mariage, le conflit mobile qui en résulte doit être tranché en se référant à la nationalité commune qu'ont les époux au jour de l'effet en cause. Si l'un des époux seulement acquiert une nouvelle nationalité et que l'effet litigieux est postérieur à ce changement, la question se complique, puisque les époux n'ont plus la même nationalité.

L'application de la loi nationale est en effet problématique lorsque les époux n'ont pas – ou plus – la même nationalité. On ne peut ainsi appliquer la loi du mari à ses obligations, et procéder symétriquement pour l'épouse. Une telle application distributive, un temps consacrée par la Cour de cassation en matière de divorce[1], se révèle d'une grande complexité et heurte l'idée selon laquelle les effets du mariage forment, dans l'esprit du législateur, un ensemble indivisible. Il faut donc rechercher une loi unique susceptible de régir les effets du lien matrimonial.

Cette loi unique ne peut être celle d'un seul époux sous peine de heurter le principe d'égalité des conjoints. C'est pourquoi la jurisprudence a finalement tranché la controverse en retenant **la loi du domicile commun des époux**. Ce principe, exposé par l'arrêt *Rivière* du 17 avril 1953 à propos du divorce[2], fut transposé sans difficulté aux effets du mariage *stricto sensu*. La solution qu'il énonce s'explique aisément car le milieu où se déroulent effectivement les relations entre époux est le plus pertinent pour déterminer la loi applicable à celles-ci. Précisons en outre que le domicile commun dont il est ici question n'est pas nécessairement le lieu d'habitation commun, mais **l'établissement effectif dans le même pays**. Cette solution découle de l'arrêt ***Tarwid*** du 15 mai 1961[3], qui consacre une vision à la fois pragmatique et large du « domicile commun ». En vertu de la jurisprudence, deux époux peuvent donc avoir un « domicile commun » tout en étant séparés de fait.

---

1. Cass. civ., 6 juillet 1922, *Ferrari*, *Grands arrêts*, n° 12.
2. Cf. *supra*, n° 121.
3. Cass. civ., 15 mai 1961, *Rev. crit. DIP* 1961. 547, note Batiffol ; *JDI* 1961. 734, note Goldman ; *D.* 1961. 437, note G. Holleaux.

Lorsque les époux ne possèdent, ni nationalité commune, ni domicile situé dans le même pays, l'arrêt *Tarwid* précise que la **loi du for** s'applique en raison de sa vocation subsidiaire.

En conclusion, il apparaît que la règle de conflit applicable aux effets du mariage se présente comme une règle de conflit fondée sur des rattachements hiérarchisés : nationalité commune ; à défaut, domicile commun ; à défaut encore, organe saisi.

B Le domaine de la loi des effets du mariage

167 En logique pure, la loi des effets du mariage devrait s'appliquer à tous les liens patrimoniaux et extra-patrimoniaux entre époux, ainsi qu'à toutes les relations entre ceux-ci et leurs enfants. En réalité, la loi des effets du mariage ne couvre que certaines relations, ce qui confère à la catégorie « effets du mariage » un aspect très morcelé.

Pourtant, au lendemain de l'arrêt *Rivière*, rien ne permettait de présager un tel éclatement. Par des arrêts remarqués, la loi des effets du mariage avait été appliquée aux obligations alimentaires entre conjoints[1] et même aux donations mobilières entre époux dont on avait longtemps pensé qu'elles relevaient de la loi successorale[2]. La loi des effets du mariage s'appliquait également à la filiation légitime[3] et à la légitimation[4].

Mais l'histoire récente est celle de la **réduction du domaine de la loi des effets du mariage**. Ce refoulement de la loi des effets du mariage tient d'abord au **développement de règles de conflit d'origine législative** fondées sur des politiques juridiques diversifiées. Ainsi, pour unifier la loi applicable à la filiation, qu'elle soit légitime ou naturelle, le législateur adopta en 1972 une règle spéciale soumettant la filiation à la loi nationale de la mère[5]. Pour favoriser la légitimation, il instaura une règle de conflit à rattachements alternatifs dont la catégorie effets du mariage n'est plus qu'une branche[6]. La loi du 11 juillet 1975 inaugura quant à elle une règle de conflit spécifique au divorce, dont le but était d'étendre au maximum le domaine de la loi française au moyen d'une démarche unilatéraliste[7].

---

1. Arrêt *Chemouni* (cité *supra*, n° 120).
2. Cass. civ., 15 févr. 1966, *Campbell-Johnston*, *Grands arrêts*, n° 42.
3. Cass. 1re civ., 4 nov. 1958, *Moens*, *Rev. crit. DIP* 1959. 309, note Francescakis.
4. Cass. 1re civ., 8 juill. 1969, *Weyrich-Laroche*, *Rev. crit. DIP* 1971. 255, note A. Weill ; *JDI* 1970. 303, note B.G.
5. Art. 311-14 C. civ. Cf. *infra*, n° 178 et s.
6. Art. 311-16 C. civ. Cf. *infra*, n° 183.
7. Art. 310 C. civ. Cf. *infra*, n° 169 et s.

Le rétrécissement progressif du domaine de la loi des effets du mariage s'explique aussi à la lumière du **droit de source internationale**. C'est ainsi que la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires retient la loi interne de la résidence habituelle de l'époux créancier d'aliments et ne retient l'application de la loi nationale commune que dans l'hypothèse où la loi de la résidence du créancier ne lui accorderait pas d'aliments. Il semble même que cette Convention doive s'appliquer en matière de contribution aux charges du mariage[1].

Enfin, la **jurisprudence** paraît, à son tour, contribuer à l'effritement de la catégorie des effets du mariage. Elle considère en effet que les dispositions françaises relatives aux droits et devoirs des époux résultant des articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale[2]. Les devoirs d'assistance, de fidélité et de cohabitation, seraient donc soumis à la loi française en tant que loi de police.

Quel domaine peut-on, dans ces conditions, assigner encore à la loi des effets du mariage ? En matière extra-patrimoniale, il faut y soumettre la transmission du nom de l'enfant légitime et, sans doute, la question du nom et de la capacité de la femme mariée. En matière patrimoniale, l'exclusion des régimes matrimoniaux conventionnels et du régime primaire ne laisse plus guère, à condition de prévoir la combinaison avec la *lex rei sitae* et la loi du régime patrimonial, que la question de l'hypothèque légale des époux et celle des donations mobilières et immobilières.

§ 3 LA DISSOLUTION OU LE RELÂCHEMENT DU MARIAGE

168 Le divorce et la séparation de corps sont régis, depuis la réforme du 11 juillet 1975, par l'article 310 du Code civil. Cette règle spéciale consacre l'abandon de la jurisprudence issue de l'arrêt *Rivière*, qui avait pourtant été dégagée à l'occasion d'un procès en divorce. L'architecture du nouveau dispositif doit donc être décrite (A). On envisagera par la suite les facteurs de complication qui peuvent en affecter la mise en œuvre (B).

1. Cass. civ., 6 nov. 1990, *D.* 1990. IR 274 ; *Rev. crit. DIP* 1991. somm. 807.
2. Cass. 1re civ., 20 oct. 1987, *Bull. civ. I*, n° 275 ; *Rev. crit. DIP* 1988. 540, note Lequette ; *JDI* 1988. 446, obs. A. Huet.

A L'article 310 du Code civil

169 L'article 310 du Code civil dispose :

« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

– lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;

– lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;

– lorsqu'aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».

D'emblée, ce texte appelle une observation majeure : il consacre une **méthode unilatéraliste** qui se manifeste notamment par le fait que le premier alinéa ne peut être bilatéralisé sans contredire le second, et inversement. Le choix de cette méthode en matière de divorce traduit avant tout la volonté du législateur d'étendre le domaine du règlement français du divorce aux nombreux étrangers résidant sur le territoire. Le recours à l'unilatéralisme est cependant vigoureusement critiqué par la majorité de la doctrine, qui fait valoir que le texte laisse ouvertes de nombreuses questions d'autant plus inutiles que le règlement conflictualiste du divorce qui prévalait auparavant donnait satisfaction, du point de vue tant pratique que théorique[1]. On se convaincra de la justesse de cette argumentation en reprenant la structure de l'article.

1. Cas où les deux époux sont de nationalité française (art. 310 al. 1er)

170 Lorsque les deux époux sont de nationalité française, la loi française leur est appliquée. Cette règle aboutit au même résultat que celle issue de l'arrêt *Rivière*, puisque la loi française commune aux deux époux s'appliquait également. Le changement vient du fait que deux époux de même nationalité étrangère ne sont plus automatiquement soumis à leur loi nationale.

2. Cas où les époux n'ont pas tous deux la nationalité française (art. 310 al. 2 et 3)

171 Les couples étrangers ou mixtes sont soumis à une règle différente selon que les membres du couple ont tous deux leur domicile en France ou non.

Lorsque l'un et l'autre ont leur domicile sur le territoire français, la loi française est compétente. Cette règle contraste avec

1. Cf. notamment Ph. Francescakis, « Le surprenant article 310 nouveau du Code civil sur le divorce international », *Rev. crit. DIP* 1975. 553.

celle de l'arrêt *Rivière* : même si les époux ont la *même nationalité*, c'est la loi française qui prévaut en qualité de loi du domicile commun, et non plus la loi nationale commune. Deux époux espagnols domiciliés en France peuvent donc obtenir un divorce selon la loi française. Ainsi le législateur entend-il soumettre des étrangers depuis longtemps établis en France à la loi de leur milieu d'intégration, tout en évitant la longue et coûteuse entreprise de recherche du contenu de la loi étrangère. Cette règle est d'application d'autant plus vaste que le domicile commun peut être interprété largement, à la lumière de l'arrêt *Tarwid*.

L'article 310 perd toutefois en simplicité **lorsque les époux n'ont pas leur domicile en France** (alinéa 3). En pareil cas, le juge est en effet tenu de rechercher quelles sont les lois étrangères qui se reconnaissent compétence, afin de leur donner application. Typique de la démarche unilatéraliste, le mécanisme est cependant d'une grande lourdeur : le juge français doit en effet partir des circonstances de l'espèce pour identifier les systèmes étrangers pouvant prétendre à l'application de leur propre loi, puis rechercher d'office le contenu des différentes règles de conflit étrangères pour voir si l'un des ordres en présence retient sa compétence[1]. Dans l'hypothèse où plusieurs lois se déclareraient simultanément compétentes, l'article 310 reste muet sur la solution à adopter. D'où une multitude de solutions possibles : application de la loi du pays avec lequel la situation litigieuse présente le lien le plus étroit, retour à la règle jurisprudentielle ancienne, application de la *lex fori* dans sa vocation subsidiaire...

Si aucune des lois étrangères ne se déclare compétente, il appartient au juge français d'appliquer la loi française. Il doit toutefois vérifier, comme l'énonce l'article 310, al. 3, que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce et de la séparation de corps en vertu, soit de l'article 1070 du nouveau Code de procédure civile, soit des articles 14 et 15 du Code civil[2].

Au total, l'article 310 du Code civil instaure donc un mécanisme d'une assez grande complexité, renforcée par l'intervention potentielle de facteurs de complication.

B Les facteurs de complication

172 Différents problèmes peuvent compliquer l'application de la règle de conflit. On en étudiera les plus saillants : le conflit mobile (1),

1. Cass. 1re civ., 25 mai 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 60, note Lequette.
2. Sur ces articles, cf. *infra*, n° 276.

l'ordre public (2) et la délimitation du domaine de la loi du divorce (3).

1. Le conflit mobile

173 Le conflit mobile peut surgir en raison du changement de nationalité ou de domicile de l'un époux ou des deux. La Cour de cassation l'a résolu en retenant pour l'application de la règle de conflit le domicile et la nationalité au jour de l'introduction de l'instance[1]. Il semble toutefois que, pour rechercher la loi étrangère qui se reconnaît compétence en vertu de l'article 310, al. 3, il convienne de tenir compte des solutions admises par le ou les systèmes étrangers pour régler le conflit mobile[2].

Mentionnons également que la modification frauduleuse de l'élément de rattachement peut être privée d'effet par le juge français, conformément à la théorie de la fraude à la loi. Ce souci de lutter contre l'effet néfaste de l'application de la règle de conflit se retrouve dans la protection de l'ordre public.

2. L'ordre public

174 L'application de la loi étrangère qui se reconnaît compétente conformément à l'article 310, al. 3, n'est pas soustraite à tout contrôle.

Tant que le divorce demeurait très sévèrement encadré en France, l'ordre public s'opposait à l'application de **lois plus libérales** que la loi française. Depuis la loi du 11 juillet 1975 qui admet, à côté du divorce pur faute, deux formes de divorce par consentement mutuel et le divorce pour rupture de la vie commune, la rigueur de l'ordre public ne trouve plus guère à s'exercer à l'encontre des lois libérales. L'ordre public persiste cependant à s'appliquer dans l'hypothèse inverse de **lois plus restrictives** : le juge français ne peut rester sans réaction face à un droit étranger qui n'admettrait aucune forme de relâchement du lien conjugal[3]. Plus encore, l'ordre public impose la faculté, pour un Français domicilié en France, de demander le divorce[4].

Enfin, l'ordre public permet de s'opposer à l'application de lois étrangères fondées sur des **valeurs trop éloignées de celles du droit français**. La Cour d'appel de Paris a par exemple opposé au

---

1. Cass. 1re civ., 17 juill. 1980, *JDI* 1981. 75, note Simon-Depitre ; *JCP* 1982. II. 19717, note Courbe.

2. P. Mayer, n° 586 ; Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 323-1.

3. Arrêt *Patiño*, préc. *supra*, n° 117.

4. Cass. 1re civ., 1er avril 1981, préc. *supra*, n° 119.

nom de l'égalité des sexes l'ordre public à une loi étrangère prévoyant comme cause du divorce au profit du mari l'adultère de la femme tout en refusant à celle-ci la réciproque[1].

Pareillement, le juge français ne saurait donner effet à une **répudiation unilatérale** en la prononçant lui-même ou même en se contentant de l'homologuer. Plus généralement, il est de principe que les répudiations prononcées en France, fût-ce par des autorités étrangères, sont dépourvues d'effet devant le juge français. Le droit français parut, un temps, plus clément envers les répudiations intervenues à l'étranger : la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 oblige en effet la France à reconnaître l'effet sur son territoire de répudiations prononcée entre Marocains au Maroc (art. 13), sous réserve de la contrariété manifeste à l'ordre public (art. 4) ; quant à la jurisprudence, elle semblait également conciliante envers les répudiations prononcées à l'étranger[2]. Depuis lors, elle n'a pourtant cessé de rogner sur le principe : soit en jouant sur la contrariété à l'ordre public de répudiations qui ne faisaient pas de place suffisante au respect des droits de la défense[3], soit en exigeant certaines garanties pécuniaires pour l'épouse répudiée[4], soit encore en recherchant le caractère frauduleux des répudiations prononcées dans le seul but de faire échec à des procédures entamées en France par l'épouse en vue d'obtenir un jugement de divorce ou de contribution aux charges du mariage[5]. La tendance récente paraît être, plus frontalement, de bloquer la répudiation unilatérale prononcée à l'étranger en recourant à l'article 5 du protocole n° 7 de la

---

1. Paris, 28 juin 1973, *JDI* 1974. 124, note Kahn ; *Rev. crit. DIP* 1974. 505, note J. Foyer.

2. Cf. notamment Cass. civ., 3 nov. 1983, *Rohbi*, *Rev. crit. DIP* 1984. 325, note Fadlallah ; *JDI* 1984. 392, note Kahn ; *JCP* 1984. II. 20131, concl. Gulphe.

3. Cf. déjà en ce sens Cass. 1re civ., 18 déc. 1979, *Dahar*, *D.* 1980. 549, note Poisson-Drocourt ; *JDI* 1981. 597 (1re esp.), note Kahn ; Cass. 1re civ., 6 juin 1990, *Akka*, *Bull. civ.* I, n° 138 ; *D.* 1990. somm. comm. 263, obs. Audit ; *Rev. crit. DIP* 1991. 593 (1re esp.), note Courbe ; Cass. 1re civ., 1er juin 1994, *JCP* 1994. IV. 1936 ; *JDI* 1995. 103 (2e esp.), note Déprez ; *D.* 1995. 263, note Massip ; Cass. 1re civ., 31 janv. 1995, *JDI* 1995. 343 (2e esp.), note Kahn ; *Rev. crit. DIP* 1995. 569, note Déprez.

4. Cass. 1re civ., 3 nov. 1983, préc. ; Cass. 1re civ., 16 juill. 1992, *Bull. civ. I*, n° 229, p. 152 ; *Rev. crit. DIP* 1993. 269, note Courbe ; *D.* 1993. 476, note Saïdi ; *Defrénois* 1993, art. 35484, p. 292, obs. Massip.

5. Paris, 6 juill. 1982, *Rev. crit. DIP* 1984. 325 (2e esp.), note Fadlallah ; Cass. 1re civ., 1er mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 721, note Sinay-Cytermann ; *D.* 1988. 486, note Massip ; *Defrénois* 1988, art. 34255, p. 726, obs. Massip ; Cass. 1re civ., 6 juin 1990, préc. ; Cass. 1re civ., 4 mai 1994, *Rev. crit. DIP* 1995. 103 (1re esp.), note Déprez ; Cass. 1re civ., 13 déc. 1994, *JDI* 1995. 343 (1re esp.), note Kahn.

Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'égalité des droits et responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage : alors que ce texte n'était jusqu'à récemment invoqué qu'à l'appui d'autres arguments permettant de bloquer l'effet de la répudiation, il paraît aujourd'hui constituer un fondement suffisant pour parvenir au même résultat[1]. On peut même se demander si la Cour de cassation n'a pas consacré sa prééminence sur la Convention franco-marocaine de 1981 elle-même[2].

À travers la question de l'ordre public, on aperçoit la complexité de l'enchevêtrement entre sources législatives du droit international privé (l'article 310 du Code civil) et sources conventionnelles elles-mêmes en conflit (Convention franco-marocaine et Convention européenne des droits de l'homme). Mais l'articulation entre sources pose également problème dans l'ordre purement interne, lorsqu'il s'agit de délimiter précisément le domaine de la règle posée par l'article 310.

3. Problèmes de délimitation du domaine de la loi du divorce

175 Deux problèmes de délimitation doivent sommairement être envisagés.

La loi applicable à la procédure du divorce a tout d'abord posé problème, parce que certains systèmes admettent des divorces religieux ou privés et considèrent que les règles procédurales et les règles de fond constituent un ensemble indivisible. On pouvait donc s'interroger sur l'opportunité de donner effet à de tels divorces prononcés en France par les autorités compétentes. La jurisprudence s'y est pourtant refusé et a fini par trancher en faveur de l'application de la *lex fori*. Elle considère que tout divorce prononcé en France doit, pour être reconnu par le juge français, revêtir un caractère judiciaire. Cette solution, que la Cour de cassation avait paru repousser au début du siècle[3], se justifie aujourd'hui par les raisons mêmes qui soutiennent la compétence impérative de la loi française en matière de forme des mariages célébrés en France. La soumission de la forme du divorce à la loi du lieu de son prononcé justifie cependant la reconnaissance

---

1. Cf. notamment en ce sens Cass. 1re civ., 19 déc. 1995, *Bull. civ. I*, n° 649 ; *D.* 1996. IR 31 ; *JCP* 1996. IV. 365.

2. Cass. 1re civ., 11 mars 1997, *D.* 1997. 400, note M.-L. Niboyet ; *JCP* 1998. I. 101, n° 3, obs. Fulchiron.

3. Cass. civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, *DP* 1905. 1. 353 ; *S.* 1906. 1. 161, note Pillet ; *Rev. crit. DIP* 1905. 518 ; *JDI* 1905. 1006.

d'un divorce privé ou religieux survenu lieu à l'étranger, du moins lorsque les conditions et les effets de son intervention ne sont pas contraires à l'ordre public.

Les effets du divorce, quant à eux, obéissent en principe à la loi qui en régit les causes. Cette unité de la loi applicable est respectueuse de l'esprit des lois relatives au divorce dont on sait qu'elles réglementent de façon globale les cas d'ouverture et les effets du divorce. Elle se traduit notamment par la soumission de principe des pensions alimentaires consécutives au divorce à la loi régissant celui-ci[1].

La solution connaît cependant plusieurs tempéraments. Les enfants mineurs résidant habituellement en France sont en effet soumis aux dispositions spéciales de la Convention de La Haye de 1961[2], cependant que les autres paraissent devoir être soumis à leur loi personnelle. Entre époux, on ne peut en outre faire abstraction de la loi applicable au régime matrimonial, qui détermine par exemple les modalités du partage de la communauté ou le calcul des récompenses dues à la dissolution. Il faut également tenir compte de l'incidence de la loi successorale. Enfin, il est parfois proposé d'affiner le dispositif en soumettant à la loi nationale de chaque époux les effets extra-patrimoniaux du divorce revêtant un caractère purement personnel (conditions de remariage, par exemple).

SECTION 2
LA FILIATION

176 Les règles de conflits de lois relatives à la filiation n'ont pas toutes la même nature. Désormais insérées dans le Code civil pour la filiation légitime et la filiation naturelle (§ 1), elles demeurent essentiellement jurisprudentielles pour la filiation adoptive (§ 2).

1. Solution consacrée par l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires dans le cas où la loi du divorce est celle d'un État où le divorce est prononcé ou reconnu.
2. Cf. *supra*, n° 148 et s.

§ 1 LES FILIATIONS LÉGITIME ET NATURELLE

177 Les filiations dites « par le sang » ont suscité une importante jurisprudence, bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972. Dans le prolongement de l'arrêt *Rivière*, la filiation légitime avait été soumise à la **loi des effets du mariage**[1], ainsi que la légitimation[2]. La filiation naturelle avait pour sa part été rattachée à la **loi nationale de l'enfant** : la solution s'appliquait à la recherche judiciaire[3] comme à l'établissement de la filiation par reconnaissance[4]. Il était par ailleurs admis que la loi applicable à la filiation, légitime ou naturelle, régissait à la fois l'établissement et les effets du lien de filiation.

Plusieurs événements allaient cependant remettre en cause les solutions ainsi dégagées. La loi applicable aux effets de la filiation devait tout d'abord être modifiée par l'intervention de plusieurs conventions internationales : la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 et les Conventions applicables à l'obligation alimentaire. En cette dernière matière, une première Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, entrée en vigueur en 1963, substituait à la loi de la filiation la loi de la résidence habituelle de l'enfant, applicable sous réserve de quelques exceptions. Ce texte a été remplacé par la **Convention de La Haye plus générale du 2 octobre 1973** sur la loi applicable aux obligations alimentaires, entrée en vigueur en France le 1er octobre 1977 et appelée à se substituer à l'ancienne au fur et à mesure des ratifications. Son domaine couvre les obligations alimentaires découlant des relations de famille, de parenté, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers un enfant non légitime (art. 1er). Son champ d'application est d'autant plus large qu'il s'agit d'une convention universaliste, c'est-à-dire que la loi déclarée compétente par la Convention est applicable même si elle n'est pas la loi de l'un des États contractants. Sur le fond, elle retient la **loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments**

1. Cass. civ., 4 nov. 1958, *Rev. crit. DIP* 1959. 303, note Francescakis ; *JDI* 1959. 788, note Ponsard.
2. Cass. 1re civ., 8 juill. 1969, *Weyrich-Laroche*, préc. *supra*, n° 167.
3. Cass. civ., 10 mars 1960, *D.* 1960. 548, note Malaurie ; *Rev. crit. DIP* 1960. 205, note Batiffol.
4. Cass. civ., 22 mai 1957, *Heinrich*, *Rev. crit. DIP* 1957. 466, note Batiffol ; *JDI* 1957. 722, note Ponsard.

(art. 4, al. 1er) et prévoit divers rattachements hiérarchisés pour le cas où la loi applicable ne permettrait pas au créancier d'obtenir des aliments.

C'est cependant l'évolution des conceptions prévalant en droit interne qui explique l'abandon général des solutions issues de la jurisprudence. Tandis que certains effets de la filiation font aujourd'hui l'objet d'un traitement autonome (nom, successions), l'évolution de la société a conduit à modifier les règles anciennes. La loi du 3 janvier 1972, soucieuse de promouvoir la condition de l'enfant naturel, a ainsi unifié la règle de conflit applicable aux enfants légitimes et naturels, tout en favorisant par ailleurs l'établissement de la filiation[1]. Il en résulte que la filiation est désormais soumise à un mécanisme général inscrit dans les articles 311-14 et 311-15 du Code civil (A) et à des règles particulières dans les articles qui suivent (B). Ces dispositions laissent cependant subsister certaines difficultés d'application qui leur sont communes (C).

A Les articles 311-14 et 311-15 du Code civil

178 L'article 311-14 du Code civil énonce une règle de conflit (1) dont le jeu est tempéré par la règle inscrite à l'article 311-15 (2).

1. L'article 311-14 du Code civil

179 Selon l'article 311-14 du Code civil, « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant ». Ce texte expose le rattachement de la filiation (a) et tranche un conflit mobile (b).

a. Le rattachement de la filiation

180 L'article 311-14 fait intervenir un rattachement principal (la nationalité de la mère) et un rattachement subsidiaire lorsque la mère n'est pas connue (la nationalité de l'enfant).

Le **rattachement principal à la nationalité de la mère** s'explique par le rôle prépondérant joué par la mère dans les procès de

1. Sur cette loi, H. Batiffol et P. Lagarde, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev. crit. DIP* 1972. 1 et s.; A. Ponsard, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *JDI* 1972. 765 et s.; M. Simon-Depitre et J. Foyer, « La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé », *JCP* 1973. I. 2566. Plus récemment, cf. J. Foyer, « Vingt ans d'application des art. 311-14 à 311-18 du Code civil », *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, P.U. Strasbourg- LGDJ, 1994, p. 113 et s.

filiation, ainsi que par le fait que l'identité de la mère n'est que rarement douteuse. Aussi le rattachement choisi paraît-il à la fois simple et certain. Il convient par ailleurs à un législateur soucieux de traiter de façon identique enfants légitimes et naturels, ce que ne faisait pas la jurisprudence antérieure.

Le **rattachement subsidiaire à la nationalité de l'enfant** est un rattachement de repli rendu nécessaire par l'ignorance de l'identité de la mère. Il ne joue cependant pas, semble-t-il, lorsque l'enfant intente une action en recherche de maternité naturelle ou une action en réclamation d'état qui tend à établir l'identité de la mère [1].

b. Le conflit mobile

181 Selon l'article 311-14, la loi personnelle de la mère devant être appliquée est celle de la nationalité qu'avait la mère au **jour de la naissance de l'enfant**. En cas de changement de nationalité, on se référera donc à la nationalité ancienne de la mère. Le choix de cette solution pour la filiation naturelle apparaît curieuse à la lumière de la jurisprudence antérieure. Par faveur à l'établissement de la filiation, la Cour de cassation avait en effet permis à l'enfant naturel de choisir, entre la loi ancienne et la loi nouvelle, celle qui lui était la plus favorable [2]. Il y avait donc quelque paradoxe, de la part du législateur de 1972, à vouloir améliorer la condition de l'enfant naturel tout en lui refusant une option que le droit antérieur lui offrait. Ce n'est pourtant que l'une des singularités de la loi du 3 janvier 1972. Le tempérament apporté à l'application de l'article 311-14 par l'article 311-15 en est une autre.

2. L'article 311-15 du Code civil

182 Pour nuancer la rigueur de l'application systématique de l'article 311-14 du Code civil, l'article 311-15 dispose : « toutefois, si l'enfant légitime et ses père et mère, l'enfant naturel et l'un de ses père et mère ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ».

L'article 311-15 traduit un souci de faveur évident envers la possession d'état, et par là, envers les comportements de fait révélant l'existence d'une filiation. L'application des articles 320 et 334-8, al. 2, du Code civil permettra en particulier à l'enfant de

---

1. En ce sens, Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 341, et les références citées (note 2).
2. Cass. civ., 5 déc. 1949, *Verdier, Grands arrêts*, n° 21.

rapporter la preuve de sa filiation par la seule possession d'état, même si la loi personnelle de la mère n'aurait pas conduit à un tel résultat. Cette faveur n'est cependant pas dispensée à tous : toujours par égard aux circonstances de fait, le législateur ne la réserve qu'à des cellules familiales établies ayant avec la France un lien effectif de proximité révélé par la résidence habituelle.

Il faut toutefois convenir que cette règle se justifie difficilement. Sur le plan de la méthode, son inspiration unilatéraliste contraste avec la méthode bilatéraliste classique qui prévalait dans l'article 311-14. Sur le fond, on peut s'étonner de l'importance si grande donnée à la possession d'état par rapport aux autres modes de preuve offerts par le droit français. Enfin, on peut s'interroger sur l'articulation de l'article 311-15 avec les autres règles de conflit en matière de filiation : si sa formulation le fait apparaître comme une exception au seul article 311-14, on peut se demander pourquoi son rapport ne serait pas identique avec les articles qui le suivent, et qu'il convient à présent d'étudier.

B Les articles 311-16 à 311-18 du Code civil

183 Les articles 311-16 à 311-18 du Code civil instaurent des règles de conflit spécifiques à la légitimation (1), à la reconnaissance (2) et à l'action à fins de subsides (3). Ces règles de conflit à rattachements multiples traduisent la politique législative de faveur à l'intérêt de l'enfant.

1. La légitimation

184 L'article 311-16 du Code civil contient deux dispositions applicables, l'une à la la légitimation par mariage, l'autre à la légitimation par autorité de justice. Dans le premier cas, « le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant ». Dans le second cas, « la légitimation par autorité de justice est régie, au choix du requérant, soit par la loi personnelle de celui-ci, soit par la loi personnelle de l'enfant ».

Ces dispositions, quoique claires en apparence, font cependant surgir certaines questions relatives à leur domaine. On peut s'interroger, en premier lieu, sur leur applicabilité à des cas de légitimation non explicitement visés par le texte, telles que la légitimation *post nuptias* connue du droit français, ainsi que la légitimation émanant du chef de l'État ou d'une autorité administrative, connue de certains droits étrangers. Le problème est

généralement résolu en faveur de l'application de l'article 311-16 à ces formes de légitimation, lesquelles méritent autant que les autres la bienveillance du législateur.

Plus difficile est la question de savoir si l'article 311-16 s'applique, non seulement à la légitimation, mais aussi aux actes juridiques qui la précèdent logiquement : reconnaissance préalable, et éventuellement contestation d'une précédente filiation légitime. L'avantage d'une réponse positive est d'appliquer une seule loi à la situation juridique complexe créée par l'enchevêtrement d'actes juridiques successifs et reliés les uns aux autres. En sens inverse, on peut cependant faire valoir que la reconnaissance est expressément soumise par le Code civil à une règle particulière, l'article 311-17, et que la contestation de filiation légitime semble devoir être soumise à l'article 311-14 du même Code. Aussi doit-on sans doute appliquer à chaque question la règle de conflit qui lui est propre. C'est le sens de la jurisprudence postérieure à la loi du 11 juillet 1975 [1], qui s'oppose à la solution antérieurement retenue par la Cour de cassation [2].

Reste à savoir, si cette solution doit être retenue, quelle règle de conflit s'applique à la reconnaissance.

2. La reconnaissance

185 Selon l'article 311-17 du Code civil, « la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ».

Ici encore, la formulation de l'article laisse ouvertes certaines questions. Il semble ainsi, même si cela n'est pas expressément formulé, que l'article s'applique aussi bien aux conditions de validité de l'acte qu'à celles de sa contestation [3]. Il semble également que l'article 311-17 du Code civil doive être interprété comme un complément, et non une dérogation, à l'article 311-14. Cette position, justifiée par la faveur à l'établissement de la filiation [4], a deux séries de conséquences. Il suffit, pour qu'une reconnaissance paternelle soit valable, que la loi de la mère conduise à ce résultat (en vertu de l'article 311-14), même si la loi du père et celle de

---

1. TGI Paris, 12 juill. 1982, *D.* 1983. 200, obs. Audit; *Rev. crit. DIP* 1983. 461, note Santa-Croce; *JDI* 1983. 374, note Huet. *Adde* Trib. gr. inst. Paris, 30 avril 1985, *Rev. crit. DIP* 1986. 313, note Lequette.

2. Arrêt *Weyrich-Laroche* préc. *supra*, n° 167.

3. Paris, 16 avril 1996, *D.* 1997. 344, note S. Aubert.

4. En ce sens, cf. notamment P. Mayer, n° 613.

l'enfant conduisent au résultat inverse. Si, en revanche, la loi personnelle de la mère ne valide pas la reconnaissance faite par le père, celle-ci pourrait encore être valable en application de la loi du père ou de celle de l'enfant.

3. L'action à fins de subsides

186 Selon l'article 311-18 du Code civil, « l'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur ». Cette disposition n'est ici mentionnée que pour mémoire. Elle est en effet caduque depuis l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires. L'action à fins de subsides est donc régie, en droit positif, par la loi de la résidence habituelle du créancier et, lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments en vertu de cette loi, à celle de la nationalité commune ou à défaut à la loi du for.

C Les difficultés d'application communes aux articles 311-14 à 311-18 du Code civil

187 Les deux difficultés principales qui peuvent surgir dans l'application des règles de conflit relatives à la filiation peuvent être formulées de façon interrogative : les articles 311-14 à 311-18 sont-ils compatibles avec l'admission du renvoi (1) ? comment connaître les limites de l'ordre public en matière de filiation (2) ?

1. La question de l'admission du renvoi

188 La question du renvoi ne se pose pas dans les mêmes termes pour l'article 311-14 du Code civil, qui s'apparente à une règle de conflit classique, et pour les articles suivants, qui posent des règles à rattachements alternatifs poursuivant un certain objectif.

S'agissant de **l'article 311-14**, sa facture bilatérale classique paraît conduire à l'admission du renvoi toutes les fois que le droit étranger ne retient pas sa compétence, en application des principes généraux de notre droit international privé. C'était d'ailleurs la solution retenue par la Cour de cassation avant l'adoption de la loi du 3 janvier 1972[1]. Pourtant, au lendemain de la réforme, certains firent valoir que le renvoi devait être exclu en raison de la préférence nette donnée par le législateur à la loi personnelle de la mère, ainsi que des préoccupations matérielles du législateur.

1. Cass. civ., 8 déc. 1953, *JCP* 1954. II. 8080, note Savatier ; *Rev. crit. DIP* 1955. 133, note Motulsky.

Ces voix furent entendues en jurisprudence, et plusieurs arrêts ont choisi d'écarter le renvoi[1]. Cette exclusion du renvoi est cependant difficile à justifier car toute règle de conflit constitue nécessairement une prise de position en faveur d'un certain rattachement, sans que l'on puisse en déduire le caractère illégitime du renvoi. Aussi ne voit-on pas clairement pourquoi le souci de coordination des systèmes juridiques, qui prévaut en principe, devrait disparaître lorsqu'il s'agit d'appliquer la règle de conflit issue de l'article 311-14 du Code civil. Ce raisonnement paraît plus pertinent encore depuis que la Cour de cassation a, dans un arrêt *Leppert* du 3 mars 1987[2], estimé que l'article 311-14 donnait compétence aux règles étrangères ayant pour objet de trancher le conflit *dans le temps* entre dispositions internes successives. « Dès lors, en effet, que la règle de conflit issue de l'article 311-14 désigne non seulement le droit substantiel étranger mais aussi ses règles de conflit dans le temps, il en va de même, en bonne logique, de ses règles de conflit dans l'espace »[3].

Ajoutons pour finir que l'exclusion systématique du renvoi ne serait pas toujours de nature à satisfaire les préoccupations matérielles du législateur : lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit ignore l'établissement de la filiation naturelle, tout en renvoyant à la loi française, c'est bien l'écartement du renvoi qui dessert finalement l'enfant. Si l'on voulait donc tenir compte, par le biais du renvoi, de l'objectif substantiel poursuivi par le législateur français, il serait plus judicieux d'accueillir le renvoi lorsque celui-ci permet d'aboutir à l'établissement de la filiation, et de le rejeter dans le cas contraire. La solution est suggérée par certains auteurs[4] et a reçu une consécration en Italie dans la loi du 31 mai 1995 portant réforme du droit international privé.

Un tel raisonnement peut être mené, *a fortiori*, au sujet des règles de conflit issues des **articles 311-16 et 311-17 du Code civil**. Ces dispositions étant, dans leur structure même, animées d'un souci matériel, elles se prêtent particulièrement bien à l'idée

---

1. Notamment Paris, 11 mai 1976, *D.*1977. 644, note Massip; *Rev. crit. DIP* 1977. 109, note Fadlallah; *JDI* 1977. 656, note J. Foyer; Lyon, 31 oct. 1979, *Rev. crit. DIP* 1980. 558, note Ancel; *JDI* 1981. 53, note Foyer; Paris, 20 janv. 1986, *Gaz. Pal.* 1986. 1. somm. 217; *Rev. crit. DIP* 1987. somm. 828; Paris, 15 mars 1994, *D.* 1994. IR 121.

2. *Grands arrêts*, n° 70.

3. B. Ancel et Y. Lequette, obs. *Grands arrêts*, p. 565, n° 8. En ce sens, cf. aussi F. Hage-Chahine, « L'article 311-14 du Code civil et la règle étrangère de conflit dans le temps et dans l'espace », *JDI* 1990. 73 et s.

4. Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 349.

du renvoi sélectif. Il convient cependant de mesurer les effets d'une telle orientation. Le renvoi *in favorem* conduit en effet à multiplier les rattachements au-delà de ce que prévoyait le législateur, et aboutit à transformer considérablement la fonction du renvoi en en faisant, non plus le moyen de coordonner les systèmes juridiques en présence, mais un outil au service d'une fin poursuivie par le législateur français. La prudence s'impose donc. Elle s'impose d'autant plus que l'exception d'ordre public constitue toujours une arme efficace pour écarter l'application d'un droit étranger dont la teneur apparaîtrait par trop contraire aux valeurs du for.

2. L'exception d'ordre public

189 Avant l'adoption de la loi du 3 janvier 1972, la jurisprudence considérait généralement que les lois étrangères **trop libérales** dans l'établissement de la filiation naturelle pouvaient heurter notre conception de l'ordre public, lequel reposait sur la protection de la famille légitime. Elle paraît aujourd'hui raisonner de façon inverse : plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont ainsi admis l'application de lois étrangères admettant plus largement que le droit français la recherche de paternité légitime ou naturelle, dès lors que les droits du défendeur sont correctement assurés.

Les lois susceptibles d'être évincées au titre de l'ordre public sont donc celles qui se révéleraient **trop restrictives** pour l'enfant. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation estime que l'ordre public s'oppose à l'application d'une loi étrangère qui ne permettrait pas à un enfant naturel d'être légitimé lorsque les conditions posées par la loi française sont réunies [1]. C'est ainsi, surtout, que la Cour de cassation répute contraire à l'ordre public l'application d'une loi étrangère aboutissant à priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation [2].

L'évolution de l'ordre public est donc le reflet de notre politique législative en faveur de l'égalité et de la vérité biologique. Elle est aussi la manifestation d'un affinement des critères d'intervention de l'ordre public. Absolu pour certains droits que le juge considère comme fondamentaux (droit aux subsides, par exemple), l'ordre public n'est que relatif en d'autres matières où son intervention est subordonnée à des considérations de proximité (droit à la filiation).

---

1. Cass. 1re civ., 12 mai 1987, *JDI* 1988. 107, note M.-L. Niboyet.

2. Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 620, note Foyer; *JDI* 1994. 124 (1re esp.), note Barrière-Brousse.

§ 2 LA FILIATION ADOPTIVE

190 À quelle loi convient-il de soumettre l'adoption internationale ? La question est d'une particulière acuité lorsque l'adoptant et l'adopté sont de nationalité différente, car il convient alors de choisir entre la loi nationale de l'adoptant (ou des deux requérants) et la loi nationale de l'adopté. En pratique, la question se pose très fréquemment puisque plus des deux tiers des enfants adoptés chaque année par des Français viennent de l'étranger, et parfois de pays qui ne connaissent pas l'institution de l'adoption, notamment plénière[1]. Aussi la loi applicable à l'adoption détermine-t-elle souvent la possibilité même d'y procéder, et non pas seulement ses modalités et ses effets.

Le corps des règles applicables à l'adoption internationale est issu de la jurisprudence (A). Le domaine de ces règles est cependant nettement amputé depuis que la France a ratifié la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (B).

A La construction jurisprudentielle

191 La jurisprudence s'est attachée, fort classiquement, à déterminer la loi applicable aux conditions (1) et aux effets de l'adoption (2).

1. Les conditions de l'adoption

192 Consciente de la nécessité de protéger l'enfant par l'application de sa loi, mais en même temps sensible à la pertinence de la loi du ou des futurs parents, la jurisprudence a tenté d'élaborer une position réalisant un équilibre entre intérêts en présence. L'entreprise fut — et reste — toutefois difficile.

La base du dispositif actuel réside dans **l'arrêt *Torlet*** de la Cour de cassation, qui a énoncé que la loi nationale de l'adoptant est en principe compétente pour régir les conditions de l'adoption, la loi de l'adopté étant consultée pour les conditions relatives au consentement et à la représentation de l'adopté[2]. L'arrêt *Torlet* précisait en outre que, « lorsque le consentement à l'adoption par un français d'un enfant étranger ne précise pas en considération

1. C'est le cas de nombreux pays musulmans.

2. Cass. 1re civ., 7 nov. 1984, *Torlet*, *Grands arrêts*, n° 65. Le Conseil d'État statue dans le même sens (cf. récemment, CE, 8 juin 1998, *Actualités JCP* n° 27, 1er juill. 1998).

de quel type d'adoption il a été donné, ce consentement vaut pour l'une ou l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français ».

L'arrêt *Torlet* ne supprimait cependant pas tous les problèmes. Il ne visait tout d'abord que le cas de l'adoption par une personne et laissait ouverte la question de la loi applicable à l'adoption par deux époux. En présence de deux adoptant mariés, il est toutefois très généralement admis que la loi en principe applicable est la loi du couple, c'est-à-dire la loi des effets du mariage. Le principal grief adressé à l'arrêt Torlet était ailleurs, et résidait dans la faveur excessive qu'il réservait à l'adoptant : ne soumettre à la loi de l'adopté que les conditions du consentement et de la représentation de l'adopté revenait en effet à ne la consulter que sur la question de savoir qui doit consentir à l'adoption et dans quelles formes. Ainsi, l'arrêt *Torlet* permettait finalement de prononcer une rupture des liens par le sang sans égard pour la volonté réelle du ou des représentants légaux de l'enfant.

Le caractère choquant de ce résultat fut partiellement supprimé avec l'intervention de **l'arrêt *Pistre***[1]. Selon cet arrêt, le contenu même du consentement – savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou d'une adoption plénière – doit être apprécié par le juge français eu égard à « la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti ». Il en découle que si une autorité étrangère ne donne qu'un consentement en vue d'une adoption simple parce que le pays d'origine de l'enfant n'admet pas la rupture totale des liens avec la famille par le sang, il n'est pas possible de prononcer en France une adoption plénière.

La solution est respectueuse du consentement réel donné à l'étranger. Elle n'en consacre pas moins l'indifférence à l'égard des dispositions de la loi étrangère relatives à l'objet du consentement. L'arrêt Pistre ne s'en cache d'ailleurs pas, et un arrêt plus récent l'a clairement réaffirmé : deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe cette institution, à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'adoption en forme plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités

1. Cass. 1re civ., 31 janv. 1990, *Grands arrêts*, n° 66.

de tutelle de son pays d'origine[1]. Ainsi, il peut être procédé à l'adoption d'un enfant étranger dont les parents donnent leur consentement en France, même si la loi nationale de l'enfant ne l'aurait pas permis.

En pratique, la construction jurisprudentielle aboutit cependant le plus souvent à respecter la loi de l'adopté sur la possibilité même de l'adoption. D'abord, parce qu'il est rare que les actes dressés dans un pays qui prohibe l'adoption s'éloignent du contenu de la loi locale. Ensuite, parce que, même en supposant qu'une autorité publique étrangère viole sa propre loi et autorise une adoption plénière, la Cour de cassation se refuse à donner effet à un tel acte et relève le défaut de pouvoir du représentant légal du mineur à consentir à une telle adoption[2].

2. Les effets de l'adoption

193 Les effets de la filiation adoptive sont soumis, depuis l'arrêt *Torlet*, à la loi de l'adoptant. On en déduit logiquement que les effets d'une adoption par deux époux doivent être régis par la loi des effets du mariage, c'est-à-dire la loi nationale commune des époux ou, à défaut, la loi de leur domicile commun. Cette solution n'est pas affectée par les règles de conflit inscrites aux articles 311-14 et suivants, qui ne s'appliquent pas à la filiation adoptive.

La compétence de la loi du ou des adoptants est cependant entamée par les multiples dispositions déjà envisagées qui, en matière d'autorité parentale, d'obligations alimentaires etc., régissent les principaux effets de la filiation. Plus généralement, c'est aussi la méthode du conflit de lois dans le règlement de l'adoption internationale qui se trouve mise en cause, ce dont témoigne de façon spectaculaire la Convention de La Haye conclue en la matière.

B La Convention de La Haye du 29 mai 1993

194 La Convention de La Haye du 29 mai 1993, signée le 5 avril 1995 et approuvée par le Parlement français le 9 mars 1998[3], est déjà

1. Cass. 1re civ., 10 mai 1995, *Bull. civ.* I, n° 198, p. 142; *D.* 1995. 544 (2e esp.), note Larribau-Terneyre; *Rev. crit. DIP* 1995. 547, note Muir Watt; *JDI* 1995. 625, note Monéger; *Defrénois* 1996, art. 36272, p. 331, obs. Massip.

2. Cass. 1re civ., 1er juill. 1997, *D.* 1998. 187, note Poisson-Drocourt; *JCP* 1997. II. 22916, note Garé; *JCP* 1998. I. 101, n° 4, obs. Favier; *Rev. crit. DIP* (1re esp.), 1997. 705, note Muir-Watt; *Defrénois*, art. 36815, n° 59, p. 723, obs. Massip.

3. Pour le texte et les déclarations de la France, cf. décr. 98-815 du 11 sept. 1998, *J.O.* 13 sept. 1998, p. 13997.

en vigueur dans 17 autres États dont de nombreux enfants adoptés en France sont issus (Mexique, Roumanie, Sri Lanka, Pologne, Équateur, Pérou...). Son champ d'application est cependant limité car les pays musulmans défavorables à l'adoption ont refusé de s'associer à son élaboration et ne la ratifieront donc pas. Les conditions de l'adoption (1) et ses effets (2) doivent être examinés sommairement[1].

1. Les conditions de l'adoption

195 La Convention de La Haye consacre un renouveau dans le traitement de l'adoption internationale. La Convention entend tout d'abord subordonner l'ensemble des règles sur l'adoption à l'intérêt de l'enfant : celui-ci est mis au premier plan dès son Préambule, qui pose le principe du maintien de l'enfant dans son milieu familial et national et se réfère expressément à la Convention internationale sur les droits de l'enfant conclue sous l'égide des Nations Unies le 20 novembre 1989.

Le renouveau du droit est aussi un renouveau des méthodes, en ce que la Convention aborde l'adoption internationale sous l'angle du **conflit d'autorités** plutôt que du conflit de lois. Plutôt qu'une coordination abstraite des dispositions législatives, la Convention privilégie en effet la collaboration concrète entre les autorités des différents pays concernés par la réalisation de l'adoption. Chaque État signataire met donc en place une autorité centrale investie d'une mission de coopération avec les autorités homologues des autres États, ainsi que d'information et de surveillance des adoptions. C'est cette autorité — autorisée à déléguer ses fonctions à des organismes agréés — qui prend en charge la procédure de l'adoption.

L'accent mis sur l'intérêt de l'enfant et le rôle des autorités dans la réalisation de l'adoption ne signifie pas que les autorités en question soient autorisées à violer leur propre loi interne. Ainsi, les autorités du pays d'accueil doivent vérifier que les futurs parents adoptifs sont « qualifiés et aptes » à adopter, c'est-à-dire qu'ils remplissent toutes les conditions légales et satisfont aux exigences socio-psychologiques requises pour l'adoption. Elles doivent aussi s'assurer qu'ils ont été entourés des conseils nécessaires et que l'enfant pourra entrer et séjourner régulièrement sur

1. Pour plus de précisions, cf. B. Sturlese, « La Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP* 1993. I. 3710; N. Meyer-Fabre, « La Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1994. 259 et s.

le territoire de l'État. De même et surtout, les autorités du pays d'origine doivent établir selon leur propre loi que l'enfant est adoptable et que l'adoption internationale répond à son intérêt supérieur. Le dispositif consacre donc, de façon indirecte, le principe selon lequel la possibilité de l'adoption est soumise à la loi du pays d'origine de l'enfant.

L'adoption ne peut alors être prononcée qu'après accord des deux autorités centrales, soit dans l'État d'origine de l'enfant avant son déplacement, soit dans l'État d'accueil.

2. Les effets de l'adoption

196 Le prononcé de l'adoption donne lieu à l'établissement d'un certificat de conformité entraînant la reconnaissance automatique de l'adoption dans tous les pays signataires. La reconnaissance ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption « est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt de l'enfant » (art. 24).

Sur le fond, la reconnaissance de l'adoption comporte celle du lien de filiation entre l'enfant et ses parents adoptifs et de la responsabilité parentale des parents adoptifs à l'égard de l'enfant. Le problème de la rupture du lien de filiation par le sang est réglé de façon nuancée par la Convention. Selon l'article 26, la rupture est reconnue si l'adoption produit cet effet dans l'État contractant où elle a eu lieu. On peut en déduire qu'une adoption prononcée dans un pays n'admettant pas la rupture du lien de filiation ne saurait aboutir à ce résultat. L'article 27 précise toutefois qu'une telle adoption prononcée dans le pays d'origine pourrait tout de même être convertie dans le pays d'accueil en une adoption rompant le lien de filiation. Deux conditions sont requises pour cette conversion : que le droit de l'État d'accueil la permette, et surtout que les autorités compétentes de l'État d'origine se soient assurées du respect des règles relatives à l'expression de la volonté et à l'information de la famille et de l'enfant lui-même.

Enfin, la Convention prévoit qu'une adoption ayant pour effet de rompre le lien préexistant de filiation doit être assimilée, dans tous les États contractants, à une adoption équivalente dans le droit de chacun de ces pays. Cette règle pose un problème particulier au droit français : en l'état actuel de notre droit, ni l'adoption simple ni l'adoption plénière ne qualifient en effet correctement les institutions étrangères connaissant la rupture non irrévocable des liens de filiation. On peut toutefois remarquer, après la loi du 5 juillet 1996 réformant le droit français de l'adop-

tion, que l'introduction dans le Code civil d'une possibilité d'adopter en la forme simple un enfant ayant déjà fait l'objet d'une adoption plénière paraît de nature à atténuer le caractère irrévocable de l'adoption plénière du droit interne. Aussi certains se prononcent-ils en faveur de la qualification d'adoption plénière pour de telles institutions étrangères [1].

1. F. Monéger, « À propos du projet de loi de ratification de la Convention de La Haye sur l'adoption internationale », *JCP Actualités*, n° 8-9, 18 févr. 1998, p. 313, n° 10.

TITRE 2
LE STATUT RÉEL

197 Le droit international privé appréhende distinctement les biens pris individuellement (*ut singuli*) et les biens envisagés en tant qu'universalité. Dans le premier cas, l'attention se porte surtout sur l'acquisition et le contenu des droits réels. Dans le second cas, elle se concentre plutôt sur les règles relatives au patrimoine dans son ensemble, telles qu'elles existent dans le droit des faillites[1], des nationalisations[2] ou des successions. On se concentrera, dans le cadre de ce cours, sur les droits réels (chapitre 1) et les successions (chapitre 2).

1. Sur la faillite internationale, cf. J.-M. JACQUET et Ph. DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Cours Dalloz, 1997, n° 372 et s.

2. La nationalisation est soumise au principe de territorialité, c'est-à-dire qu'elle produit son efficacité sur les biens situés sur le territoire de l'État qui nationalise (Cass. 1re civ., 20 févr. 1979, *Rev. crit. DIP* 1979. 803, note Batiffol). Pour une critique de cette solution, cf. P. Mayer, n° 669 et s.

venues dans leur création. La délivrance d'un brevet dans un pays donne lieu à protection territoriale de l'invention selon la loi de ce pays, de même que le dépôt d'une marque. Cette règle est cependant tempérée par la Convention de Paris du 20 mars 1883, afin de mieux protéger les titulaires des droits en cause.

Les droits de créance, enfin, sont en principe soumis à la loi de l'acte ou du fait juridique qui en est à la source. Toutefois, la créance constituant un bien autonome, elle peut être soumise à une loi propre lorsqu'elle est envisagée comme un élément du patrimoine. La Convention de Rome du 19 juin 1980 prévoit ainsi que les parties à une cession de créance peuvent désigner la loi applicable à celle-ci (article 12). À défaut d'une telle désignation, on appliquera les principes énoncés par la Convention[1].

Les **biens corporels**, quant à eux, sont en principe rattachés à la loi du lieu de leur situation, la *lex rei sitae*. Ce principe doit tout d'abord être approfondi (section 1) avant que soit précisé son domaine (section 2).

SECTION 1
LA COMPÉTENCE DE PRINCIPE DE LA *LEX REI SITAE*

199 La soumission des biens corporels à la loi du lieu de leur situation doit être justifiée (§ 1). Cette justification s'avère cependant insuffisante pour certains meubles particuliers (§ 2).

§ 1 LES FONDEMENTS DE LA COMPÉTENCE DE LA *LEX REI SITAE*

200 Historiquement, la prééminence de la *lex rei sitae* s'explique par la force de la tradition territorialiste qui soumettait à la loi locale les relations juridiques se déroulant sur le territoire. Cela est d'autant plus vrai des immeubles, dont l'importance sociale a longtemps justifié qu'ils soient soumis à la loi du territoire sur lequel ils se trouvaient.

1. Cf. *infra*, n° 234 et s.

Si la doctrine territorialiste ne domine plus le droit international privé — français, du moins —, les fondements théoriques de la soumission des biens à la *lex rei sitae* n'ont pas disparu. Il est facile et naturel, en effet, de rattacher un rapport de droit à partir de l'objet matériel qui en constitue le support. En ce sens, Savigny pouvait estimer que « le lieu où se trouve l'objet est le siège du rapport de droit dont il fournit la matière ».

Au surplus, les avantages pratiques de la *lex rei sitae* sont sensibles : pour l'État, dont le rôle dans l'aménagement de la propriété ne cesse de s'accroître par le biais des règles concernant l'urbanisme, l'expropriation ou les « servitudes » justifiées par l'utilité publique ; pour les particuliers, qui concluent des transactions dont la sécurité est en principe assurée par l'existence (pour les immeubles) d'un système local de publicité foncière. Ajoutons que la loi réelle garantit la sécurité du commerce et du crédit, en permettant aux tiers de compter sur les effets de la possession selon la loi locale.

Les mérites de la *lex rei sitae* expliquent que sa compétence soit très largement admis en droit comparé. En droit français, elle figure partiellement dans l'article 3, al. 2 du Code civil, qui énonce que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». La règle est incomplète dans sa formulation : il faut entendre « les immeubles *situés en France* ». Elle est également incomplète dans sa portée, de sorte que la jurisprudence a procédé à une double extension de son domaine. Elle a, d'une part, bilatéralisé la règle, en posant que les immeubles situés à l'étranger doivent être soumis à la loi étrangère du lieu de leur situation. Elle a, d'autre part, étendu la règle aux meubles.

Cette dernière extension ne manqua cependant pas de poser problème en présence de certains meubles dont la localisation est malaisée.

§ 2 LES PROBLÈMES DE LOCALISATION DE CERTAINS MEUBLES

201 Il serait sans pertinence d'appliquer la *lex rei sitae* à des meubles qui, en raison de leur finalité, sont en déplacement et se trouvent fréquemment dans des espaces sans souveraineté. C'est le cas de certains moyens de transport, tels que navires, bateaux ou aéronefs. Pour remédier à ce défaut de pertinence, il est alors procédé à la

localisation par l'immatriculation du bien, qui permet de considérer celui-ci comme fictivement attaché au pays de l'enregistrement. La loi applicable à ces meubles particuliers est appelée « loi du pavillon ». Elle détermine les conditions de leur propriété, de la constitution de sûretés sur eux, de la responsabilité des propriétaires. Plusieurs conventions internationales ont pour objet d'organiser la reconnaissance des droits sur les biens immatriculés.

Il serait également sans pertinence d'appliquer la *lex rei sitae* à des meubles qui, à l'occasion d'un déplacement donné, peuvent être localisés de façon éphémère sur tel ou tel territoire. Les **choses en transit** ne sont pas donc soumises à la loi du lieu de leur situation : on peut leur appliquer, soit la loi du pavillon lorsqu'ils transportés à bord de navires ou d'aéronefs, soit la loi du lieu de destination pour les opérations passées à distance (une vente, par exemple). Il faut toutefois réserver la compétence de la loi de la situation matérielle en certains cas, par exemple en cas de saisie en cours de route.

SECTION 2
LE DOMAINE DE LA *LEX REI SITAE*

202 La *lex rei sitae* s'applique à la nature et au contenu des droits réels (§ 1). Son application à l'acquisition des droits réels est plus problématique, en raison de la concurrence potentielle d'autres lois : la loi d'autonomie, lorsqu'un droit réel a été constitué sur une chose par contrat, la loi successorale lorsqu'est en cause un bien successoral... La jurisprudence doit alors ménager à chaque loi son juste domaine d'application (§ 2). Enfin, même lorsque la compétence de la loi réelle est acquise, il se peut que le bien ait été déplacé au cours du temps. Il convient alors de trancher le conflit mobile qui en découle (§ 3).

§ 1 LA NATURE ET LE CONTENU DES DROITS RÉELS

203 Il est généralement admis que la *lex rei sitae* a compétence générale pour poser le **régime applicable au bien**. Cela signifie que

cette loi doit définir les choses susceptibles d'appropriation, et qu'elle a qualité pour les qualifier de meubles ou d'immeuble. Elle détermine également les **prérogatives du titulaire du droit de propriété**, les démembrements et les caractères de celui-ci.

Enfin, la lex *rei sitae* définit les **droits réels accessoires** dont un bien peut être l'objet ainsi que leur régime. Il revient donc à la loi de la situation du bien de fixer les conditions d'opposabilité aux tiers des sûretés réelles et de régir les effets des sûretés en cause (droit de préférence, droit de suite, pacte commissoire, etc.). Cette prééminence de la loi réelle est parfois analysée comme la manifestation du procédé des lois de police dans la détermination du contenu des droits réels[1] : elle conduit en effet à évincer la loi de l'acte juridique ayant créé la sûreté, loi dont on pourrait effectivement reconnaître la compétence. La compétence étendue de la *lex rei sitae* pour régir le contenu des droits réels réduit donc le domaine potentiellement réservé à d'autres lois pour appréhender l'acquisition des droits réels.

§ 2 L'ACQUISITION DES DROITS RÉELS

204 La *lex rei sitae* s'applique tout d'abord, en principe, à tous les modes d'acquisition propres aux droits réels, tels que l'occupation, la possession ou l'accession. Ainsi, par exemple, l'article 2279 du Code civil répute propriétaire l'acquéreur *a non domino* d'un bien situé en France s'il est de bonne foi.

Toutefois, la compétence de la *lex rei sitae* est écartée lorsque l'acquisition du droit réel résulte d'un fait ou d'un acte juridique soumis à une loi propre. On appliquera donc à l'acquisition d'un droit réel la loi du contrat, de la succession ou du régime matrimonial qui en est à la source, quelle que soit la situation effective du bien sur lequel porte le droit. Cette loi peut être appelée « **loi de la source** », pour indiquer qu'elle est la loi de l'événement (fait ou acte juridique) qui donne naissance au droit réel.

Mais la compétence de la loi réelle peut être rétablie, lorsque la protection des tiers du pays où se trouve le bien rend indispensable l'application au moins partielle de la loi locale. C'est le cas, par exemple, lorsque la loi de la source fait naître un droit réel

1. P. Mayer, n° 655.

inconnu de la loi du lieu de situation du bien. Soit, pour illustrer l'hypothèse, un contrat soumis à la loi d'un pays A, obligeant une partie à conserver un bien situé dans un pays B. Supposons que, selon la loi du pays A, ce contrat fasse naître un privilège légal, mais qu'un tel privilège soit inconnu dans la législation du pays B. Si l'on appliquait la seule loi de la source (loi A), on mettrait en péril la sécurité juridique pour les tiers se trouvant dans le pays B, qui n'ont aucune raison de soupçonner l'existence du privilège. Aussi exigera-t-on, pour que le privilège soit opposable dans le pays B, que la loi de ce pays le connaisse.

De même, l'efficacité d'une sûreté constituée en vertu de la loi d'un pays A peut être subordonnée, si le bien se trouve dans un pays B, au respect de certaines formalités prévues par la loi du pays B. Enfin, l'efficacité d'une clause de réserve de propriété, d'une condition suspensive ou d'une résolution conventionnelle ou judiciaire est également subordonnée à sa reconnaissance, non seulement par la loi du contrat, mais aussi par la *lex rei sitae*. Cette solution reprend celle de l'article 4 de la Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la loi applicable au transfert de propriété en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels (non entrée en vigueur). C'est dire que la loi du lieu de situation du bien prévaut le plus souvent sur la loi de la source, et que les règles applicables à l'acquisition et au contenu des droits réels sont étroitement solidaires.

§ 3 LE CONFLIT MOBILE

205 Les enjeux théoriques et les principes de résolution du conflit mobile ont déjà été soulignés[1]. Deux exemples en feront surgir l'importance pratique : celui du créancier qui, ayant obtenu dans le pays A une sûreté réelle, s'aperçoit que le bien en question a été introduit et vendu dans un pays B ; celui du propriétaire, dont le bien a été volé dans un pays A et est finalement vendu dans un pays B. Il convient alors de savoir si la détermination des droits du créancier (dans le premier cas) et du propriétaire (dans le second) doit être confiée à la loi du pays A ou à celle du pays B. Fort discutée en doctrine, la question fait l'objet d'un traitement jurisprudentiel nuancé.

1. Cf. *supra*, n° 79 et s.

L'acquisition des droits réels est en principe soumise à la loi applicable au moment où elle est intervenue, que cette loi soit la *lex rei sitae* ou la loi de la source. Cette règle permet de respecter l'impératif de sécurité et de prévisibilité des solutions pour le titulaire du droit. Elle connaît toutefois une exception lorsqu'il apparaît particulièrement nécessaire de protéger les tiers qui traitent actuellement avec le détenteur du bien. La Cour de cassation a ainsi décidé qu'un gage sans dépossession constitué dans un pays qui en admettait la validité ne pouvait être opposé aux créanciers qui saisissaient en France le bien sur lequel il portait[1]. Ainsi, le principe qui aurait ordinairement conduit à reconnaître l'acquisition du droit au profit du créancier gagiste a été écarté au profit des tiers qui, en France, ne pouvaient avoir connaissance de l'existence du droit réel.

Quant au **contenu des droits réels**, il est en principe soumis à la loi du lieu de situation actuelle du bien. D'aucuns estiment cependant qu'en présence d'une sûreté constituée contractuellement, la loi du lieu de situation actuelle du bien ne devrait bloquer le jeu de la loi du contrat que si elle présentait le caractère de loi de police[2].

1. Cass. 1re civ., 8 juill. 1969, *Soc. DIAC*, *Grands arrêts*, n° 48.
2. P. Mayer, n° 660.

CHAPITRE 2
LES SUCCESSIONS

206 Le droit des successions est au carrefour de plusieurs branches du droit : droit de la famille, droit des actes juridiques (en raison du rôle qui peut être assigné à la volonté individuelle dans la transmission des biens à cause de mort), droit des biens. Entre ces différents rattachements, le droit français choisit depuis le Moyen Âge celui du statut réel. Ceci s'explique par l'attraction du statut de l'immeuble — longtemps bien de valeur par excellence — sur les problèmes successoraux pouvant surgir à son sujet. Cette attraction s'exerçait d'autant plus fortement que le système féodal liait la propriété des terres au pouvoir politique, et conférait au seigneur un droit de recueilllir personnellement la succession des aubains (étrangers) lorsque ceux-ci venaient à décéder son territoire.

Si le droit contemporain est plus nuancé, le droit international privé des successions continue toutefois de se placer, à maints égards, dans l'orbite du statut réel. On s'en convaincra en déterminant la loi successorale (section 1) et les dérogations qui sont apportées à son application (section 2).

SECTION 1
LA DÉTERMINATION DE LA LOI SUCCESSORALE

207 Il convient d'étudier séparément les successions transmises par la voie légale (*ab intestat*) (§ 1) et celles transmises par testament (§ 2).

§ 1 LA SUCCESSION *AB INTESTAT*

208 La loi applicable à la succession *ab intestat* varie selon que sont concernés des immeubles (A) ou des meubles (B). Il peut donc s'avérer nécessaire de combiner plusieurs lois pour régler une même succession (C).

A Les immeubles

209 Il a déjà été vu que l'article 3, al. 2 du Code civil soumet à la loi française les immeubles situés en France. La règle n'a pas expressément vocation à s'appliquer aux problèmes successoraux, mais l'obscurité du texte fut vite dissipée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Stewart* du 14 mars 1837[1]. Cette persistance du droit ancien s'explique, non seulement par le poids de la tradition en la matière, mais aussi par les avantages d'un rattachement simple et conforme à l'apparence.

La règle présente cependant plusieurs inconvénients. Le principal est que l'application de la *lex rei sitae* conduit à morceler le règlement successoral lorsque le défunt laisse des immeubles dans plusieurs pays. Plusieurs lois sont alors applicables à la succession, ce qui porte atteinte à l'universalité du patrimoine et, potentiellement, à l'égalité entre héritiers. Tel est le cas, par exemple, lorsque la loi d'un pays A confère à un membre de la famille la qualité d'héritier alors que la loi d'un pays B la refuse à un autre membre ayant avec le défunt un lien identique. En pratique, les difficultés sont en outre renforcées par le fait que les tribunaux français refusent de connaître de la succession concernant un immeuble situé à l'étranger[2].

Le morcellement du règlement successoral est enfin accentué par l'application aux meubles d'une règle de conflit différente de celle applicable aux immeubles.

B Les meubles

210 Ainsi que l'a réaffirmé l'arrêt *Labedan* du 19 juin 1939[3], la loi applicable aux successions mobilières est la loi du pays où le

1. *Grands arrêts*, n° 3.
2. Cass. 1re civ., 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé*, *DP* 1934. 1. 133, note Silz; *S.* 1934. 1. 337, note Niboyet.
3. *Grands arrêts*, n° 18.

défunt avait son dernier domicile. La règle existait déjà sous l'Ancien droit, en application de la maxime « *Mobilia sequuntur personam* » (les meubles suivent la personne). Son fondement était toutefois ambigu : on pouvait y voir la manifestation d'un lien personnel entre le défunt et ses meubles ; on pouvait aussi la justifier par une fiction de localisation de l'ensemble des meubles au domicile du *de cujus*.

D'un certain point de vue, les deux fondements ne sont pas antithétiques : c'est parce que les meubles sont liés à la personne du défunt qu'il est légitime de poser la fiction qu'il les a concentrés au lieu de son dernier domicile. Les deux idées se distinguent pourtant nettement quant à leur inspiration : rattacher les meubles à la personne tend à soustraire la succession mobilière du statut réel pour l'inclure dans la catégorie du statut personnel, tandis que localiser fictivement les meubles au dernier domicile du défunt maintient la succession mobilière dans l'orbite du droit des biens. La remarque n'est pas sans importance, car l'effet d'attraction du statut personnel pourrait logiquement conduire à soumettre les successions mobilières à la loi personnelle, c'est-à-dire la loi nationale. Cette perspective est cependant abandonnée de façon certaine depuis l'arrêt *Labedan*.

C La combinaison entre règles de conflit

211 Le résultat de la combinaison entre règles de conflit applicables aux successions mobilières et immobilière est que toute succession doit être divisée en autant de masses de biens qu'il y a de lois applicables. Chaque bloc doit alors être soumis à une dévolution autonome.

En pratique, donc, chaque loi successorale détermine les causes d'ouverture de la succession, les qualités requises pour succéder et la répartition des parts successorales. Chaque loi régit également les modalités de transmission du patrimoine en posant les règles concernant l'option de l'héritier, la saisine et l'envoi en possession. Chaque loi est enfin compétente pour régir le partage de la masse soumise à son emprise (formation de la masse partageable, composition des lots).

Il en ira peut-être différemment à l'avenir, si la **Convention de La Haye du 1er août 1989** sur la loi applicable aux successions à cause de mort entre en vigueur. Selon cette convention, les successions mobilières et immobilières sont soumises à une même loi : celle de la résidence habituelle du défunt si elle a duré cinq ans avant le décès, et à défaut, la loi nationale du défunt. La Conven-

tion prévoit par ailleurs différents correctifs pour tenir compte des liens réels du défunt avec tel ou tel ordre juridique : correctif de la proximité, s'il avait des liens manifestement plus étroits avec un autre pays que celui désigné par la règle de conflit; correctif de la volonté, le *de cujus* disposant de la possibilité d'opter entre sa loi nationale ou la loi de sa résidence habituelle.

Ce dernier correctif mérite d'être remarqué, car le droit international privé français demeure peu enclin à accueillir le rôle de la volonté en matière familiale. Son refoulement en matière de succession testamentaire en témoigne de façon spectaculaire.

§ 2 LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE

212 La succession testamentaire est soumise à des règles de fond (A) et des règles de forme (B).

A Les règles de fond

213 Le testament étant un acte de volonté intervenant en matière patrimoniale il serait concevable de laisser à son auteur le choix de la loi applicable, quitte à limiter l'option entre loi nationale et loi de la résidence habituelle pour éviter les fraudes. C'est le sens de certaines législations étrangères et de la Convention de La Haye du 1er août 1989. Telle n'est cependant pas la position du droit français, qui voit avec défaveur le contournement, au nom de l'autonomie de la volonté, de règles qui expriment une certaine conception de la famille. C'est notamment le cas des règles relatives à la réserve. La succession testamentaire n'est ainsi envisagée que comme un aménagement par la volonté de la succession *ab intestat* dans des limites prévues par la loi. Elle est en conséquence soumise à la **loi applicable à la succession légale**.

Les mêmes préoccupations expliquent, par extension, que la loi successorale soit applicable pour apprécier l'atteinte à la réserve qui résulterait d'une donation entre vifs ou d'une institution contractuelle. La même loi précise enfin les incapacités spéciales de disposer ou de recevoir pouvant affecter certaines personnes[1].

Les solutions sont plus souples, par contraste, pour la forme du testament.

1. Art. 907 et s. C. civ.

B Les règles de forme

214 La forme du testament international est envisagée par **l'article 999 du Code civil** qui permet au Français en pays étranger de tester par acte sous seing privé (forme prévue par la loi française) ou par l'acte authentique requis par la loi locale. Bilatéralisé et étendu à toutes les formes de testament par la jurisprudence, l'article 999 avait fini par signifier que chacun peut tester, soit en la forme locale, soit en la forme requise par sa loi nationale. Mais il fut privé d'effet par l'entrée en vigueur en 1967 de la **Convention de La Haye du 5 octobre 1961** sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires. Cette convention, qui s'applique sans condition de réciprocité, élargit la série des lois appelées à valider la forme des testaments. Une disposition testamentaire est ainsi valable si elle respecte la loi interne du pays de la nationalité, du domicile, de la résidence habituelle, du lieu de rédaction ou du lieu de situation des immeubles. L'objectif de la convention est d'éviter au maximum la nullité d'un testament international pour vice de forme. L'écartement de la loi successorale normalement applicable est donc pleinement justifié.

Le droit positif s'est encore enrichi avec l'entrée en vigueur de la **Convention de Washington du 26 octobre 1973** portant loi uniforme sur la forme du testament international[1]. Cette Convention contient des règles matérielles qui, si elles sont respectées, suffisent à garantir la validité formelle du testament, quels que soient le lieu de sa rédaction, la situation du bien, la nationalité, le domicile ou la résidence du testateur.

Il est cependant d'autres cas où la loi successorale ne joue pas, et dont il faut à présent rendre compte.

SECTION 2
LES DÉROGATIONS À L'APPLICATION DE LA LOI SUCCESSORALE

215 Les dérogations à l'application de la loi successorale reposent sur deux types de motifs : la concurrence d'une loi plus pertinente (§ 1) et la prééminence de considérations substantielles (§ 2).

1. Signée par la France le 29 nov. 1974, publiée par décret du 8 nov. 1994 (*D.* 1994. L. 581 ; *Rev. crit. DIP* 1995. 152).

§ 1 LA CONCURRENCE D'UNE LOI PLUS PERTINENTE

216 La compétence de la loi successorale doit être écartée dans plusieurs hypothèses, dont les principales font intervenir la loi personnelle (A) et la *lex rei sitae* (B).

A La loi personnelle

217 Rappelons tout d'abord que la détermination des liens familiaux entre le *de cujus* et les héritiers relève du statut personnel des intéressés. La loi successorale ne s'y applique pas, ni en tant que loi matérielle, ni en tant que système de règlement des conflits de lois : c'est la conséquence du rejet jurisprudentiel de la théorie des questions préalables [1].

La loi personnelle régit également la capacité d'exercice de l'option de l'héritier, ce qui n'est pas incompatible avec la règle selon laquelle la détermination des différentes branches de l'option relève de la loi successorale.

B La *lex rei sitae*

218 La compétence de la *lex rei sitae* fait échec à la loi successorale pour certaines questions surgissant à l'occasion d'une **succession mobilière** (en principe soumise à la loi du dernier domicile du défunt). L'application de la loi où se trouve effectivement le bien répond alors à l'impératif de protection des tiers. C'est ce qui explique la soumission à la loi réelle des règles relatives à la durée et à l'administration de l'indivision successorale. C'est aussi ce qui explique que les tiers ne sauraient souffrir d'un rapport ou d'une réduction en nature, d'une pétition d'hérédité ou de l'effet déclaratif du partage, si la loi du pays où se trouvent les biens s'y oppose. On devra pour les mêmes raisons respecter les formalités de publicité prévues par la loi du lieu de situation des biens en cause.

Il peut enfin arriver que la loi réelle prévale sur la loi successorale dans le cas particulier où, le *de cujus* n'ayant **aucun héritier**, l'État de la situation effective du bien s'approprie celui-ci.

1. Cf. *supra*, n° 85.

§ 2 LA PRÉÉMINENCE DE CONSIDÉRATIONS SUBSTANTIELLES

219 La loi successorale peut tout d'abord être évincée si elle est contraire à l'ordre public. Le juge français peut ainsi refuser d'appliquer une loi étrangère qui ferait une discrimination entre successibles à raison de critères raciaux, religieux, etc.

Le jeu de loi successorale est également perturbé pour faire jouer le « **droit de prélèvement** » que la loi du 14 juillet 1819 réserve aux cohéritiers français et qui n'a, depuis lors, pas été remis en cause. Ce texte entend lutter contre les lois étrangères qui privent les Français du droit de recueillir par voie successorale des biens situés à l'étranger. Pour garantir aux Français l'effectivité de leur droit de succession, il dispose donc que « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ».

Ce texte a été interprété largement par la jurisprudence. Au lieu d'en réserver l'application dans les seuls cas où un Français est privé de son droit en raison de sa nationalité, les juges le font jouer chaque fois qu'un Français reçoit en application d'une loi étrangère une part successorale inférieure à celle qu'il aurait reçue du droit français (par exemple, lorsqu'il ne reçoit pas toute la réserve que la loi française lui accorde). Cela peut conduire un Français à opposer le droit de prélèvement à un autre Français, ce qui paraît bien contraire à l'esprit du texte originel. Au surplus, la part successorale théorique de l'héritier titulaire du droit est calculée sur la base de la succession tout entière, ce qui contredit le morcellement de principe du règlement successoral entre les différents pays dont les lois sont applicables. D'où un double excès qui consiste à faire jouer trop souvent et trop lourdement le droit de prélèvement. On comprendra que la doctrine dominante soit aujourd'hui hostile à la subsistance du droit de prélèvement.

TITRE 3
DROIT DES OBLIGATIONS

220 On étudiera dans ce titre les règles applicables aux faits juridiques (chapitre 1), aux contrats (chapitre 2) et aux régimes matrimoniaux (chapitre 3).

CHAPITRE PREMIER
LES FAITS JURIDIQUES

221 Les faits juridiques sont les délits et quasi-délits (section 1), ainsi que les quasi-contrats (section 2).

SECTION 1
LES DÉLITS ET QUASI-DÉLITS

222 Les délits et quasi-délits sont en principe soumis à la loi du lieu où ils sont survenus, la ***lex loci delicti***. Tel est le principe (§ 1) dont on analysera les problèmes de mise en œuvre (§ 2)[1].

§ 1 LA COMPÉTENCE DE LA LOI DU LIEU DE SURVENANCE

223 La compétence de principe de la *lex loci delicti* est admise depuis le Moyen Âge. Elle a été consacrée, dans la jurisprudence moderne,

1. BEITZE, « Les obligations délictuelles en droit international privé », *RCADI* 1965. II. 64 (t. 115) ; P. BOUREL, *Les conflits de lois en matière d'obligations extra-contractuelles*, 1961 ; « Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé », *RCADI* 1989. II. 253 (t. 214) ; MOREAU-BOURLÈS, *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, th. Paris II, 1985 ; MONÉGER, *Réflexions sur le principe de la compétence de la loi locale en matière délictuelle*, th. Paris II, 1974 ; F. POCAR, « Le lieu du fait illicite dans les conflits de lois et de juridictions », *Trav. Com. fr. DIP* 1985-1986, p. 71.

avec l'arrêt ***Lautour*** rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1948[1]. Il est vrai que la loi du lieu de survenance du délit ou du quasi-délit s'impose pour plusieurs raisons, notamment l'objectivité du rattachement et la prévisibilité de l'application de la loi locale pour ceux qui agissent dans un pays donné. C'est à cette loi qu'incombe donc de définir la faute, l'imputabilité, le préjudice réparable, les conditions de la responsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui, bref les conditions et le régime de la responsabilité civile.

La pertinence de la *lex loci delicti* a certes été contestée, à une époque récente, par les partisans américains du renouvellement de la méthode du conflit de lois. Il a ainsi été soutenu que le rattachement théorique du délit au lieu de sa survenance présente un caractère artificiel lorsque la situation concrète peut être rattachée à un autre pays en raison de la convergence de la majorité des facteurs de rattachement et de l'intérêt supérieur de ce pays à voir sa législation s'appliquer[2].

Cette thèse semble cependant avoir peu influencé la jurisprudence française, du moins celle de la Cour de cassation. En outre, les Conventions de La Haye conclues en matière de responsabilité civile extra-contractuelle n'ont pas retenu la méthode consistant à rechercher, au cas par cas, la « *proper law of the tort* ». **La Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière**, entrée en vigueur le 3 juin 1975, réaffirme ainsi que « la loi applicable est la loi interne de l'État sur le territoire duquel l'accident est survenu » (article 3). Elle se borne à réserver une place à la loi de l'État d'immatriculation du véhicule en certaines circonstances déterminées avec précision par l'article 4.

De même, la **Convention du 2 octobre 1973 relative à la responsabilité délictuelle du fait des produits**, entrée en vigueur le 10 octobre 1977, continue de soumettre la responsabilité à la *lex loci delicti* si elle est aussi celle de la résidence habituelle de la victime, celle du lieu de l'établissement principal du responsable ou celle du lieu d'acquisition du produit. Il convient cependant de préciser que la *lex loci delicti* n'est compétente, selon cette Convention, que si les conditions d'application de la loi de la résidence habituelle de la victime ne sont pas réunies. Selon l'article 5 du texte, en effet, cette dernière loi s'impose en priorité si elle est aussi celle du lieu de l'établissement principal du responsable ou

1. *Grands arrêts*, n° 19.
2. Cf. *supra*, n° 34.

celle du lieu d'acquisition du produit. Ce qui appelle deux observations : d'une part, que la *lex loci delicti* n'est pas *a priori* jugée préférable ; d'autre part, que le caractère insatisfaisant de la seule référence au lieu de survenance du délit a finalement été reconnu par les rédacteurs de la Convention, soucieux de concilier la méthode de la pluralité des points de contacts avec l'impératif de sécurité juridique (sinon de simplicité...).

En conclusion, le droit positif reconnaît encore une place importante à la *lex loci delicti*. Son application n'est cependant pas toujours aisée.

§ 2 LES PROBLÈMES DE MISE EN ŒUVRE DE LA LOI DU LIEU DE SURVENANCE

224 La *lex loci delicti* peut être purement et simplement refoulée lorsque son contenu heurte la conception française de l'**ordre public** international. Cette affirmation ne souffre aucune contestation, mais ne doit pas conduire à priver d'effet toute loi étrangère moins protectrice de la victime que la loi française. La Cour de cassation l'a rappelé à plusieurs reprises et n'a pas hésité à casser des arrêts trop cléments envers les victimes.

Indépendamment de l'ordre public, la *lex loci delicti* peut se révéler d'application délicate lorsque la localisation du délit pose elle-même problème. On peut ici distinguer deux hypothèses. Il arrive, tout d'abord, qu'un délit soit commis dans un **espace sans souveraineté** (abordage ou délit commis à bord d'un navire en haute mer, collision aérienne au-dessus de la haute mer). En appeler à la *lex loci delicti* revient alors à crier dans le vide. Il faut donc rechercher la loi qui s'appuie sur le rattachement le plus objectif possible. Les propositions doctrinales sont multiples. Elles convergent autour de la pertinence de la loi du pavillon (éventuellement commun) et, à défaut, de la loi du for.

Mais les problèmes d'application de la *lex loci delicti* surgissent plus fréquemment en présence d'une **pluralité de localisations possibles** du délit. Cette pluralité tient à la divergence possible entre le lieu du *fait générateur* du délit et le lieu du *dommage*. On en trouve la manifestation, par exemple, en cas de délit de presse touchant une personne établie dans un pays distinct de celui de la publication, en cas de concurrence déloyale affectant un commer-

çant établi à l'étranger, etc. Faut-il alors retenir la loi du pays du fait générateur ou la loi du pays où le dommage est réalisé ? Les arguments en faveur des deux rattachements existent.

En faveur de la loi du préjudice, on peut alléguer que la protection de la victime impose de la soumettre à la loi qu'elle a le plus de chances de connaître et que le caractère certain du dommage facilite sa localisation. Surtout, le préjudice paraît plus essentiel à la responsabilité civile que la faute : la responsabilité suppose toujours un préjudice, mais pas systématiquement la faute.

En faveur de la loi du lieu du fait générateur, toutefois, on peut juger choquant qu'un individu puisse être civilement condamné pour un acte qui était licite dans le pays où il l'a commis. On peut aussi avancer que le lieu du préjudice est parfois fortuit (par exemple, en cas d'accident survenu à un véhicule en raison d'un vice de fabrication) ou que le préjudice n'est pas localisable dans l'espace en raison de sa nature immatérielle (songeons au préjudice constitué par l'atteinte à la vie privée).

La jurisprudence française, quant à elle, semble peu encline à trancher clairement le débat et à construire un système élaboré de principes et d'exceptions. Un arrêt de la Cour de cassation est parfois interprété comme un choix en faveur de la loi du lieu du dommage[1], mais sa portée est rendue douteuse par la convergence, en l'espèce, entre lieu du fait générateur et lieu du dommage et par la jurisprudence postérieure. En pratique, celle-ci semble se contenter d'appliquer la loi française lorsque l'un des éléments du délit — fait générateur ou réalisation du dommage — se trouve localisé en France[2]...

SECTION 2
LES QUASI-CONTRATS

225 En application des règles dégagées pour les délits et quasi-délits, la loi applicable aux quasi-contrats est celle du lieu où est survenu le

1. Cass. 1re civ., 8 févr. 1983, *JDI* 1984.123, note Légier.

2. Cette attitude ne paraît pas remise en cause par l'arrêt du 14 janvier 1997 (*JCP* 1997. II. 22903, note Muir-Watt ; *Rev. crit. DIP* 1997. 504, note Bischoff) qui, après avoir affirmé que « la loi applicable à la responsabilité extra-contractuelle est celle de l'État du lieu où le fait dommageable s'est produit », ajoute que « ce lieu s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier ».

fait qui donne naissance à l'obligation : loi du lieu où est reçu le paiement de l'indu, loi du lieu où le résultat de la gestion d'affaires apparaît, loi du lieu de l'enrichissement sans cause.

Cette solution est toutefois discutable. Lorsque la répétition de l'indu fait suite à l'annulation du contrat, par exemple, l'application de la loi du contrat est envisageable. Plus généralement, on peut songer à retenir la loi de l'opération ou de l'institution qui préexiste à l'enrichissement[1].

1. Pour un renouvellement de la question, cf. H. CHANTELOUP, *Les quasi-contrats en droit international privé*, préf. M.-L. Niboyet, LGDJ, Bibl. de Droit Privé, t. 304, 1998.

CHAPITRE 2
LES CONTRATS

226 Les contrats, et plus généralement les actes juridiques, étaient à l'origine soumis à une loi unique, la loi du lieu de conclusion de l'acte. C'était le sens de la célèbre règle dégagée par les post-glossateurs, la règle *locus regit actum*. À partir du XVIe siècle, cependant, le domaine de la maxime *locus regit actum* a été restreint aux seules règles de forme. Il en découle qu'en droit contemporain, la loi qui régit le fond du contrat (section 1) peut être différente de celle qui régit sa forme (section 2).

SECTION 1
LES RÈGLES DE FOND

227 Les contrats sont en principe soumis à la loi choisie par les contractants, dite « **loi d'autonomie** ». Cette compétence de principe de la loi d'autonomie s'alimente, historiquement, à une théorie subjective de la loi applicable au contrat (§ 1). Il est pourtant possible de considérer objectivement le rôle de la volonté dans la détermination de la loi applicable au contrat (§ 2). Le droit positif adopte à ce sujet une attitude de compromis (§ 3).

§ 1 LA THÉORIE SUBJECTIVE DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

228 On exposera successivement le contenu (A) et les conséquences (B) de la théorie subjective.

A Le contenu de la théorie subjective

229 Une brève incursion dans l'histoire fait apparaître clairement le lien entre l'affirmation de la loi d'autonomie et l'affirmation de l'idée que les parties disposent du pouvoir de choisir la loi applicable aux obligations qu'ils contractent volontairement. Il s'agit d'une théorie subjective (ou subjectiviste), en ce sens que la volonté des parties est conçue comme l'élément décisif dans la détermination de la loi applicable.

La préférence donnée à la loi d'autonomie plutôt qu'à la loi du lieu de conclusion du contrat remonte à la fin du Moyen Âge. Déjà présente chez les post-glossateurs, elle s'exprime au XVIe siècle sous la plume de **Dumoulin**, qui considère que la loi du régime matrimonial est compétente à raison de son choix implicite par les parties. C'est toutefois au XIXe siècle que la loi d'autonomie prend tout son essor, en liaison avec le développement du libéralisme et l'influence de la philosophie volontariste. Le principe juridique « d'autonomie de la volonté »[1], internationaliste à l'origine, en est le fruit. La référence à l'autonomie de la volonté se diffusera dans l'ensemble du droit civil interne au début du XXe siècle — à une époque, d'ailleurs, où ses fondements sont déjà fortement contestés.

La théorie subjective de la loi applicable au contrat trouve finalement sa réception dans la jurisprudence de la Cour de cassation : selon **l'arrêt *American Trading*** du 5 décembre 1910, « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée »[2]. Et l'arrêt de préciser que la manifestation de volonté « peut être expresse, mais qu'elle peut (aussi) s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat ». En l'absence de choix exprès ou implicite par les parties, l'arrêt soumet le contrat à la loi nationale commune des parties et, à

1. Sur ce concept, cf. V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, 1980.
2. *Grands arrêts*, n° 11.

défaut de nationalité commune, à la loi du lieu de conclusion du contrat.

C'était encore ne pas tirer toutes les conséquences de la théorie subjective de la loi applicable au contrat.

B Les conséquences de la théorie subjective

230 La théorie subjective impose, en bonne logique, de ne pas s'avouer vaincu devant le mutisme des parties et l'ambiguïté des circonstances. Dans cette perspective, l'indiscernabilité de la volonté n'empêche nullement de rechercher la volonté *hypothétique*, c'est-à-dire le choix *qu'auraient* vraisemblablement fait les contractants s'ils s'étaient posé la question du droit applicable à leurs rapports.

La théorie subjective de la loi applicable fait donc système : que les parties aient ou non manifesté une volonté, c'est toujours leur subjectivité qui justifie la détermination du droit applicable. Sur le terrain théorique, les conséquences doivent en être mesurées : faisant de la volonté le seul fondement de l'application de la loi, la thèse subjective refoule le caractère impératif du droit étatique pour réduire la loi à un élément « incorporé » au contrat[1]. Sur le terrain pratique, la théorie subjective débouche logiquement sur la possibilité pour les parties de choisir entre un nombre infini de lois, de dépecer différentes lois pour en façonner une à leur convenance, voire de construire de toutes pièces un corps de règles indépendant des droits étatiques. On parlera alors de « contrat sans loi ».

Ces conséquences extrêmes peuvent effrayer. Leur excès a contribué à nourrir l'argumentation des partisans de la théorie objective de la loi d'autonomie.

§ 2 LA THÉORIE OBJECTIVE DE LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

231 Cette théorie n'entend pas remettre frontalement en cause la possibilité pour les parties d'influer sur la détermination de la loi applicable au contrat. Elle conteste seulement les fondements de la thèse subjective (A) et certaines de ses conséquences (B).

1. H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, t. I, p. 39 et s.

A La critique des fondements de la théorie subjective

232 La théorie subjective peut être critiquée de deux façons distinctes et complémentaires.

On l'accusa, tout d'abord, de reposer sur une conception erronée du droit et de ses sources. Fondée sur l'idée que la volonté serait à elle seule créatrice de droits et d'obligations, elle devrait céder devant le constat que la volonté ne produit d'effet que si la loi le permet. Aussi la source véritable de l'effet produit par le contrat n'est-elle pas la volonté en tant que telle. Partant, l'idée de l'incorporation au contrat de la loi choisie par les parties tombe d'elle-même : si la loi en question s'applique, ce n'est pas parce que les contractants l'ont « adoptée », c'est parce qu'ils s'y sont « soumis » au sens fort. Le choix de la loi ne supprime pas le caractère impératif de celle-ci.

Une telle conception générale du droit et de ses sources permet, en droit international privé, de réévaluer le rôle de la volonté dans la détermination de la *lex contractus* (la loi du contrat). Selon Batiffol, notamment, la volonté ne mérite d'être prise en considération que parce qu'elle permet, objectivement, de *localiser* plus facilement le contrat. On peut en déduire que la volonté n'est qu'un élément parmi d'autres — même s'il est plus important que d'autres — servant à déterminer quel est objectivement le pays avec lequel le contrat entretient les relations les plus étroites. Cette approche produit d'importantes conséquences.

B Les conséquences de la théorie objective

233 La théorie objective conduit à encadrer de diverses manières la liberté des contractants. Parce que leur volonté est un indice de localisation du contrat, elle ne saurait ainsi errer à la surface du globe à la recherche d'un pays avantageux mais sans lien objectif avec le contrat. *A fortiori* la volonté ne peut-elle s'émanciper de l'emprise des droits étatiques : l'idée d'un contrat sans loi est incompatible avec l'idée de localisation objective des relations contractuelles, et la Cour de cassation l'a reconnu[1].

La théorie de la localisation objective produit aussi un effet sur l'office du juge. Tandis que, selon la théorie subjective, celui-ci doit se borner à rechercher la volonté des contractants, sa mission consiste, selon la théorie objective, à trouver quel est le pays avec lequel le contrat entretient les liens les plus étroits. Le juge n'est

1. Cass. 1re civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, *Grands arrêts*, n° 22.

donc pas obligé de se livrer à l'art quasiment divinatoire de révéler la volonté hypothétique des personnes en présence.

L'admission de telles directives n'est pas incompatible avec une théorie subjective modérée. Le droit positif illustre ainsi naturellement le compromis entre les deux approches.

§ 3 LA POSITION INTERMÉDIAIRE DU DROIT POSITIF

234 Jusqu'à une époque récente, la règle de conflit en vigueur en France était d'origine jurisprudentielle. Elle reposait sur le souci de concilier les théories subjective et objective, et pouvait être résumée par la formule de la Cour de cassation dans l'arrêt ***Fourrures Renel*** du 6 juillet 1959[1] : « la loi applicable au contrat, en ce qui concerne leur formation, leurs conditions ou leurs effets, est celle que les parties ont adoptée (...) ; à défaut de déclaration expresse de leur part, il appartient aux juges du fond de rechercher, d'après l'économie de la convention et les circonstances de la cause, quelle est la loi qui doit régir les rapports des contractants ». Certaines Conventions internationales avaient adopté des solutions comparables : citons notamment la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels (en vigueur en France depuis le 1er septembre 1964) et la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation (entrée en vigueur le 1er mai 1992).

Il en va différemment depuis l'entrée en vigueur, le 1er avril 1991, de la **Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles**[2]. Cette Convention est désormais le droit commun applicable en France pour tous les contrats internationaux[3] conclus après son entrée en vigueur, sous réserve de certaines exceptions énumérées par l'article 2. Elle

1. *Grands arrêts*, n° 35.
2. P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. DIP* 1991. 287 et s. ; J. FOYER, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI* 1991. 601 et s.
3. La notion de contrat international étant controversée, les rédacteurs de la Convention ont préféré l'éviter. Le texte dispose ainsi qu'il s'applique aux obligations contractuelles « dans les situations comportant un conflit de lois » (art. 1. 1).

présente en outre un caractère universel, ce qui signifie que la loi qu'elle désigne s'applique même si elle est celle d'un État non contractant (art. 2).

L'intérêt de la Convention de Rome, qui prolonge largement les solutions du droit antérieur, réside dans la mise en place d'un dispositif nuancé qui repose sur l'articulation entre le libre choix de la loi par les parties (A) et le rattachement objectif du contrat en l'absence de choix (B). Le domaine de la loi du contrat devra également être précisé (C).

A La liberté de choix

235 Le principe de la liberté (1) subit quelques exceptions (2).

1. Le principe de la liberté

236 Selon l'article 3.1, « le contrat est régi par la **loi choisie par les parties**. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause ». Cette disposition montre que la volonté des contractants se voit reconnaître une portée importante, non limitée par l'exigence d'un lien effectif avec le pays dont la législation est choisie. Force est même reconnue à la **volonté implicite**, du moment que son contenu ne fait aucun doute : tel est le cas, semble-t-il, en présence d'une clause attributive de juridiction (on considère alors que la juridiction choisie est celle du pays dont la loi doit être appliquée), d'un contrat-type rédigé conformément à un système juridique déterminé, d'un contrat accessoire à un autre contrat soumis expressément à une loi donnée, etc.

Toujours par faveur à la volonté des contractants, la Convention prévoit à leur profit une faculté de « **dépeçage** » de leur contrat : cela signifie « les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat » (art. 3. 1 *in fine*). Cette règle permet de respecter l'économie des contrats complexes que l'on rencontre fréquemment dans le commerce international[1]. Bien que le texte ne le dise pas, elle semble cependant connaître certaines limites. Le système du dépeçage ne saurait en effet permettre aux parties de contourner les dispositions impératives s'imposant à une partie de leur contrat, voire — mais cela est discuté — de rompre la cohérence du régime

1. La même inspiration explique, même en l'absence de choix, que des parties du contrat entretenant des liens étroits avec des pays différents puissent à titre exceptionnel être soumises par le juge à des lois différentes (art. 4. 1 *in fine*).

juridique applicable au contrat en dissociant, par exemple, les lois applicables aux causes de nullité et aux causes de responsabilité.

Enfin, l'article 3. 2 prévoit que « les parties peuvent convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant (...) ». On retrouve ici l'impératif de souplesse qui imprègne la Convention. La **modification de la loi applicable** ne peut toutefois pas, selon le même article, porter atteinte aux droits des tiers ni remettre en cause la validité formelle du contrat.

La liberté conférée aux parties connaît ainsi certaines limites.

2. Les exceptions

237 S'il est exact que la volonté des parties peut les conduire à choisir une loi sans rapport avec le rattachement concret du contrat, cette règle souffre une exception pour tenir compte des **dispositions impératives du pays dont la situation est manifestement très proche**. Selon l'article 3. 3, « le choix par les parties d'une loi étrangère (...) ne peut, lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat ».

D'autres limites sont apportées au libre jeu de la volonté des parties pour protéger **certaines catégories de contractants** réputées en position de faiblesse dans leurs rapports contractuels : les consommateurs et les salariés. L'article 5. 2 prévoit ainsi qu'à certaines conditions[1], « le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle ». L'article 6 prescrit, dans le même esprit, de tenir compte à certaines conditions des dispositions impératives de la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail en exécution du contrat, ou de celui où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur.

Cette attention portée par la Convention aux dispositions impératives appelées à régir le contrat se retrouve dans le sort réservé plus généralement aux **lois de police**. Celles du for, tout d'abord, dont l'article 7. 2 énonce clairement qu'elles doivent être appliquées par le juge, quelle que soit la loi applicable au contrat. Celles d'un État autre que celui du juge saisi, ensuite : l'article 7. 1

1. Ces conditions ont en commun de rattacher de façon significative la situation au pays de résidence habituelle du consommateur.

dispose en effet qu'il « pourra être donné effet » aux lois de police d'un pays dont la loi n'a pas été choisie par les parties, à la double condition que la situation présente un lien étroit avec ce pays et que la loi de police en question se reconnaisse compétente pour régir le contrat. La disposition ne signifie pas, on le voit, que les lois de police étrangères s'appliqueront systématiquement au contrat. Leur prise en considération est subordonnée à un critère de proximité. Elle est en outre facultative pour le juge saisi, qui peut en adapter les dispositions (par exemple les sanctions). « Donner effet » à une loi de police étrangère n'est pas synonyme d'« appliquer »...

Il est à noter, pour finir, que l'article 7 relatif aux lois de police s'applique indépendamment du mode de détermination de la loi applicable au contrat. Il joue donc également en l'absence de choix par les parties, lorsque la loi est déterminée selon une méthode plus objective.

B Le rattachement du contrat en l'absence de choix

238 À défaut de choix exprès ou tacitement certain de la loi applicable, la Convention de Rome cesse de s'attacher à la volonté des parties pour tenter une localisation objective du contrat. Le dispositif combine alors sécurité et souplesse. Il repose sur un principe simple : « **le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits** » (art. 4. 1). En elle-même, la formule est cependant source d'insécurité : comment juger de l'étroitesse des liens sans tomber dans la casuistique pure ? La Convention répond en posant certaines présomptions (1) et en édictant certains rattachements spéciaux (2).

1. Les présomptions

239 La Convention de Rome contient une présomption générale et deux présomptions spéciales.

La présomption générale est prévue par l'article 4. 2 : « il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le **pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle** ». Le principe est relativement simple. Il évite notamment les difficultés qu'aurait suscité, par exemple, le rattachement du contrat au lieu d'exécution (car l'exécution peut avoir lieu dans plusieurs États). Quant à la détermination de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, elle ne pose pas de problème particulier, si ce n'est pour les personnes morales pour lesquelles le texte

adapte la solution générale[1]. La notion de prestation caractéristique, cependant, n'est pas évidente à cerner car elle dépend en grande partie des circonstances. On s'aidera alors, pour connaître la prestation caractéristique, de la nature du contrat : en matière de vente ou de bail, par exemple, il est admis que la prestation caractéristique est en principe celle du vendeur ou du bailleur. Plus généralement, le seul fait de verser une somme d'argent ne constitue que rarement la prestation caractéristique d'un contrat synallagmatique.

Les présomptions spéciales prévues par la Convention concernent, en premier lieu, les contrats ayant pour objet un **droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble**. Selon l'article 4. 3, il est alors présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé immeuble. Il y a là une belle illustration de l'attraction du statut réel sur la solution du conflit de lois. Les **contrats de transport**, en second lieu, sont soumis à une règle spéciale par l'article 4. 4 qui utilise la méthode de convergence des points de contact pour présumer que le contrat entretient les liens les plus étroits avec le pays dans lequel le transporteur a son établissement principal au moment de la conclusion du contrat, lorsque ce pays coïncide, soit avec le pays de chargement ou de déchargement, soit avec le pays de l'établissement principal de l'expéditeur.

Ces présomptions — la présomption générale et les présomptions spéciales — sont **réfragables**. Par souci de pragmatisme, l'article 4. 5 prévoit en effet que les présomptions des paragraphes précédents sont écartées « lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays »[2]. La boucle est bouclée : le principe de proximité effective finit toujours par l'emporter. Au risque, peut-être, d'une certaine insécurité juridique.

2. Les rattachements spéciaux

240 Il existe deux rattachements spéciaux prévus par la Convention en cas d'absence de choix de la loi applicable par les parties. Ils

1. S'il s'agit d'une société, association ou personne morale, le droit présumé applicable est celui du lieu de son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, on retient le lieu du principal établissement, à moins que le contrat ne prévoie que la prestation doit être fournie par un autre établissement que l'établissement principal, auquel cas la loi de cet établissement s'applique.

2. La présomption générale de l'article 4.2 est également écartée lorsque la prestation caractéristique ne peut être déterminée.

concernent les contrats conclus par les consommateurs et les contrats individuels de travail et sont soumis à un mécanisme simple : ces contrats sont, à défaut de choix, soumis à **la loi dont les dispositions impératives auraient dû être respectées s'il y avait eu un choix**.

Les contrats conclus par les consommateurs, tout d'abord, sont soumis par l'article 5. 3 à la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. Cette règle ne s'applique toutefois pas systématiquement. Encore faut-il que soient réunies les conditions qui auraient conduit, même en présence du choix de la loi applicable par les parties, à l'application des dispositions impératives de la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. En outre, l'application de l'article 5. 3 est écartée pour le contrat de transport[1] et pour le contrat de fournitures de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle.

Le contrat individuel de travail est soumis, à défaut de choix par les parties de la loi applicable, à la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail en exécution du contrat, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays. Si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, le contrat est régi par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur. Dans les deux cas, l'article 6. 2 prévoit cependant l'éviction de la loi désignée s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

C Le domaine de la loi du contrat

241 Le domaine de la loi du contrat est expressément précisé par l'article 10 de la Convention de Rome. Il en résulte que la loi déclarée applicable au contrat par la Convention régit notamment son interprétation, son exécution et les conséquences de son inexécution, les modes d'extinction des obligations et les prescriptions, enfin les conséquences de la nullité. Quant à la nullité ou l'inexistence du contrat ou d'une disposition, elles sont également appréciées au regard de la loi qui serait applicable si le contrat ou la disposition étaient valables (article 8. 1).

1. Sauf, exception à l'exception, en présence d'un « contrat offrant pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement » (art. 5. 5).

Certaines limites au jeu de la loi du contrat existent cependant, notamment pour protéger la personne du contractant. Selon l'article 8. 2, une partie peut ainsi établir qu'elle n'a pas consenti, en se référant à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle, s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi du contrat. Rappelons en outre que la capacité de la personne demeure en principe soumise à sa loi personnelle, sauf ignorance excusable du cocontractant[1].

Quant à la forme du contrat, elle est soumise à des règles spécifiques qu'il convient à présent d'examiner.

SECTION 2
LES RÈGLES DE FORME

242 La forme des contrats relève en principe de la règle ***locus regit actum***, qui signifie dans sa version contemporaine qu'un acte juridique est valable en la forme s'il respecte les dispositions de la loi du lieu où il est passé[2]. La règle, quoique non expressément formulée par le Code civil, n'en est pas moins consacrée par certains articles déjà évoqués : l'article 47 relatif à la forme des actes de l'état civil, l'article 170 sur la forme du mariage, l'article 999 sur celle du testament. Elle se justifie par l'intérêt, pour les acteurs de la vie internationale, que soit reconnue l'efficacité du respect des formes extérieures nécessaires à la validité ou la preuve d'un acte. Cet intérêt est évident, en particulier, lorsque la forme de l'acte envisagée est authentique, car les officiers publics sont obligés de respecter la loi qui les habilite, en application de la règle *auctor regit actum*. De plus, il peut être pratiquement difficile pour les parties de connaître, au moment de la conclusion de leur contrat, les règles de forme d'une autre loi que celle du lieu où ils se trouvent.

La règle *locus regit actum* repose donc essentiellement sur des motifs pratiques. La même inspiration pragmatique justifie, dans le même temps, que la règle ne possède pas un caractère impératif (§ 1) et que son application soit parfois écartée (§ 2).

1. Cf. *supra*, n° 143.
2. V. Delaporte, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, th. Paris, 1974 ; ; Ph. Malaurie, *Jurisclasseur Droit International*, fasc. 551-B.

§ 1 LE CARACTÈRE FACULTATIF DE LA RÈGLE *LOCUS REGIT ACTUM*

243 Le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* signifie que la forme d'un acte juridique peut être soumise, soit à la loi du lieu de sa conclusion, soit à une autre loi. En pratique, ce caractère facultatif ouvre aux parties une option entre plusieurs lois, dont celle du lieu de conclusion. Ce principe est désormais acquis en droit positif (A). Il reste à définir les termes de l'option (B).

A Le principe du caractère facultatif

244 Le principe du caractère facultatif de la règle *locus regit actum* n'a pas toujours été reconnu. S'il semble qu'il ait existé dès l'origine du principe lui-même, le succès de la règle *locus regit actum* aurait été tel qu'à partir de la fin du XVe siècle, on aurait en quelque sorte oublié sa dimension facultative. D'où, pendant plusieurs siècles, l'affirmation du caractère impératif de la soumission de la forme du contrat à la loi du lieu de conclusion. L'idée du caractère facultatif n'est réapparue qu'à la fin du XIXe siècle à la faveur de controverses sur la forme du testament. On fit alors valoir que la règle *locus regit actum*, conçue pour faciliter la conclusion des actes juridiques, ne pouvait sans incohérence conduire à annuler un acte au seul motif que les règles de forme prévues par la loi du lieu de sa conclusion n'auraient pas été respectées.

Cet argument pragmatique inspira la Cour de cassation : après avoir admis le caractère facultatif du principe en matière de testament[1], elle affirma, dans l'arrêt ***Charlie Chaplin*** rendu en matière de contrat, que la règle « ne s'oppose pas à ce que les contrats internationaux soient passés en France sous une forme prévue par la loi étrangère qui les régit au fond »[2]. Aujourd'hui, le caractère facultatif de la règle *locus regit actum* est consacré par l'article 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980.

Certaines **exceptions** à ce caractère facultatif doivent cependant être mentionnées – outre le cas du mariage[3] –. L'article 9. 5 prévoit ainsi que la forme d'un contrat conclu par un **consommateur** est régie par la loi du pays dans lequel celui-ci a sa résidence habituelle,

1. Cass. civ., 20 juill. 1909, *Viditz*, *Rev. crit. DIP* 1909. 900, concl. Baudouin ; *JDI* 1909. 1097, même conclusions ; *DP* 1911. 1. 185, note Politis.
2. Cass. 1re civ., 28 mai 1963, *Grands arrêts*, n° 40.
3. Cf. *supra*, n° 162.

si cette loi est applicable au fond dans les conditions prévues par l'article 5. La protection de la partie faible passe donc par la suppression du choix habituellement offert aux parties — ce qui peut paradoxalement conduire à un résultat moins favorable pour le consommateur que celui découlant de l'application la *lex contractus*.

L'éviction du caractère facultatif de la règle de conflit est encore consacrée par l'article 9. 6 de la Convention de Rome afin de tenir compte d'une **loi de police du lieu de situation d'un immeuble**. Ainsi, les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble sont soumis « aux règles de forme impératives de la loi du pays où l'immeuble est situé, pour autant que selon cette loi elles s'appliquent indépendamment du lieu de conclusion du contrat et de la loi le régissant au fond ». Cette disposition a pour effet de renforcer la portée limitée que l'article 7 confère ordinairement aux lois de police qui se reconnaissent applicables à un contrat. Le constat n'est pas anodin : la forme des contrats, plus que le fond, donne prise à l'application de règles d'intérêt public. C'est ce qui justifie en grande partie que, même lorsque la règle *locus regit actum* possède un caractère facultatif, celui-ci ne débouche pas sur la possibilité pour les parties de choisir n'importe quelle loi. On s'en apercevra en examinant les termes de l'option en principe ouverte aux parties.

B Les termes de l'option

245 Même si cela peut être discuté, l'autonomie totale de la volonté n'est pas reconnue en matière de forme des contrats. Aussi la réflexion des auteurs et des juges s'est-elle naturellement concentrée sur la recherche des lois les plus pertinentes pour régir la forme d'un acte juridique. On pense évidemment à la loi applicable au fond, car elle est censée être connue des parties et son application présente l'avantage de soumettre l'acte à une loi unique. On songe aussi à une loi commune aux parties, par exemple celle de leur nationalité ou de leur résidence habituelle.

Avant l'adoption de la Convention de Rome, la Cour de cassation avait adopté une attitude ouverte, considérant que les parties pouvaient valablement soumettre leur contrat à la loi applicable au fond ou à leur loi nationale[1]. Les modalités de la mise en œuvre du choix demeuraient cependant incertaines. On pouvait s'interroger, notamment, sur l'existence d'une hiérarchie entre les ratta-

1. Arrêt *Charlie Chaplin*, précité, n° 24.

chements ci-dessus. En pratique, la question non clairement résolue en jurisprudence était la suivante : fallait-il, pour qu'une loi autre que celle du lieu de l'acte s'applique, que les parties en manifestent clairement le désir ? Ou suffisait-il, pour que l'acte soit valable, que l'une quelconque des lois en présence l'admette ?

La Convention de Rome mit fin à ces interrogations. Selon l'article 9. 1, « un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu ». Le texte consacre donc un choix limité entre deux lois, tout en mettant celles-ci sur un pied d'égalité. Il suffit donc, pour être valable, qu'un contrat satisfasse aux formes imposées par l'une de ces lois[1].

Encore faut-il que la règle *locus regit actum* ne soit pas écartée.

§ 2 L'ÉCARTEMENT DE LA RÈGLE *LOCUS REGIT ACTUM*

246 L'écartement de la règle *locus regit actum* est justifié par des raisons d'ordre divers. Il est admis, par exemple, que les « **formes habilitantes** » sont en principe soumises à la loi nationale de l'intéressé parce qu'elles s'intègrent dans les questions de statut personnel. On entend par là que l'exigence d'une autorisation, d'une assistance ou d'une homologation, qui peut être nécessaire à un incapable ou à celui qui administre les biens d'autrui, peut être considérée comme une règle de fond — et non comme une règle de forme -, ce dont il faut tirer les conséquences.

Échappent également à la *lex loci actus* les formes de **publicité**, qui n'ont d'efficacité que si elles respectent les règles en vigueur à l'endroit où a lieu la publicité.

Enfin, les règles de **preuve** relèvent, tantôt de la loi applicable au fond, tantôt de la loi du for, selon qu'elles sont intimement liées au fond du litige ou à la procédure judiciaire elle-même. Ceci explique que l'article 14. 1 de la Convention de Rome prévoie que la loi régissant le fond du contrat s'applique lorsqu'elle établit des

1. Des adaptations du principe sont prévues par les dispositions suivantes de l'article 9 pour tenir compte, notamment, des contrats intervenant entre personnes ne se trouvant pas dans un même pays ou conclus par des représentants.

présomptions légales ou répartit la charge de la preuve. Au sujet de l'admissibilité des modes de preuve des actes juridiques, une solution alternative a été trouvée : l'article 14. 2 de la même Convention dispose ainsi que les contrats peuvent être prouvés par tout mode de preuve admis, soit par la loi du for, soit par l'une des lois applicables à la forme des contrats, selon laquelle le contrat est valable quant à la forme, pour autant que la preuve puisse être administrée selon ce mode devant le tribunal saisi.

CHAPITRE 3
LES RÉGIMES MATRIMONIAUX

247 On pourrait songer à rattacher les régimes matrimoniaux à de multiples catégories juridiques, en particulier le statut réel ou les effets du mariage. La première voie connaît les faveurs des systèmes de *common law*, tandis que l'école personnaliste a séduit de nombreux pays en vantant les mérites de la loi nationale commune des époux. Force est pourtant de constater que le droit positif français n'a pas emprunté cette direction et qu'il place les régimes matrimoniaux sous l'influence décisive des règles applicables aux actes juridiques. Depuis **Dumoulin**, dont la célèbre consultation de 1525 aux époux de Ganey a déjà été citée[1], la science juridique — à l'exception notable de juristes tel que d'Argentré — s'est habituée à considérer que les époux, même s'ils ne font pas de contrat, entendent implicitement adopter le régime légal prévu par la coutume du lieu où ils s'établissent après le mariage. D'un point de vue pratique, cette analyse évite les inconvénients du statut réel, qui prévalait jusqu'alors, et qui résident dans l'application d'autant de coutumes qu'il y a de pays où se trouvent les biens. D'un point de vue théorique, le succès de la thèse tient aussi au développement de la théorie de l'autonomie de la volonté au XIXe siècle, époque à laquelle les prolongements de l'intuition de Dumoulin ont connu leur épanouissement.

C'est donc logiquement que **la Cour de cassation retint le principe d'autonomie** des époux dans la détermination de la loi applicable. Conformément à ce principe, elle soumet le régime à la loi choisie par les parties et, à défaut, recherche la volonté implicite des époux au moyen de tous les indices pertinents : nationalité,

1. Cf. *supra*., n° 10 et 229.

domicile, lieu de célébration, localisation des biens, lieu d'exercice d'une activité professionnelle. Toutefois, afin d'éviter que cette recherche ne débouche sur une insécurité juridique trop forte, elle affirme que « la détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat doit être faite principalement en considération de la fixation de leur domicile matrimonial »[1].

248 Ces principes ne sont aujourd'hui plus les seuls. Depuis le 1er septembre 1992, en effet, est en vigueur la **Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux**[2]. Cette Convention, qui ne lie pour l'instant que la France, les Pays-Bas et le Luxembourg, s'applique aux époux qui se sont mariés ou qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur pour l'État du for. Elle ne concerne, ni les obligations alimentaires entre époux, ni les droits successoraux du conjoint survivant, ni la capacité des époux (art. 1er). Elle s'applique, en revanche, même si la nationalité, la résidence habituelle des époux ou la loi applicable ne sont pas celles d'un État contractant (art. 2). Mentionnons enfin qu'elle a fait l'objet d'une **loi d'adaptation du 28 octobre 1997**[3], dont on examinera les dispositions à l'occasion de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial (section 1) et de son domaine (section 2).

---

1. Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, *Bull. civ.* I, n° 371 ; *D.* 1998. somm. comm. 287, obs. Audit.

2. G. Droz, « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux », *Rev. crit. DIP* 1992. 631 et s. ; M. Revillard, « La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Defrénois* 1992. 257 et s.

3. *J.O.* 29 oct. 1997, p. 15684. Sur la loi, cf. D. Boulanger, « Premier regard sur la loi n° 97-987 du 28 octobre 1997 », *JCP* 1997, éd. N, doctr., p. 1525 ; G. Khairallah, « La loi du 28 octobre 1997 : Questions de méthode », *Rev. crit. DIP* 1998. 249 et s ; M. Revillard, « Commentaire de la loi du 28 oct. 1997 », *Defrénois*, 1997, art. 36700 ; T. Vignal, « La loi du 28 octobre 1997 adaptant la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *JCP* 1998. I. 146./

SECTION 1
LA LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL

249 La loi applicable au régime matrimonial est en principe fixée au moment du mariage (§ 1). Elle peut toutefois être modifiée par la suite (§ 2).

§ 1 LA LOI APPLICABLE AU MOMENT DU MARIAGE

250 Deux situations doivent être envisagées : celle où les époux ont émis une volonté de soumettre leurs rapports patrimoniaux à une loi donnée (A) et celle où aucun choix n'a été fait (B).

A La loi choisie par les époux

251 La Convention de La Haye consacre la loi d'autonomie. Son article 3 énonce ainsi que « le régime matrimonial est soumis à la loi interne[1] désignée par les époux avant le mariage ». Depuis la loi du 28 octobre 1997, le principe est inscrit et précisé dans le Code civil, dont l'article 1397-3, alinéa 3, énonce qu'« à l'occasion de la désignation de la loi applicable avant le mariage (...), les époux peuvent désigner la nature du régime matrimonial choisi par eux ». Pour être efficace, le choix des époux doit toutefois respecter certaines formes (1) et certaines limites (2).

1. La forme du choix

252 Les formes requises sont en premier lieu celles qui sont requises pour le contrat de mariage dans son ensemble. Le choix doit, quant à lui, respecter certaines conditions.

La **forme du contrat de mariage** est envisagée de façon originale par la Convention, qui combine une règle de conflit alternative et une règle matérielle pour garantir une certaine souplesse tout en protégeant la sécurité juridique. L'article 12 prévoit en effet que « le contrat de mariage est valable en la forme si celle-ci répond soit à la loi interne applicable au régime matrimonial, soit à la loi

1. La soumission à la loi *interne* exclut nécessairement le renvoi.

interne en vigueur au lieu où le contrat a été passé. Il doit toujours faire l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux ».

S'agissant, plus précisément, de la **forme du choix** de la loi applicable, l'article 11 énonce qu'il doit « faire l'objet d'une stipulation expresse ou résulter indubitablement des dispositions d'un contrat de mariage ». Les formes et la publicité de ce choix ont été précisées, en droit interne français, par la loi du 28 octobre 1997 qui prévoit notamment la mention sur l'acte de mariage de la désignation de la loi applicable[1], la présentation d'un certificat lorsque cette désignation a été faite avant le mariage[2] et la mention de la loi applicable sur la minute du contrat de mariage[3]. Le choix ne peut cependant s'opérer que dans certaines limites.

2. Les limites du choix

253 Bien que les époux disposent en principe d'une liberté de choix, cette liberté est limitée à certaines lois dont il est présumé qu'elles peuvent avoir un **lien étroit** avec la situation. Selon l'article 3 de la Convention, « les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes : la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation ; la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ; la loi du premier État sur le territoire duquel l'un des époux établira une nouvelle résidence habituelle après le mariage ».

Le texte consacre en outre un **principe d'indivisibilité** du régime matrimonial, lorsqu'il prévoit que la loi ainsi désignée s'applique à l'ensemble des biens des époux. À titre d'exception, cependant, les époux peuvent désigner la loi du lieu de situation des immeubles ou de certains d'entre eux, et prévoir que les immeubles qui seront acquis par la suite seront soumis à la loi du lieu de leur situation.

Reste à savoir ce qu'il advient lorsqu'aucun choix n'a été fait par les époux.

B La loi applicable à défaut de choix par les époux

254 Lorsque les parties n'ont pas choisi la loi applicable, le rattachement du régime matrimonial peut s'opérer de deux façons : soit,

1. Art. 76 C. civ.
2. Art. 1397-3, al. 1er C. civ.
3. Art. 1397-3, al. 2 C. civ.

dans une logique subjectiviste, en recherchant l'intention des parties quant à la localisation des intérêts du ménage ; soit, dans une logique opposée, en procédant à une localisation objective de la situation. La jurisprudence avait trouvé, avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye, une solution nuancée. Tout en affirmant sa fidélité à l'autonomie de la volonté, elle respectait la sécurité juridique en réservant une faveur presque systématique au rattachement du régime à la loi du pays du premier domicile matrimonial.

La Convention de La Haye, pour sa part, a choisi d'exclure toute recherche de la volonté implicite des parties et a donc retenu un **système de localisation purement objectif**. Ce système contenu dans l'article 4 repose sur un principe et deux série d'exceptions.

Le principe est l'application de la loi interne de l'État sur le territoire duquel ils établissent leur **première résidence habituelle** après le mariage. Cette solution rejoint celle que retenaient la majorité des juges français. Sa rigidité sur le terrain de la méthode, qui contraste avec celle de la jurisprudence française antérieure, est au surplus atténuée par le caractère concret du rattachement — la résidence habituelle plutôt que le domicile — et par l'existence d'exceptions.

Par **exception**, le régime matrimonial est en effet soumis à la **loi nationale commune** des époux dans trois séries d'hypothèses :

- en premier lieu, en l'absence de résidence habituelle commune après le mariage ;
- en second lieu, lorsque l'État de la nationalité commune a, conformément à l'article 5, fait une déclaration entraînant l'application de sa loi interne[1, 2] ;
- en dernier lieu, lorsque la loi nationale commune est celle d'un État tiers dont la loi interne est applicable en vertu de son droit international privé et que les époux établissent leur première résidence habituelle après le mariage, soit dans un État ayant fait la déclaration de l'article 5, soit dans un État non partie à la Convention dont les règles de conflit prévoient également la compétence de la loi nationale commune.

---

1. La France n'a pas fait cette déclaration.

2. Cette exception connaît elle-même une exception, car la loi du pays de la résidence habituelle retrouve sa compétence si les époux s'y sont établis depuis au moins cinq ans après le mariage. Pour compliquer un peu le tout, l'exception à l'exception connaît une exception... et la loi nationale commune sa compétence si l'État de la résidence habituelle est soit un État contractant ayant fait la déclaration de l'article 5, soit un État tiers dont le droit international privé prescrit l'application de sa loi nationale.

Lorsque les époux n'ont, ni résidence habituelle sur le territoire du même État, ni nationalité commune, « leur régime matrimonial est soumis à la loi interne de l'État avec lequel, compte tenu de toutes les circonstances, il présente les **liens les plus étroits** ». C'est le retour au principe de proximité pur, lorsque manquent les rattachements les plus objectifs.

§ 2 LE CHANGEMENT DE LA LOI APPLICABLE

255 La plus grande originalité de la Convention de La Haye tient sans doute à l'aménagement du changement de la loi applicable au régime matrimonial. Elle apparaît déjà au simple constat que le changement peut être volontaire (A), mais aussi automatique (B).

A Le changement volontaire

256 On envisagera successivement les conditions (1) et les effets (2) du changement volontaire.

1. Les conditions

257 Selon l'article 6, « les époux peuvent, au cours du mariage, soumettre leur régime matrimonial à une loi interne autre que celle jusqu'alors applicable ». En outre, l'article 1397-3, alinéa 3 du Code civil, issu de la loi du 28 octobre 1997, précise que les époux peuvent également choisir, dans la nouvelle loi, la nature du régime matrimonial qu'ils choisissent. En somme, **le changement de loi applicable peut aussi se doubler d'un changement de régime matrimonial** lui-même, par exemple de la communauté de biens vers la séparation, d'un régime conventionnel vers un régime légal, ou l'inverse.

Le principe est dans la **logique** de l'autonomie de la volonté : ce que la volonté a fait, elle peut le défaire. Il convient toutefois de noter que l'admission de la mutabilité de la loi applicable contraste avec la position de la jurisprudence française, qui tendait à conférer à la loi applicable un caractère immuable. Cette prise de position s'expliquait par la force du principe d'immutabilité du régime matrimonial qui prévalait en France jusqu'à l'intervention de la loi du 13 juillet 1965, et qui n'a pas encore totalement disparu aujourd'hui puisque le changement de régime matrimonial demeure soumis à un contrôle judiciaire. Elle était

toutefois contestable, non seulement dans le cadre d'un système qui se dit fondé sur le respect de la volonté des époux, mais aussi parce que le réalisme conduit à reconnaître que la loi du premier établissement des époux peut avoir perdu toute pertinence à s'appliquer.

Malgré tout, certains s'interrogent sur les **dangers** d'un système conventionnel qui, en permettant aisément le changement de législation et par là de régime matrimonial, introduit dans notre droit une distorsion entre plusieurs catégories de Français : « ceux qui, ayant épousé une étrangère et résidé d'abord à l'étranger, peuvent changer de régime matrimonial (...) en échappant à tout contrôle autre que les mesures de publicité instituées par cette loi ; et ceux qui, ayant épousé une Française et résidé en France, seront normalement soumis aux formalités de l'homologation »[1].

Toujours est-il que la liberté de changer la loi applicable au régime matrimonial n'est **pas absolue**. L'article 6 précise en effet que les époux ne peuvent désigner que l'une des lois suivantes : la loi d'un État dont l'un des époux a la nationalité au moment de cette désignation, ou la loi de l'État sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation. Le changement de la loi applicable est donc subordonné à un critère objectif de proximité, à savoir la nationalité ou la résidence habituelle d'au moins un époux. Ses effets doivent à présent être envisagés.

2. Les effets du changement volontaire

258 Selon l'article 6 de la Convention de La Haye, la nouvelle loi a vocation à s'appliquer à tous les biens, à l'exception des immeubles pour lesquels on retrouve une disposition analogue à celle de l'article 3. Cette disposition a interprétée, au lendemain de la Convention, comme conférant un **effet rétroactif** au changement de loi applicable : même les biens acquis avant le changement de la loi applicable sont soumis à la loi nouvelle. La rétroactivité permet en effet de soumettre à une loi unique l'ensemble des biens des époux, quel que soit le moment de leur acquisition. Elle évite d'avoir à liquider plusieurs régimes successifs.

En pratique, cependant, la rétroactivité n'est pas sans poser de **difficultés**, notamment pour les tiers. C'est pourquoi la loi du 28 octobre 1997 a choisi de procéder à une adaptation audacieuse de la Convention, en insérant dans le Code civil un nouvel

1. T. Vignal, La loi du 28 octobre 1997..., n° 13.

article 1397-4 qui énonce que « lorsque la désignation de la loi applicable est faite au cours du mariage, cette désignation prend effet entre les parties à compter de l'établissement de l'acte de désignation et, à l'égard des tiers, trois mois après que les formalités de publicité prévues à l'article 1397-3 auront été accomplies »[1]. En paraissant refouler la rétroactivité du changement, le législateur français semble donc avoir rapproché le régime du changement volontaire de celui du changement automatique, lequel ne produit selon le texte de la Convention qu'un effet pour l'avenir.

B Le changement automatique

259 La mise en place d'un changement automatique de loi applicable au régime matrimonial s'explique par le souci de rattacher les rapports entre époux à la loi qui apparaît objectivement la plus pertinente. Le nécessaire respect de la proximité ne doit cependant pas nuire à la sécurité juridique, tant pour les tiers que pour les époux eux-mêmes. La recherche de cet équilibre sous-tend les conditions (1) et les effets du changement (2).

1. Les conditions du changement

260 **Lorsque les époux ont exprimé leur souhait** au moment du mariage, soit par la désignation d'une loi applicable, soit par l'établissement d'un contrat de mariage, cette manifestation de volonté les lie jusqu'à ce qu'une autre de même nature les délie. L'article 7, alinéa 1er de la Convention précise en ce sens que la loi initialement compétente demeure applicable, même si les époux changent de nationalité ou de résidence habituelle. La solution respecte la nécessaire permanence du droit applicable, ainsi que les prévisions des époux.

Il en va autrement **lorsque les époux n'ont exprimé aucune volonté**, c'est-à-dire quand ils n'ont, ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage. La situation est différente, en effet, car la Convention considère que le silence des époux au moment du mariage conduit à l'application d'une loi dont la compétence se justifie, non par une quelconque volonté implicite des époux, mais par des circonstances objectives. Aussi, lorsque les circonstances — les éléments de rattachement — changent, n'y a-t-il pas

1. L'alinéa 2 de cet article dispose toutefois qu'en l'absence d'accomplissement de ces formalités, la désignation de la loi applicable est opposable aux tiers si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré la loi applicable à leur régime matrimonial.

d'obstacle particulier à la reconnaissance de la plus grande pertinence d'une nouvelle loi.

Cette nouvelle loi ne peut cependant être n'importe laquelle. Pour limiter les cas de changement automatique, et par fidélité au critère qu'elle considère comme le plus manifestement pertinent, la Convention ne prévoit un tel mécanisme qu'en faveur de la **loi de la résidence habituelle** actuelle des époux.

L'article 7, alinéa 2 prévoit alors **trois hypothèses** dans lesquelles la loi de la résidence habituelle « devient applicable, aux lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis ».

– En premier lieu, la loi de la résidence habituelle devient applicable dès que cette résidence correspond à la nationalité commune des époux : la règle vise le cas d'époux immigrés retournant dans leur pays d'origine, ou d'époux immigrés acquérant la nationalité de leur pays d'accueil ;

– La loi de la résidence habituelle devient applicable, en second lieu, lorsque cette résidence a duré plus de dix ans après le mariage. Il s'agit ici d'assimiler les immigrés établis de façon stable sur un territoire.

– La loi de la résidence habituelle devient applicable, en troisième et dernier lieu, dès que les époux, qui jusqu'alors étaient soumis à leur loi nationale commune parce qu'ils n'avaient pas de résidence habituelle dans le même État, acquièrent une résidence habituelle commune.

2. Les effets du changement

261 Dans tous les cas, le changement automatique de loi applicable n'a d'effet que **pour l'avenir**. L'article 8 précise même que « les biens appartenant aux époux antérieurement à ce changement ne sont pas soumis à la loi désormais applicable ». Autrement dit, le mécanisme conventionnel conduit à distinguer deux catégories de biens soumis à deux lois différentes : ceux qui continuent d'être soumis à la loi ancienne, et ceux qui seront soumis, au fur et à mesure de leur acquisition, à la loi nouvelle. Tout cela sans préjudice de l'application d'éventuelles lois particulières pour les immeubles... Les complications qui en résultent expliquent que les époux puissent, à tout moment et en respectant les formes de la stipulation expresse, soumettre l'ensemble de leurs biens à la nouvelle loi. L'exercice de cette faculté ne porte cependant pas atteinte aux droits des tiers.

SECTION 2
LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE AU RÉGIME MATRIMONIAL

262 Le domaine de la loi applicable au régime matrimonial est étendu (§ 1) mais connaît certaines limites (§ 2).

§ 1 L'ÉTENDUE DU DOMAINE

263 La loi applicable au régime matrimonial délimite l'étendue de la liberté des conventions matrimoniales pouvant être passées par les conjoints. Elle régit les règles d'organisation et de fonctionnement du régime, par exemple la composition active des patrimoines et les pouvoirs respectifs des époux. Plus encore, l'article 9, alinéa 1er de la Convention de La Haye prévoit que les effets du régime matrimonial sur un rapport juridique entre un époux et un tiers sont soumis à la loi applicable au régime matrimonial en vertu de la Convention. La même loi statue enfin sur les causes et les modalités de la dissolution du régime matrimonial. Il semble, en particulier, qu'il faille soumettre à la loi du régime matrimonial son caractère immuable ou non, c'est-à-dire la possibilité pour les époux de changer de régime matrimonial *sans changer la loi applicable au régime matrimonial.*

§ 2 LES LIMITES DU DOMAINE

264 Les limites du domaine de la loi du régime s'expliquent parfois par des raisons substantielles. C'est ainsi la **protection des tiers** qui justifie, dans la Convention de La Haye, qu'un État contractant puisse instituer l'inopposabilité de la loi du régime matrimonial au tiers qui l'ignore légitimement[1]. Parfois, même, on considérera

1. Le caractère légitime de l'ignorance du tiers est reconnu si l'un des époux réside habituellement sur son territoire et l'une des conditions suivantes est réunie : défaut d'accomplissement de la publicité ou de l'enregistrement prévu par la loi locale, ou ignorance légitime de la loi applicable au régime matrimonial au moment de la naissance du rapport juridique.

que certaines règles sont d'**application territoriale** et doivent s'appliquer, quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit. Tel est le cas, selon la Cour de cassation, du régime primaire figurant aux articles 212 et suivants du Code civil[1].

D'autres limites au domaine de la loi du régime proviennent de l'**interférence** entre certaines questions relevant des régimes matrimoniaux proprement dits et des questions relevant d'autres catégories du droit international privé. On estime ainsi que la capacité de conclure un contrat de mariage demeure soumise à la loi personnelle de l'intéressé, conformément aux règles applicables au statut personnel. De même, c'est la loi du for qui régira la séparation judiciaire entre époux, ainsi que les formalités et l'exécution des actes de liquidation et de partage contentieux de la communauté.

1. Cf. *supra*, n° 51.

DEUXIÈME PARTIE
LES CONFLITS DE JURIDICTIONS

265 La notion de « conflit de juridictions » est ambiguë. Au premier abord, elle désigne tout à la fois un problème, c'est-à-dire l'existence d'une pluralité de juridictions pouvant être appelées à trancher une question, et les règles de solution du problème, c'est-à-dire les **règles de droit judiciaire applicables à un litige comportant des éléments internationaux**. Cette polysémie est cependant réduite par l'usage, qui ne retient que la seconde acception de l'expression.

La notion de « conflit de juridictions » n'en demeure pas moins d'un emploi délicat. Elle accrédite en particulier l'idée qu'il existerait des « règles de conflit » identiques aux règles de conflits de lois classiques, c'est-à-dire des règles neutres et bilatérales de répartition internationale des compétences juridictionnelles, permettant par exemple à un juge français de déclarer la compétence d'un juge étranger pour trancher le litige dont il est saisi. Or, tel n'est pas le cas dans le droit interne des États. Traditionnellement, ceux-ci considèrent en effet qu'il n'appartient qu'à eux — et non à un juge étranger — de déterminer si leurs tribunaux sont compétents, et adoptent en la matière des règles qui ne sont ni neutres ni bilatérales. Ainsi, **chaque pays se borne à délimiter les conditions de compétence de ses propres tribunaux**. C'est pourquoi l'étude des conflits de juridictions se concentrera avant tout sur l'étude des règles françaises, et plus précisément des règles matérielles qui régissent l'activité des juridictions françaises confrontées à des litiges internationaux. On ne verra réapparaître des mécanismes de coordination internationale directe qu'avec l'étude des conven-

tions internationales dont le but est précisément de faire en sorte que les États de la société internationale se mettent d'accord sur les critères de la compétence judiciaire.

Ainsi entendue, la notion de « conflits de juridictions » permet d'aborder **trois types de règles**, celles-là même qu'un juge français doit appliquer lorsqu'il est saisi.

– Il existe tout d'abord des **règles de « compétence directe »** : ce sont les règles qui permettent au juge français de savoir s'il est compétent pour trancher le litige que les parties lui soumettent. Ce sont, autrement dit, les règles de compétence judiciaire internationale que le juge doit toujours appliquer avant de se prononcer sur le fond.

– La seconde catégorie de règles englobe les **règles de « compétence indirecte »** : ce sont les règles qui déterminent si, et à quelles conditions, un jugement rendu à l'étranger peut produire ses effets en France. Ce sont, autrement dit, des règles relatives à l'effet international des jugements.

– Enfin, les règles de droit judiciaire applicable à un litige englobent en bonne logique les **règles de procédure** devant être suivies par le juge français confronté à un litige international : par exemple, les règles de l'assignation des défendeurs domiciliés à l'étranger ou celles concernant les délais de procédure. Ces règles ne seront cependant pas détaillées, car elles relèvent plus de la procédure civile que du droit international privé proprement dit.

Seront donc envisagées à titre principal les règles de compétence judiciaire internationale (titre 1) et l'effet des jugements étrangers (titre 2).

TITRE PREMIER
LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE INTERNATIONALE

266 On envisagera successivement, dans l'analyse des règles de compétence judiciaire internationale, le droit de source interne (chapitre 1) et le droit de source conventionnelle (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER
LE DROIT FRANÇAIS

267 L'étude des règles de compétence judiciaire (section 1) précède logiquement celle du régime de la compétence (section 2)[1].

SECTION 1
LES RÈGLES DE COMPÉTENCE JUDICIAIRE INTERNATIONALE

268 On ne peut comprendre le contenu du dispositif français (§ 2) sans en saisir les fondements (§ 1).

§ 1 LES FONDEMENTS DU DISPOSITIF FRANÇAIS

269 Le droit français des conflits de juridictions s'appuie sur des fondements théoriques (A) et historiques (B).

---

1. BATIFFOL, FRANCESCAKIS et LE GALCHER BARON, V° Compétence civile et commerciale, Répert. Dalloz, Droit international; HUET, *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux*, Jurisclasseur, Droit international, Fasc. 581-10 et s.; A. SINAY-CYTERMANN, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire et internationale*, th. Strasbourg, 1980; Ph. THÉRY, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Étude de droit international privé*, th. Paris II, 1981.

A Les fondements théoriques

270 Le droit français repose sur la dissociation entre compétence juridictionnelle et compétence législative (1), et sur une analyse de la nature de la compétence judiciaire internationale (2).

1. La dissociation entre compétence juridictionnelle et compétence législative

271 Cette dissociation signifie en pratique que le juge français peut valablement appliquer une loi étrangère, et qu'un juge étranger peut valablement appliquer le droit français. En théorie, cette dissociation repose sur l'idée que la compétence d'un juge et la compétence d'une loi se justifient par des raisons différentes. Comme nous l'avons vu, la compétence d'une loi se justifie aujourd'hui le plus souvent par l'idée que cette loi est celle qui entretient avec la situation juridique les liens les plus étroits. Il en va un peu différemment en matière de compétence juridictionnelle. Il n'est en effet pas nécessaire, pour qu'un tribunal puisse se déclarer compétent, qu'il soit nécessairement *le mieux* placé : il suffit qu'il soit placé de façon *suffisamment significative* pour recueillir les éléments de preuve pertinents. Cette exigence relativement limitée s'explique par l'idée que la mission des tribunaux est d'assurer la paix publique et de trancher les litiges le plus rapidement possible. Pareille mission ne serait pas remplie si les plaideurs devaient être en permanence renvoyés devant la juridiction idéale, et l'on pourrait alors craindre le déni de justice.

Bien entendu, le principe de dissociation entre compétences juridictionnelle et législative ne débouche pas sur l'interdiction de la convergence entre les deux. Il est même très fréquent que le critère de rattachement d'une situation juridique à un juge et à une loi soit le même : le domicile de la personne, le lieu du délit, la situation de l'immeuble.

2. La nature de la compétence judiciaire internationale

272 La question de la nature de la compétence judiciaire internationale se pose à la lumière des catégories du droit interne. Il est usuel de distinguer, en droit judiciaire français, deux catégories de règles de compétence : les règles de **compétence d'attribution** et les règles de **compétence territoriale**. En un mot, les premières assignent la compétence juridictionnelle à raison de la matière du litige : aux juridictions civiles les litiges civils, aux juridictions administratives les litiges avec l'administration, etc. Les secondes,

en revanche, consistent à déterminer le lieu où sera tenu le procès (domicile du défendeur, par exemple). Tout litige donne lieu, d'abord à l'application d'une règle de compétence d'attribution, puis à celle d'une règle de compétence territoriale.

Qu'en est-il lorsque le litige est international ? Les règles qui déterminent la compétence internationale du juge doivent-elles être assimilées à des règles de compétence d'attribution ou à des règles de compétence territoriale ? Malgré son apparence purement théorique, la question présente un double intérêt : intérêt pratique, car on admet en principe que la compétence d'attribution est d'ordre public tandis que la compétence territoriale ne l'est pas ; intérêt historique, car elle se posa avec acuité à une époque où il appartenait encore à la jurisprudence de construire de toutes pièces les règles applicables à la compétence judiciaire internationale. Aussi les réponses données à la question portent-elles la marque de l'histoire.

Un fort courant doctrinal commença par analyser les règles de compétence judiciaire internationale comme des règles de compétence d'attribution. Selon **Bartin**[1], notamment, la règle qui donne compétence au juge français tranche un problème général de répartition entre des ordres juridiques. Elle ne désigne pas un lieu, mais une souveraineté. Elle ne répond pas à une question de commodité pratique, mais opère un choix entre différentes organisations judiciaires. Ce n'est qu'en un second temps, une fois connu l'ordre juridique compétent, que la question purement géographique se pose : lorsqu'il s'agit de déterminer, d'après nos règles territoriales internes, si le tribunal de Nancy ou de Pau doit être saisi. En bref, la règle de compétence internationale emprunte à la règle d'attribution son lien avec l'ordre public et son caractère impératif.

Malgré ses qualités, l'argumentation n'a finalement pas été retenue en doctrine et en jurisprudence. Ceci s'explique, tout d'abord, par le constat que la nature du litige ne peut fonder une règle de compétence internationale. On ne voit pas, par exemple, comment le fait qu'on se trouve dans un procès de filiation plutôt que dans un procès commercial pourrait influer en quelque manière sur le choix de l'ordre juridictionnel compétent. On ne saurait donc attribuer à la règle de compétence judiciaire internationale une *nature* de compétence d'attribution au seul motif qu'on souhaite lui en conférer le *caractère* impératif. La confusion

1. *Principes de droit international privé*, t. I, § 124 et s.

doit d'autant plus être évitée que les seuls critères de compétence qu'il est possible de retenir à l'échelle internationale sont des critères ayant une fonction localisatrice : le domicile du défendeur, le lieu de situation d'un immeuble, etc. Aussi est-il désormais admis que la compétence judiciaire internationale se détermine par transposition des règles de compétence territoriale interne. On y reviendra après avoir expliqué pourquoi la pénétration de cette conclusion en droit positif ne pouvait avoir lieu que lentement.

B Les fondements historiques

273 La difficulté d'élaborer une réglementation internationale des conflits de juridictions tient à l'omniprésence des considérations de souveraineté et d'intérêt général. Cette difficulté est bien illustrée par la position du Code civil de 1804. Celui-ci, en effet, ne contenait aucun principe général de solution des conflits de juridictions. Seuls deux articles se rapportaient à la matière, dont l'origine demeure mal connue[1] : les articles 14 et 15, qui demeurent toujours en vigueur et donnent compétence aux tribunaux français lorsqu'un Français est demandeur ou défendeur[2]. C'était la marque d'une **inspiration « publiciste »**[3] de la théorie des conflits de juridictions, selon laquelle le souverain, l'État en l'occurence, est le « juge naturel » de tout litige dans lequel est impliqué l'un de ses ressortissants.

Pareille conception influait directement sur le sort réservé aux étrangers. Si ceux-ci pouvaient saisir les tribunaux français, ils devaient néanmoins verser une caution, appelée caution *judicatum solvi*, destinée à garantir le paiement d'éventuels dépens et dommages-intérêts. La jurisprudence avait en outre édicté un principe d'incompétence des tribunaux français entre étrangers[4] qui ne s'appuyait sur aucune raison juridique convaincante : ni l'interprétation *a contrario* des articles 14 et 15 du Code civil, ni l'article 11 du même Code qui réservait aux Français la jouissance des « droits civils », ne conduisaient inéluctablement à cette solution. Avec le temps, cependant, le caractère insatisfaisant d'une solution qui empêchait le règlement des litiges survenant en

1. H. Gaudemet-Tallon, *Recherches sur les origines de l'article 14 du Code civil*, Paris, 1964.
2. Cf. *infra*, n° 276 et s.
3. B. Audit, n° 322.
4. Cass. civ., 17 juill. 1826, *DP* 1826. 1. 418 ; *S.* 1827. 1. 13.

France finit par apparaître. D'où le développement d'une **conception « privatiste »** des conflits de lois qui passa par l'abandon progressif du principe d'incompétence des tribunaux français pour les litiges entre étrangers et la suppression de la caution *judicatum solvi*. Cet abandon du principe d'incompétence des juges français conduisit mécaniquement ceux-ci à préciser, dans le silence des textes, les conditions auxquelles ils pourraient désormais être saisis. C'est ainsi que furent réunies les conditions historiques et logiques nécessaires à l'émergence du principe de transposition internationale des règles de compétence territoriale interne. **L'arrêt *Scheffel*** du 30 octobre 1962 en constitue l'aboutissement le plus célèbre, et consacre de façon significative deux principes en une seule phrase : « l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises dont, d'autre part, la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne »[1]. Les articles 14 et 15 ont pourtant survécu au changement, donnant aujourd'hui encore à notre droit une curieuse originalité.

§ 2 LE CONTENU DU DISPOSITIF FRANÇAIS

274 De la théorie et de l'histoire découle la physionomie du droit français qui combine une règle ordinaire de compétence (A) et des règles exorbitantes de compétence inscrites aux articles 14 et 15 du Code civil (B). Il faut ajouter à cela l'existence de certaines immunités (C).

A La règle ordinaire de compétence

275 Le principe de transposition des règles internes de compétence territoriale a d'innombrables conséquences puisque toutes les règles de droit interne sont potentiellement utilisables en matière internationale. On se limitera donc à n'évoquer que quelques points.

La première règle qu'il convient d'évoquer est le principe de base du droit interne, contenu à l'article 42, al. 1er du nouveau Code de procédure civile, selon lequel le tribunal compétent est celui du

1. *Grands arrêts*, n° 37. Le principe « qui étend à l'ordre international les règles françaises internes de compétence » avait déjà été affirmé par l'arrêt *Pelassa* du 19 octobre 1959 (*D.* 1960. 37, note G. Holleaux; *Rev. crit. DIP* 1960. 215, note Y.L.).

lieu où demeure le défendeur. À l'échelon international, on peut en déduire que les tribunaux français sont compétents pour toute action concernant une personne physique domiciliée en France. Pour les personnes morales, on se référera à l'article 43 qui vise le lieu où elles sont établies, l'établissement pouvant s'entendre du siège social ainsi que des établissements secondaires en application de la jurisprudence interne des « gares principales »[1]. Notons enfin qu'en cas de pluralité de défendeurs, il suffit qu'un seul d'entre eux soit domicilié en France pour que les autres puissent être attraits devant le juge français : c'est l'effet de la transposition de la règle selon laquelle « s'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur saisit, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un d'eux »[2].

Les règles spéciales de compétence juridictionnelle en droit interne sont également susceptibles de transposition à l'ordre international. C'est le cas, par exemple, des règles applicables aux actions réelles immobilières[3], des options offertes au demandeur à l'action en matière contratuelle ou délictuelle[4], des actions diligentées dans les affaires de divorce[5], etc. C'est dire que, le plus souvent, la détermination de la compétence internationale des tribunaux français s'opère assez facilement — du moins sous l'angle de la méthode. Il faut cependant tenir compte de l'important facteur de complication que constituent les articles 14 et 15 du Code civil.

B Les articles 14 et 15 du Code civil

276 Selon **l'article 14** du Code civil, « 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 ». Deux phrases pour un seul principe : tout Français créancier d'une obligation envers un étranger peut valablement saisir le juge Français.

Ce principe est complété par celui de **l'article 15** du Code civil, selon lequel « un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays

1. Cass. civ., 15 avril 1893, *DP* 1894. 1. 539.
2. Art. 42, al. 2 NCPC.
3. Art. 45 NCPC.
4. Art. 46 NCPC.
5. Art. 1070 NCPC.

étranger, même avec un étranger ». La formule est trompeuse : dans l'interprétation qu'en donne la jurisprudence, la faculté pour l'étranger de saisir le juge français se transforme en obligation... et l'article 15 devient donc un privilège de juridiction pour le Français défendeur. On aperçoit déjà la forte teinte nationaliste qui colore les articles 14 et 15. C'est elle qui explique le domaine étendu de ces articles (1) et conditionne certains aspects de leur régime (2).

1. Le domaine des articles 14 et 15 du Code civil

277 On distinguera les personnes (a) et les actions (b) concernées.

a. Les personnes concernées

278 Les articles 14 et 15 instaurent une compétence internationale des tribunaux français fondée, « non sur les droits nés des faits litigieux, mais sur la nationalité des parties »[1]. Cette formule peut être décomposée en deux parties.

En premier lieu, **la compétence n'est pas fondée « sur les droits nés des faits litigieux »**. Comprenez : si l'on s'était fondé sur les droits nés des faits litigieux, le juge français n'aurait pas été compétent ; c'est bien parce qu'en droit commun, le juge français n'aurait pu être saisi que le privilège de juridiction des articles 14 et 15 est utile. Tel est le caractère *extraordinaire* (au sens juridique), mais aussi le caractère *subsidiaire* des articles 14 et 15.

Ce double caractère débouche toutefois sur une difficulté inédite : puisque, par transposition des règles internes de compétence territoriale, aucun juge français n'est en principe compétent, l'attribution dérogatoire de compétence au juge français laisse entière la question de savoir *quel* juge français doit être saisi. La Cour de cassation a fini par décider que le demandeur a le choix du tribunal mais que ce choix doit respecter les exigences d'une « bonne administration de la justice »[2]. En pratique, le demandeur pourra saisir le tribunal de son domicile ou de sa résidence. S'il n'a aucune résidence en France, il pourra songer, par exemple, à saisir le tribunal dans le ressort duquel une exécution forcée est réalisable.

La seconde partie de la formule citée plus haut insiste sur le **caractère décisif de la nationalité française** quant à la détermination de la juridiction compétente. De là découle que le domicile des parties importe peu, du moment que l'une d'elles est française

1. Cass. 1re civ., 21 mars 1966, *Cie La Métropole, Grands arrêts*, n° 43.
2. Cass. 1re civ., 13 juin 1978, *Rev. crit. DIP* 1978. 722, note Audit.

à la date de l'assignation. Peu importe, par ailleurs, que la personne de nationalité française soit une personne physique ou morale[1]. Peu importe, enfin, que le litige qui est à l'origine de la saisine du juge mette en cause un Français, dès lors que l'une des parties à l'instance est française : c'est ce qui permet, par exemple, à un assureur français de se prévaloir de l'article 14 du Code civil contre la partie étrangère ayant causé un dommage à son client également étranger[2]. On peut en déduire, plus généralement, qu'en cas de cession d'un droit, l'existence de la nationalité française s'apprécie en la personne de l'ayant-cause, sous réserve d'une cession frauduleuse du droit faite à la seule fin de provoquer la saisine d'un juge français[3].

b. Les actions concernées par les articles 14 et 15

279 Les actions soumises aux articles 14 et 15 du Code civil sont plus nombreuses que ne le laisse entendre la lettre de ces deux textes. Qu'il y ait ou non contrat, ils ont vocation à s'appliquer, ce qui est conforme à l'idée selon laquelle la nationalité française est le critère suffisant de l'octroi du privilège de juridiction. Aussi la jurisprudence a-t-elle étendu la lettre des articles 14 et 15 afin de leur donner une **portée générale**.

Ne sont soustraites à leur domaine que les actions réelles immobilières et les demandes en partage portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que les demandes relatives aux voies d'exécution pratiquées hors de France[4]. Ces **exceptions** s'expliquent par deux idées : celle, tout d'abord, que l'exécution des décisions rendues en ces matières aura inéluctablement lieu à l'étranger, ce qui prive d'intérêt la saisine du juge français ; celle, ensuite, que de nombreux pays confèrent pour ces actions une compétence exclusive à leurs tribunaux, de sorte qu'une décision judiciaire rendue en France n'aurait aucune chance d'être reconnue dans le pays où elle devrait être exécutée. Le réalisme l'emporte donc, ici, sur le nationalisme. Ce n'est pas toujours le cas, ainsi qu'en témoignent certains aspects du régime des articles 14 et 15.

---

1. Encore faut-il que la personne morale ait une « nationalité » française. Pour un éclaircissement sur la notion très ambiguë de « nationalité » des sociétés, cf. J.-M. Jacquet et Ph. Delebecque, *Droit du commerce international*, Cours Dalloz, 1997, n° 19 et s.

2. Tel était le cas dans l'affaire de la *Cie La Métropole*.

3. Cass. 1re civ., 24 nov. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 364, note Droz ; *JDI* 1988. 793, note Loquin ; *JCP* 1989. II. 21201, note Blondel et Cadiet ; *RTD civ.* 1988. 544, obs. Mestre.

4. Cass. 1re civ., 27 mai 1970, *Weiss*, *Grands arrêts*, n° 49.

2. Le régime des articles 14 et 15 du Code civil

280 Les articles 14 et 15 instaurent au profit du plaideur français une compétence facultative : le Français peut donc renoncer à s'en prévaloir (a). S'il ne le fait pas, la compétence instaurée par les articles 14 et 15 possède un caractère exclusif (b).

a. Une compétence facultative

281 Les articles 14 et 15 instaurant au profit de la partie française un privilège d'intérêt privé, celle-ci peut y renoncer. La Cour de cassation l'a clairement affirmé, tout en subordonnant l'efficacité de la renonciation à l'exigence d'une volonté non équivoque — expresse ou tacite. En pratique, la renonciation peut être exprimée dans une convention, mais cela est assez rare. Elle est plutôt matérialisée, implicitement, par l'insertion dans le contrat d'une clause attributive de juridiction à un tribunal étranger ou d'une clause compromissoire — c'est-à-dire d'une clause ayant pour objet de confier la résolution du litige à un arbitre. La renonciation peut également résulter de la saisine du tribunal étranger par la partie française, ou du silence du défendeur français attrait devant un tribunal étranger sur la question de la compétence juridictionnelle.

Ce ne sont là, cependant, que des présomptions réfragables. Certains arrêts ont par exemple admis que la saisine par un Français d'un tribunal étranger ne valait pas renonciation à l'article 14, si cette saisine était inspirée par la croyance erronée que l'adversaire n'avait plus de biens saisissables en France. De même, la jurisprudence a considéré que le fait pour un Français défendeur de ne pas avoir opposé l'incompétence du tribunal étranger n'emportait pas forcément renonciation au jeu de l'article 15, dès lors que cette défense permettait de limiter la gravité de la condamnation devant être exécutée sur des biens situés hors de France. Dans de telles hypothèses, où la renonciation du plaideur français n'est pas établie, l'article 15 joue pleinement et la compétence du juge français revêt alors un caractère exclusif.

b. Une compétence exclusive

282 Les articles 14 et 15 instaurent une compétence exclusive des tribunaux français, en ce sens qu'ils dénient toute compétence aux tribunaux étrangers. Il en résulte notamment que le Français condamné à l'étranger, et pouvant démontrer qu'il n'avait pas accepté la compétence du tribunal étranger, peut s'opposer à l'exécution en France de la décision prononcée à son encontre.

Ce mécanisme est à l'origine de la plupart des critiques qui sont aujourd'hui adressées aux articles 14 et 15 du Code civil. Il est fréquent, en effet, que soit dénoncé le manque de réalisme de règles qui conduisent à la compétence d'un juge dont la décision a peu de chances d'être reconnue au-delà des frontières, ainsi que le caractère nationaliste de dispositions qui aboutissent à multiplier les conflits positifs de compétence, et à priver le plaideur non français d'un procès équitable[1]. Pour remédier à ces défauts, deux solutions sont alors proposées : soit la suppression du caractère exclusif de la compétence fondée sur la nationalité au profit d'une compétence non exclusive ; soit, plus radicalement, la suppression pure et simple des articles 14 et 15 eux-mêmes. En tout état de cause, les Conventions de Bruxelles et Bruxelles 2 ont écarté leur efficacité[2].

C Les immunités

283 L'exposé complet des règles de compétence judiciaire internationale doit faire sa place aux règles concernant les immunités[3]. Il est de tradition constante, en effet, que certains sujets sont soustraits à la compétence du juge français. C'est le cas des États et des souverains étrangers, ainsi que des agents diplomatiques qui les représentent. Ces immunités s'expliquent, tant par les exigences de la courtoisie internationale et les règles du droit international public[4], que par la nécessité de ne pas faire obstacle au développement des relations diplomatiques. Cette vision des choses a cependant évolué avec le temps. Tandis que l'immunité des personnes continue de présenter un caractère presque absolu (1), celle des États recule quelque peu en raison du développement d'une activité économique étatique dépassant les seules fonctions de puissance publique (2).

---

1. Sur la contrariété des articles 14 et 15 à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 21 novembre 1950, cf. D. COHEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1989. 451 et s.

2. Cf. *infra*, n° 302 et 310.

3. M. BAUER, *Le droit public étranger devant le juge du for*, th. Paris II, 1977 ; P. BOUREL, Répert. Droit international, Dalloz, et v° Immunités, Jurisclasseur Droit international, fasc. 581 ; COSNARD, *La soumission des États aux tribunaux internes et la règle des immunités des États*, th. Paris I, 1994 ; D. NEDJAR, « Tendances actuelles du droit international des immunités des États », *JDI* 1997. 59 et s. ; I. PINGEL, *Les immunités des États en droit international*, 1997.

4. La Cour de cassation se fonde, pour reconnaître l'immunité souveraine, à « la règle de droit international public gouvernant les relations entre États » (Cass. 1re civ., 20 oct. 1987, *Rev. crit. DIP* 1988. 727, note Mayer).

1. L'immunité des personnes

284 L'immunité des personnes concerne tout d'abord les **souverains et chefs d'État étrangers**, pour les actes commis pendant leurs fonctions. Les actes commis en dehors de l'exercice des fonctions, quant à eux, semblent exclus du domaine de l'immunité[1]. En outre, un ancien souverain ou chef d'État ne peut invoquer l'immunité si ses fonctions ont pris fin, même si les actes litigieux ont été accomplis avant la cessation des fonctions[2].

L'immunité des personnes concerne ensuite les **agents diplomatiques**, qui peuvent l'invoquer depuis leur entrée en fonctions jusqu'à leur cessation, quelle que soit la date de l'acte litigieux. L'immunité des agents diplomatiques présente un caractère plus absolu que celle des souverains et chefs d'État, car son efficacité n'est pas entamée par le caractère « extra-professionnel » de l'acte litigieux[3]. Ceci se justifie par la nécessité de permettre à la personne du diplomate d'exercer sa mission sans aucune entrave. Le même souci explique, par ailleurs, l'extension de l'immunité au conjoint et aux enfants mineurs de l'agent diplomatique — sous réserve que l'État l'ayant accrédité n'ait pas renoncé à l'immunité de ses agents.

2. L'immunité des États

285 Si le **principe de l'immunité** des États demeure en vigueur, il n'est plus aussi absolu que par le passé. C'est à la jurisprudence qu'il revint de poser progressivement les contours de l'exception. Elle le fit pour la première fois en 1929, lorsque la Cour de cassation admit une saisie-arrêt contre la Représentation commerciale des Soviets, organisme émanant de l'État soviétique, en relevant que celle-ci faisait « des actes de commerce auxquels le principe de souveraineté des États demeure étranger »[4]. Depuis, la Cour de cassation a énoncé de façon plus générale que « **l'immunité est fondée sur la nature de l'activité, et non sur la qualité de celui qui l'exerce** »[5], ce qui signifie que l'immunité peut être accordée

---

1. Paris, 3 juin 1872, *DP* 1872. 2. 124 ; *JDI* 1874. 33.
2. Paris, 11 avril 1957, *JDI* 1957. 716, note Sialelli.
3. Cf. cependant l'article 31, alinéa 1er de la Convention de Vienne du 18 avril 1961, entrée en vigueur en France le 30 janvier 1971, qui prévoit certains cas d'écartement de l'immunité, notamment lorsque l'agent exerce une profession libérale ou se livre à une activité en dehors de ses fonctions officielles.
4. Cass. req., 19 févr. 1929, *DP* 1929. 1. 172, note Savatier; *S.* 1930. 1. 49, note Niboyet.
5. Cass. 1re civ., 25 févr. 1969, *Soc. Levant-Express Transport*, *Grands arrêts*, n° 47.

à un organisme privé accomplissant un acte de puissance publique, et être refusée à un État agissant comme une personne privée. Plus précisément, « les États étrangers et les organismes agissant par leur ordre ou pour leur compte ne bénéficient de l'immunité de juridiction qu'autant que l'acte qui donne lieu au litige constitue un acte de puissance publique ou a été accompli dans l'intérêt d'un service public »[1].

Le **régime de l'immunité** a également été précisé. Il est ainsi admis que les États peuvent, expressément ou tacitement, renoncer à l'immunité de juridiction, par exemple en saisissant eux-mêmes une juridiction ou en souscrivant une clause attributive de juridiction. Il convient cependant de noter que la renonciation à l'immunité de *juridiction* ne déboucha pas, pendant longtemps, sur la renonciation à l'immunité *d'exécution*. Cela signifie qu'un État, quoique valablement jugé par un tribunal français, ne pouvait faire l'objet d'une procédure d'exécution forcée en France. Les biens de l'État étaient donc toujours soustraits à la saisie, « même pour obtenir paiement de dettes ayant leur origine dans des actes de gestion relevant du droit privé »[2]. La solution se justifiait par la gravité particulière de l'exécution d'un jugement à l'encontre d'un État étranger. Cette règle devait pourtant céder à son tour, et la Cour de cassation finit par admettre la possibilité de saisir les biens d'un État étranger ou d'organismes publics distincts de l'État lorsqu'ils sont affectés à une activité relevant du droit privé[3].

SECTION 2
LE RÉGIME DE LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE INTERNATIONALE

286 Trois points seront étudiés au titre de la compétence judiciaire internationale : la sanction de l'incompétence du juge saisi (§ 1), les conflits de procédures (§ 2), et la possibilité pour les parties de déroger aux règles de compétence internationale (§ 3).

1. Même arrêt.
2. Cass. 1re civ., 2 nov. 1971, *Clerget*, *JCP* 1972. II. 16969, note Ruzié; *Rev. crit. DIP* 1972. 310, note Bourel; *JDI* 1972. 267, note Pinto.
3. Cass. 1re civ., 14 mars 1984, *Eurodif*, et 1er oct. 1985, *Sonatrach*, *Grands arrêts*, nos 63-64. Sur la question, Ph. Théry, « Judex Gladii », *Mélanges R. Perrot*, 1996, p. 477 et s.

§ 1 LA SANCTION DE L'INCOMPÉTENCE

287 La sanction de l'incompétence du juge saisi peut avoir lieu de deux façons distinctes : soit le juge use de la faculté de relever **d'office** son incompétence lorsque l'affaire échappe à la connaissance de la juridiction française[1], soit le défendeur oppose lui-même une **exception d'incompétence**. Dans le second cas, l'exception d'incompétence doit être formulée par le défendeur *in limine litis* : selon l'article 74, alinéa 1er du nouveau Code de procédure civile, « les exceptions doivent, à peine d'irrecevabilité, être soulevées (...) avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir ». En outre, l'article 75 du même Code impose à la partie qui soulève l'exception de la motiver et surtout de faire connaître devant quelle juridiction elle demande que l'affaire soit portée. À l'échelle internationale, cette dernière exigence est d'une particulière importance, car elle vise à éviter le déni de justice et les exceptions d'incompétence fantaisistes. Elle pose cependant difficulté : faut-il que le demandeur à l'exception indique seulement *le pays* dont les juridictions doivent être saisies, ou doit-il aussi préciser *le tribunal étranger* qu'il estime compétent ? Après avoir hésité, la Cour de cassation paraît aujourd'hui se ranger à la première branche de l'alternative. Un arrêt de la Chambre sociale du 17 mars 1998 précise en effet qu'il résulte de l'article 75 du nouveau Code de procédure civile que « lorsque, à l'occasion d'une exception d'incompétence, il est prétendu qu'une juridiction étrangère est compétente, il suffit au défendeur de préciser l'État dans lequel se trouve la juridiction compétente, sans avoir à préciser ni sa nature ni sa localisation exacte »[2]. La solution repose sur l'idée que le demandeur à l'exception n'a que rarement l'intention de prendre l'initiative d'un nouveau procès à l'étranger, de sorte qu'il serait excessivement rigoureux de lui demander de connaître les règles étrangères de compétence.

1. Art. 92 NCPC. L'incompétence peut être relevée en cause d'appel et même devant la Cour de cassation.

2. Cass. soc., 17 mars 1998, *JCP* 1998. II. 10127, note Kerckhove.

§ 2 LES CONFLITS DE PROCÉDURES

288 Il y a conflit de procédures toutes les fois qu'un juge français est saisi d'un litige qui fait déjà l'objet d'une procédure à l'étranger. Deux types de problèmes peuvent alors se présenter. Le premier est la litispendance[1] (A), qui signifie que le juge français est saisi du même litige que celui qui a été soumis au juge étranger. Le second est la connexité, qui signifie que le juge français est saisi d'un litige connexe à celui qui a été soumis au juge étranger (B).

A La litispendance

289 En droit interne français, les cas de litispendance sont réglés par l'article 100 du nouveau Code de procédure civile, qui dispose que « la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir au profit de l'autre si l'une des parties le demande. À défaut, elle peut le faire d'office ». On notera que ce dessaisissement n'est pas motivé par l'incompétence du second juge saisi : au contraire, la litispendance suppose que le même litige soit « pendant devant deux juridictions de même degré *également compétentes pour en connaître* ».

La transposition à l'échelle internationale de cette disposition ne s'est pas faite sans difficulté, notamment en raison de la réticence des juges français à faire plier la souveraineté de l'ordre juridique français devant une règle étrangère attribuant compétence à un autre ordre juridictionnel. Ce n'est donc qu'en 1974 que la Cour de cassation, désireuse de favoriser la coopération internationale, décida finalement de reconnaître l'exception de litispendance[2].

L'accueil de cette exception n'est cependant pas inconditionnel. Conformément à une approche classique, il faut tout d'abord que l'instance pendante à l'étranger mette aux prises les mêmes parties sur le même objet, et que les demandes soient fondées sur la même cause. En outre et surtout, l'exception « ne saurait être accueillie, lorsque la décision à intervenir à l'étranger n'est pas susceptible d'être reconnue en France ». Le juge français doit donc, avant de se dessaisir, contrôler que la décision rendue à

1. D. Holleaux, « La litispendance internationale », *Trav. Com. fr. DIP*, 1971-1973, p. 205 ; H. Gaudemet-Tallon, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 121 ; P. Lagarde, « *Perpetuatio fori* et litispendance en matière internationale », *ibid*, p. 237.
2. Cass. 1re civ., 26 nov. 1974, *Soc. Miniera di Fragne*, *Grands arrêts*, n° 54.

l'étranger satisfait les critères de l'efficacité internationale des jugements qui seront envisagés sous peu[1], à savoir la compétence du juge étranger, la compétence de la loi appliquée au fond, la non-contrariété à l'ordre public français et l'absence de fraude à la loi. Ainsi, le régime actuel de la litispendance internationale permet, à la fois d'éviter les conflits potentiels de décisions et de garantir que les impératifs du droit français seront suffisamment respectés. Semblable raisonnement pourrait, semble-t-il, être tenu en matière de connexité.

B La connexité

290 En droit interne, l'article 101 du nouveau Code de procédure civile prévoit que « s'il existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble, il peut être demandé à l'une de ces juridictions de se dessaisir et de renvoyer en l'état la connaissance de l'affaire à l'autre juridiction ».

À l'échelon international, la connexité est à certains égards reconnue. Elle permet en effet au juge français de se déclarer compétent pour connaître d'une demande qui, bien qu'en principe soustraite à sa compétence, présente un lien étroit avec une demande dont il est régulièrement saisi[2]. La connexité constitue donc un chef de compétence justifiant l'attraction de certaines questions devant le juge français. En bonne logique, le juge français devrait alors admettre son propre dessaisissement lorsque la question dont il est saisi est connexe à une question principale soumise régulièrement à un juge étranger. Mais la logique ne rend pas toujours compte du droit... Aussi, bien qu'un arrêt de la Cour de cassation ait semblé ouvrir aux juges du fond une faculté de dessaisissement pour connexité internationale[3], les juridictions françaises ne paraissent pas prêtes à admettre pareille renonciation à leur pouvoir.

1. Cf. *infra*, n° 318 et s.
2. Cass. req., 15 juin 1909, *Rev. dr. int. pr.*, 1911. 339, rapp. Letellier.
3. Cass. 1re civ., 20 oct. 1987, *JDI* 1988. 446, note A. Huet; *Rev. crit. DIP* 1988. 540, note Lequette.

§ 3 LA POSSIBILITÉ POUR LES PARTIES DE DÉROGER AUX RÈGLES DE COMPÉTENCE INTERNATIONALE

291 Le rôle de la volonté des parties se manifeste de deux façons : par la possibilité pour elles de choisir l'État dont les juridictions seront compétentes pour connaître de leur litige (A) et par la possibilité de souscrire un accord compromissoire par lequel elles décident de confier la résolution de leur litige à un tribunal arbitral (B).

A Les clauses attributives de juridiction

292 Les clauses attributives de juridiction sont fréquentes. Elles permettent aux parties de désigner la juridiction qu'elles considèrent comme la plus appropriée au règlement d'un éventuel litige, et d'éviter ainsi toute incertitude ou tout risque de conflit positif de compétences. S'il est vrai qu'elles peuvent présenter un certain danger dans les contrats d'adhésion, ce qui explique que l'article 48 du nouveau Code de procédure civile répute non écrite une clause dérogeant aux règles de compétences territoriale — à moins qu'elle ne soit convenue entre personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant -, ce danger est moindre dans le commerce international. C'est pourquoi la Cour de cassation a estimé dans l'arrêt *Cie de signaux et d'entreprises électriques* que « les clauses prorogeant la compétence internationale sont (...) licites lorsqu'il s'agit d'un litige international »[1]. Une clause attributive de juridiction peut donc produire effet, même lorsque les deux parties sont françaises, si le litige présente d'autres éléments d'extranéité que la nationalité des parties. Elle jouera également, même si les parties choisissent le tribunal d'un pays avec lequel la situation ne présente pas de lien étroit. Il suffit enfin que la clause précise l'ordre juridictionnel compétent pour qu'elle puisse s'appliquer : la détermination du tribunal spécialement compétent dans cet ordre juridictionnel résultera de l'application des règles de compétence internes du pays désigné[2].

Le principe de licéité des clauses attributives de juridiction n'est cependant pas absolu. Selon l'arrêt *Compagnie de signaux et d'entreprises électriques*, la clause n'est efficace que si elle ne fait pas échec à la **compétence territoriale impérative** d'une juridiction

1. Cass. 1re civ., 17 déc. 1985, *Grands arrêts*, n° 69.
2. Cass. com., 25 nov. 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 98, rapp. Rémery.

française. En l'état actuel de la jurisprudence, il semble par exemple que les règles de compétence françaises en matière d'assurance terrestre et de contrat de travail ne puissent être évincées, ou ne l'être qu'en présence de circonstances exceptionnelles[1]. En outre, l'état des personnes ne peut en principe faire l'objet de conventions[2]. Enfin, la Cour de cassation exige, conformément à l'article 48 du nouveau Code de procédure civile et pour protéger chaque partie contre une possible manœuvre de l'autre, que la clause « ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

B Les clauses compromissoires

293 Les parties à un contrat international peuvent choisir, plutôt que de désigner la juridiction qui tranchera leur litige, de confier leur sort à un tribunal arbitral[3]. Tel est l'objet de la clause compromissoire. Celle-ci ne doit pas être confondue avec le compromis, qui consiste à soumettre un litige *actuel*, et non éventuel, à un tribunal arbitral.

La clause compromissoire est admise beaucoup plus largement dans les rapports internationaux que dans les rapports internes : selon l'arrêt *Hecht* du 4 juillet 1972, la clause compromissoire insérée dans un contrat international est en effet valable, sans qu'il y ait lieu de rechercher la loi applicable[4]. Ce principe débouche notamment sur **l'« autonomie » de la clause compromissoire**, qui signifie que l'efficacité de celle-ci n'est pas remise en cause par la nullité de l'acte juridique dans lequel elle est contenue[5].

1. Sur les questions délicates se posant en matière de contrat de travail, cf. P. Mayer, « Les clauses relatives à la compétence internationale insérées dans les contrats de travail », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 263 et s.
2. Interprétation *a fortiori* de l'art. 93 NCPC (en ce sens, cf. P. Mayer, n° 304).
3. Pour une approche détaillée, J.-M. Jacquet et Ph. Delebecque, *Droit du commerce international*, Cours Dalloz, 1997, n° 453 et s.
4. *JDI* 1972. 843, note Oppetit; *Rev. crit. DIP* 1974. 82, note Level.
5. Pour une réflexion sur l'opportunité de transposer ce mécanisme aux clauses attributives de juridiction, cf. C. Blanchin, *L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?*, préf. H. Gaudemet-Tallon, LGDJ, 1995.

CHAPITRE 2
LE DROIT DE SOURCE CONVENTIONNELLE

294 Les règles applicables en matière de compétence judiciaire internationale ne sont plus de source exclusivement française. Dans une très large mesure, elles résultent aujourd'hui de traités internationaux dont la portée est variable. Tantôt, ils prévoient seulement la reconnaissance et l'exécution des jugements. C'est le cas des nombreuses conventions bilatérales conclues entre la France et certains pays européens ou africains. On parle alors de **traités « simples »**. Tantôt, les conventions internationales prévoient, outre la reconnaissance et l'exécution des jugements, des règles de compétence directe. On parle alors de **traités « doubles »**.

Les traités doubles ont généralement une importance et une efficacité supérieures pour la raison suivante : la plupart des États ne reconnaissant l'effet d'un jugement étranger qu'après avoir vérifié, d'après leurs propres règles de compétence directe, que le juge étranger était bien compétent, la voie la plus sûre pour la circulation des jugements est l'unification des règles de compétence directe... Au surplus, les traités doubles contribuent à éviter le ***forum shopping***, pratique qui consiste à saisir le tribunal d'un certain pays dans le seul but d'échapper à l'application de la loi qu'aurait appliqué un juge d'un autre pays.

Parmi ces traités doubles, il convient surtout de s'attacher à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 « concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale »[1] (section 1), ainsi qu'à la Convention dite

1. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Paris, 1972 ; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2e ed., 1996.

de « Bruxelles 2 », adoptée par les quinze Ministres de la Justice de l'Union européenne le 28 mai 1996, et concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale[1] (section 2).

SECTION 1
LA CONVENTION DE BRUXELLES DU 27 SEPTEMBRE 1968

295 La Convention de Bruxelles ne liait initialement que les six États membres du Marché commun. Avec l'élargissement de celui-ci, son champ d'application s'est largement accru[2]. Son rayonnement s'est même fait sentir au-delà des frontières de la Communauté, puisque la Convention de Lugano du 16 septembre 1988, négociée entre la CEE et l'AELE (Association européenne de libre-échange), en a repris de façon presque identique les dispositions[3]. Elle s'applique aux relations entre États membres de l'AELE, ainsi qu'à leurs relations avec les États membres de l'Union européenne.

Le domaine de la Convention de Bruxelles est cependant limité : selon l'article premier, elle ne concerne pas l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions. La Convention ne s'applique pas non plus aux faillites, à la sécurité sociale et à l'arbitrage. Enfin, elle ne recouvre pas les matières fiscales, douanières ou administratives. Ces restrictions apportées au domaine de la Convention n'empêchent pas celle-ci de couvrir un nombre très élevé de situations juridiques : délits, contrats, droits réels, sociétés...

Pour faciliter la comparaison avec le droit de source interne, on reprendra dans le bref exposé de la Convention la structure du

1. B. Sturlèse, « Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la Convention de Bruxelles 2, ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux », *JCP* 1998. I. 145. Le texte est reproduit au *JCP* 1998. III. 20099.

2. Cf. notamment la Convention de San Sebastian du 26 mai 1989, conclue à l'occasion de l'adhésion de l'Espagne et du Portugal. Sur cette Convention, cf. Droz, « La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano », *Rev. crit. DIP* 1990. 1.

3. Droz, « La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles », *Rev. crit. DIP* 1989. 1. Quelques différences subsistent, notamment en matière de contrat individuel de travail et de location saisonnière. Elles peuvent également tenir au fait que la Cour de Luxembourg n'est pas compétente pour interpréter la Convention de Lugano.

chapitre précédent en étudiant les règles de compétence (§ 1) puis le régime de la compétence (§ 2).

§ 1 LES RÈGLES DE COMPÉTENCE

296 La Convention de Bruxelles contient deux types de règles : celles qui instaurent une compétence non exclusive (A) et celles qui instaurent une compétence exclusive (B).

A Les compétences non exclusives

297 La Convention de Bruxelles instaure des compétences non exclusives en ce sens que le même litige peut être valablement soumis aux tribunaux de plusieurs pays. S'il est vrai qu'en principe, le tribunal du pays du domicile du défendeur est compétent (1), il existe ainsi d'autres chefs de compétence possibles (2).

1. La compétence de principe des juridictions du pays où le défendeur est domicilié

298 Fidèle au principe « *actor sequitur rei* », l'article 2, alinéa 1er de la Convention dispose que « les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État ». Cette réaffirmation de la compétence du principe du **tribunal du domicile du défendeur** n'étonne pas. Il convient toutefois de noter que le principe ne s'applique que si *le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État contractant*. L'article 52 de la Convention précise, à ce sujet, que le juge saisi devra appliquer sa loi interne pour déterminer si le défendeur est bien domicilié sur le territoire[1]. En cas de réponse négative, le juge se demandera si le défendeur n'a pas son domicile sur le territoire d'un autre État contractant, et se référera alors à la conception juridique du domicile en vigueur dans la loi de cet autre État. Si tel n'est pas le cas, la compétence n'est plus régie par la Convention, mais par le droit interne de chaque État contractant[2].

---

1. Selon l'article 53 de la Convention, le siège des sociétés et des personnes morales est assimilé au domicile. Toutefois, pour déterminer ce siège, le juge saisi applique les règles de son droit international privé.

2. Ce retour au droit interne est prévu par l'article 4, alinéa 1er, lequel réserve toutefois l'application de l'article 16 qui contient des règles instaurant des compétences exclusives en certaines matières, sans considération de domicile (cf. *infra*, n° 302).

2. Les compétences additionnelles

299 La compétence du tribunal du pays où est domicilié le défendeur n'est pas exclusive. Ainsi, le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait valablement devant les juridictions d'un autre État contractant lorsque certaines conditions sont réunies. Sous l'appellation légèrement trompeuse de « **compétences spéciales** », l'article 5 de la Convention prévoit ainsi certaines règles applicables en considération de la matière. Font ainsi l'objet de dispositions particulières l'obligation alimentaire, l'action en réparation de dommage ou en restitution fondée sur une infraction, la contestation relative à l'exploitation d'une succursale, et d'autres litiges encore. En outre, il faut relever l'existence de règles destinées à protéger les assurés et les consommateurs en multipliant en leur faveur les critères de compétence [1]. Les problèmes juridiques les plus aigus se sont fait sentir en matière contractuelle (a) et en matière délictuelle (b).

a. La « matière contractuelle »

300 En « matière contractuelle », le défendeur peut ainsi être attrait, non seulement devant le tribunal de son domicile, mais aussi « devant le **tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée** ». L'article 5, 1° précise lui-même cette affirmation en certaines cironstances : en matière de contrat individuel de travail, le lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée est celui où le travailleur accomplit habituellement son travail. Lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, l'employeur peut être également attrait devant le tribunal du lieu où se trouvait ou se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur.

Ce texte appelle plusieurs observations. La première est que la notion de « matière contractuelle » est propre à la Convention. Selon la CJCE, il s'agit d'une « **notion autonome** qu'il faut interpréter en se référant principalement au système et aux objectifs de la Convention » [2]. En pratique, la Cour de Luxembourg peut donc retenir une analyse qui contraste avec celle de la jurisprudence française : c'est ainsi, par exemple, que la matière contractuelle ne recouvre pas, selon elle, l'action directe en garantie des vices

---

1. Articles 7 à 15 de la Convention.

2. CJCE, 8 mars 1988, *Arcado*, *Rev. crit. DIP* 1988. 610, note Gaudemet-Tallon; *JDI* 1989. 453, obs. A. Huet; *D.* 1989. somm. comm. 344, obs. Audit.

cachés intentée par le sous-acquéreur à l'encontre du vendeur originaire dans une chaîne de contrats[1].

Lorsque la matière est contractuelle au sens de la Convention, il convient de déterminer « l'obligation qui sert de base à la demande »[2] et le lieu de son exécution. À cette fin, **deux étapes** sont nécessaires. La première consiste à cerner l'obligation en cause, la seconde à déterminer son lieu d'exécution.

La première étape pose problème lorsque le contrat comporte plusieurs obligations litigieuses, car la Convention institue, non un for compétent pour statuer sur le contrat dans son ensemble, mais un for voué à ne connaître que des obligations litigieuses. La raison obligea toutefois la Cour de Luxembourg de trouver une solution unique en cas de pluralité d'obligations servant de base à la demande : elle décida donc que seule **l'obligation litigieuse principale** devait établir la compétence[3].

La seconde étape consiste à déterminer le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande, lieu qui dépend notamment du caractère quérable ou portable du paiement. Selon **l'arrêt *Tessili Como*** du 6 octobre 1976, il appartient alors au juge saisi « de déterminer, en vertu de ses propres règles de conflit, quelle est la loi applicable au rapport juridique en cause et (de) définir, conformément à cette loi, le lieu de l'obligation contractuelle litigieuse »[4]. En pratique, donc, le juge saisi doit commencer par résoudre un conflit de lois qui lui permet de trouver la loi applicable au contrat – loi qui peut inclure les dispositions d'une Convention internationale portant loi uniforme[5]. C'est à cette loi

---

1. CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte et Cie c. TMCS*, *JCP* 1992. II. 21927, note Larroumet; *RTD civ.* 1992. 709, note Vareilles-Sommières; *Rev. crit. DIP* 1992. 726, note Gaudemet-Tallon; *JDI* 1993. 469, note Bischoff; *RTD civ.* 1993. 131, obs. Jourdain; *D.* 1993. somm. comm. 214, obs. Kullmann.

2. La précision « qui sert de base à la demande » ne figurait pas dans le texte de 1968. Elle a été ajoutée lors d'une révision de la Convention intervenue en 1978, et consacre la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Celle-ci avait en effet énoncé, dans l'arrêt *de Bloos c. Bouyer* du 6 octobre 1976, que l'obligation devant être prise en considération pour la détermination de la compétence judiciaire n'était ni l'obligation principale ou caractéristique, mais celle qui servait de base à l'action judiciaire (aff. 14/76, *Rec.* 1976. 1. 487, concl. Reischl; *D.* 1977. 616, 2e esp., note Droz; *Rev. crit. DIP* 1977. 751, 2e esp., note Gothot et Holleaux; *JDI* 1977. 719, obs. Bischoff).

3. CJCE, 15 janv. 1987, aff. 266/85, *Schenavai c. Kreischer*, *JDI* 1987. 465, obs. Bischoff et A. Huet; *Rev. crit. DIP* 1987. 793, note Droz.

4. CJCE, 6 oct. 1976, aff. 12/76, *Tessili Como*, Rec. 1976. 1473 concl. Mayras; *D.* 1977. 716, 1re esp., note Droz; *Rev. crit. DIP* 1977. 751, 1re esp., note Gothot et Holleaux; *JDI* 1977. 714, note A. Huet.

5. CJCE, 29 juin 1994, *Custom made commercial Ltd*, *D.* 1994. IR 185.

que reviendra le soin de déterminer, par exemple, si l'obligation est quérable ou portable, et si, en conséquence, le juge saisi est compétent.

La solution est discutée. Si la Cour la justifie par l'idée que « la détermination du lieu d'exécution est tributaire du contexte contractuel auquel ces obligations appartiennent », elle est d'application difficile par les juges du fond, lesquels recherchent *en fait*, plutôt qu'en droit, quel est le lieu d'exécution du contrat. La première Chambre civile de la Cour de cassation semble d'ailleurs, dans sa jurisprudence la plus récente, affranchir les juges du fond de l'obligation qui leur est imposée par la jurisprudence communautaire. Selon un arrêt du 11 mars 1997[1], le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande doit être défini en fonction de la nature du rapport d'obligation et des circonstances de l'espèce, comme étant le lieu où la prestation a été ou devait être *effectivement* fournie. La Chambre commerciale, pour sa part, a posé à la Cour de justice une question préjudicielle afin de savoir si ne pourrait être retenue une solution communautaire autonome suivant laquelle les juges nationaux pourraient déterminer le lieu d'exécution de l'obligation servant de base à la demande selon ces critères, et sans qu'ils aient à se référer à la loi qui régit l'obligation litigieuse selon la règle de conflit du for[2].

b. La « matière délictuelle ou quasi-délictuelle »

301 En « matière délictuelle ou quasi-délictuelle », le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant peut être attrait dans un autre État contractant devant le **tribunal du « lieu où le fait dommageable s'est produit »** (article 5, 3° de la Convention). Selon l'arrêt *Kalfelis* du 27 septembre 1988, est de nature délictuelle « toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur, et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle »[3]. Quant au lieu du fait dommageable, la Cour a jugé dans une affaire de pollution transfrontière qu'il représente « à la fois le lieu où le dommage est survenu et celui de l'événement causal »,

---

1. Cass. 1re civ., 11 mars 1997, *D.* 1997. 562, 2e esp., et la chronique de G. Droz, « *Delendum est forum contractus ?* (vingt ans après les arrêts *de Bloos* et *Tessili* interprétant l'article 5. 1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968), *D.* 1997. chron. 351 et s. Voir aussi les obs. de A. Huet, *JDI* 1998. 129.

2. Cass. com., 9 déc. 1997, *D.* 1998. IR 28 ; *Rev. crit. DIP* 1998. 117, note Rémery.

3. CJCE, 27 sept. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 112, note Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1989. 457, obs. A. Huet ; *D.* 1989. somm. comm. 254, obs. Audit.

ce qui confère en pratique une option au demandeur[1]. Cette souplesse disparaît lorsque la compétence instituée par la Convention se veut exclusive de toute autre.

B Les compétences exclusives

302 La Convention de Bruxelles contient, en son article 16, différentes règles de compétence exclusive en certaines matières. Deux observations à ce sujet : premièrement, la compétence est exclusive en ce qu'elle est **impérative** et ne dépend pas de la localisation du domicile du défendeur dans un État contractant ; deuxièmement, la compétence est **exclusive à raison de la matière, non à raison de la nationalité**. D'entrée de jeu, la Convention avait en effet clairement exprimé l'inopposabilité des articles 14 et 15 du Code civil à un défendeur domicilié dans un État contractant (article 3)[2].

Les cas de compétence exclusive prévus par l'article 16 sont en nombre limité. Il s'agit :

– des droits réels immobiliers et des baux d'immeubles, qui doivent être soumis aux tribunaux de l'État de situation de l'immeuble ;

– des questions de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État contractant, ou des décisions de leurs organes, qui doivent être soumis aux tribunaux de cet État ;

– des problèmes afférents à la validité des inscriptions sur les registres publics, qui doivent être tranchés par les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel ces registres sont tenus ;

– des problèmes d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droit analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement, qui sont soumis aux juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel le dépôt ou

---

1. CJCE, 30 nov. 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, *Rec.* 1976. 1735, concl. Capotorti ; *D.* 1977. 613, note Droz ; *Rev. crit. DIP* 1977. 653, note Bourel ; *JDI* 1977. 728, obs. A. Huet.

2. Paradoxalement, cependant, toute personne domiciliée dans un État contractant peut, comme les nationaux, invoquer les règles de compétence de cet État contre un défendeur non domicilié sur le territoire d'un État contractant. Ainsi, un Américain domicilié en France peut attraire devant les tribunaux français un Belge domicilié aux États-Unis en se fondant sur l'article 14 du Code civil (cf. sur ce point Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 487). La solution est curieuse, même si elle s'explique par le caractère significatif et non nationaliste du rattachement au domicile, plutôt qu'à la nationalité.

l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale.

– enfin, des difficultés d'exécution des décisions, dont connaissent les tribunaux de l'État contractant du lieu de l'exécution.

§ 2 LE RÉGIME DE LA COMPÉTENCE

303 Trois questions doivent être abordées, comme elles l'ont été dans l'étude du droit interne : la sanction de l'incompétence (A), les conflits de procédures (B) et la prorogation conventionnelle de compétence (C).

A La sanction de l'incompétence

304 Lorsque le juge est saisi au mépris de l'article 16 de la Convention instituant les compétences exclusives, l'article 19 dispose que le juge doit se déclarer d'office incompétent. En revanche, lorsque le tribunal est saisi en violation d'une règle de compétence non exclusive, il ne doit se déclarer incompétent que si le défendeur domicilié sur le territoire d'un État contractant n'a pas comparu.

B Les conflits de procédures

305 Les problèmes de litispendance et de connexité sont réglés par la Convention de façon à promouvoir la coopération internationale. En cas de **litispendance**, l'article 21 de la Convention énonce ainsi que « lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci ».

Le dessaisissement du juge pour cause de **connexité**[1] n'est pas aussi largement admis. L'article 22 ne fait en effet pas obligation au juge saisi en second lieu de se dessaisir, mais lui en donne la

1. La connexité est définie par l'art. 22 al. 3 : sont connexes, au sens de ce texte, « les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

simple faculté. En outre, selon le second alinéa de l'article, « cette juridiction peut également se dessaisir, à la demande de l'une des parties, à condition que sa loi permette la jonction d'affaires connexes et que le tribunal premier saisi soit compétent pour connaître des deux demandes ». Ce caractère non systématique du dessaisissement pour cause de connexité rejoint le caractère non systématique du chef de compétence tiré de la connexité : l'article 6 de la Convention ne prévoit en effet que quelques cas particuliers dans lesquels un défendeur domicilié dans un État contractant peut être attrait dans un autre État parce qu'une procédure principale y serait déjà en cours.

C La prorogation volontaire de compétence

306 La possibilité pour les parties d'influer sur la compétence des tribunaux d'un État est explicitement reconnue par la Convention dans ses articles 17 et 18. La prorogation de compétence est alors expresse (1) ou tacite (2).

1. La prorogation expresse

307 Lorsque la prorogation de compétence prend la forme d'une clause attributive de juridiction, la Convention commence par délimiter son **domaine d'application**, puis fixe les **conditions d'efficacité** de la clause.

La Convention ne s'applique, tout d'abord, que si l'une des parties au moins a son **domicile sur le territoire d'un État contractant**. Si tel n'est pas le cas, cela ne signifie pas que la clause soit dépourvue d'efficacité. Cela implique seulement que la Convention cesse de s'appliquer et qu'il revient aux tribunaux de l'État choisi d'apprécier au regard de leur droit interne la validité de la clause. Toutefois, si l'État choisi est un État contractant, la Convention s'en préoccupe indirectement car elle énonce que les tribunaux des autres États contractants ne peuvent connaître du différend tant que le tribunal ou les tribunaux désignés n'ont pas décliné leur compétence.

Lorsque la Convention s'applique à la clause attributive de juridiction, celle-ci doit respecter certaines conditions de forme et de fond.

S'agissant de la **forme**, l'article 17 prévoit que la convention attributive de juridiction doit être conclue, soit par écrit ou verbalement avec confirmation écrite, soit sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles. Lorsque la clause figure dans des « conditions générales »

distinctes du contrat signé par les parties, la jurisprudence estime que celui-ci doit renvoyer expressément aux conditions générales. En outre, pour tenir compte des usages du commerce international, la Convention admet une forme qui respecte un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance, et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée.

Sur le **fond**, la Convention reconnaît largement l'efficacité des clauses attributives de juridiction. Les parties peuvent par exemple choisir de désigner un tribunal ou l'ensemble des tribunaux d'un pays, comme elles peuvent se contenter d'exclure la compétence de certaines juridictions. Elles ne peuvent cependant porter atteinte au caractère impératif des compétences exclusives prévues par l'article 16. Par ailleurs, les articles 12 et 15 de la Convention limitent la prorogation conventionnelle de compétence dans les contrats d'assurance et les contrats conclus par les consommateurs, en prévoyant notamment que les règles de compétence de la Convention ne peuvent être écartées que postérieurement à la naissance du différend, ou en faveur de la partie faible. Le même type de dispositif existe en faveur du travailleur.

2. La prorogation tacite

308 L'article 18 reconnaît la prorogation tacite de compétence résultant de la comparution du défendeur devant un tribunal dont il ne conteste pas la compétence. Cette règle s'applique, quel que soit le domicile des parties, du moment que le tribunal devant lequel elles comparaissent est celui d'un État contractant.

SECTION 2
LA CONVENTION DE BRUXELLES 2

309 La Convention dite « de Bruxelles 2 » constitue un progrès supplémentaire sur la voie de la coopération internationale en matière de conflits de juridiction. Le rapprochement des États en matière familiale n'était, en effet, pas une mince affaire : exclue du domaine de la Convention de Bruxelles de 1968, cette matière était le théâtre de divergences importantes entre les législations. Et, si le fond des droits européens s'est sans doute homogénéisé

avec le temps, les différences restent sensibles sur certains points, notamment sur l'intensité du contrôle exercé par le juge sur la dissolution du lien matrimonial. La mobilité croissante des individus, l'internationalisation des rapports familiaux et la nécessité d'une meilleure coopération internationale eurent finalement raison des principales réticences.

La nouvelle Convention, dont l'interprétation relève de la CJCE [1], a donc un champ d'application étendu. Son article premier précise qu'elle s'applique aux procédures civiles relatives au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation du mariage des époux. Elle touche également les procédures civiles relatives à la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs des époux à l'occasion de l'un de ces événements. La recherche de l'unification sur les questions sensibles est enfin démontrée par l'assimilation aux procédures judiciaires des autres procédures officiellement reconnues dans un État membre. Le terme « juridiction » englobe alors toutes les autorités compétentes des États membres en la matière.

On étudiera rapidement les règles de compétence prévues par la Convention (§ 1) ainsi que le régime de la compétence (§ 2).

§ 1 LES RÈGLES DE COMPÉTENCE

310 Les règles de compétences prévue par la Convention s'appuient essentiellement sur des considérations de proximité territoriale ou procédurale [2]. Il en résulte que les fors exorbitants sont écartés, notamment ceux qui sont fondés sur la seule nationalité des plaideurs, tels que les articles 14 et 15. Le même souci explique également l'abandon du critère du domicile au profit de celui de la résidence habituelle. Il se traduit enfin par des règles de compétence alternatives, donnant au demandeur une option entre plusieurs fors pouvant valablement présenter un lien avec la situation.

Ainsi, les critères de compétence du juge appelé à statuer sur le divorce, la séparation de corps et l'annulation du mariage repo-

1. Les modalités de cette saisine sont précisées dans un Protocole qui s'inspire de l'article 177 du Traité et du Protocole du 3 juin 1971 soumettant l'interprétation de la Convention de Bruxelles de 1968 à la CJCE.

2. B. Sturlèse, « Premiers commentaires sur un événement juridique : la signature de la Convention de Bruxelles 2 ou quand l'Europe se préoccupe des conflits familiaux », *JCP* 1998. I. 145, spéc. n° 35.

sent pour la plupart — et de façon alternative — sur la résidence habituelle de l'un des époux ou des deux[1]. Les juridictions de l'État dont les époux possèdent tous deux la nationalité peuvent également être saisies. Quant aux questions relatives à la responsabilité parentale à l'égard d'un enfant commun des époux, l'article 3 de la Convention les soumet en principe aux juridictions appelées à statuer sur le lien matrimonial lui-même, lorsque l'enfant a sa résidence habituelle dans l'État de la juridiction en cause. En outre, pour tenir compte du fait que certains des enfants peuvent ne pas tous résider dans le for du divorce, il est prévu que le contentieux peut tout de même être regroupé devant ce for si cela est souhaité par les parents et répond à l'intérêt des enfants.

§ 2 LE RÉGIME DE LA COMPÉTENCE

311 Le régime de la compétence s'inspire largement — dans la limite du bon sens — de celui de la Convention de Bruxelles de 1968. On signalera toutefois que lorsque des demandes en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage, *n'ayant pas le même objet ni la même cause*, sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit à statuer jusqu'à ce que la compétence de la juridiction première saisie soit établie. Si celle-ci l'est, la juridiction saisie en second lieu se dessaisit en faveur de celle saisie en premier lieu. C'est là une conception particulièrement étendue de la litispendance, qui permettra en pratique d'appliquer le régime de la litispendance à des procédures jusqu'alors considérées comme connexes[2].

1. Cf. l'article 2 de la Convention.
2. B. Sturlèse cite le cas d'une procédure de divorce engagée dans un pays et d'une procédure de séparation de corps engagée dans un autre pays (*ibid*, n° 47).

TITRE 2
L'EFFET DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

312 Les règles relatives à l'effet des jugements étrangers ont pour objet de définir les conditions auxquelles un jugement étranger peut avoir force probante, autorité de chose jugée et force exécutoire. On examinera, comme pour la compétence directe, le droit de source interne (chapitre 1) et le droit de source conventionnelle (chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER
LE DROIT FRANÇAIS

313 La question de l'effet des jugements étrangers est d'approche délicate : d'un côté, en effet, l'idée du respect des droits acquis commande que celui qui a obtenu un jugement à son profit puisse le faire reconnaître sans difficulté dans un pays étranger ; de l'autre, cependant, le jugement rendu dans un pays ne peut lier les juges d'un autre État, tant en raison de l'omniprésence en la matière des considérations de souveraineté, qu'en raison de la divergence qui peut exister entre les politiques et les valeurs des différents pays.

Confronté à ces difficultés, le droit français adopte une approche nuancée. S'il considère qu'un jugement étranger ne peut produire un effet coercitif en France qu'au moyen d'une procédure d'« **exequatur** » portée devant le tribunal de grande instance[1] (section 1), certains effets sont reconnus sans que cette procédure soit nécessaire (section 2).

SECTION 1
L'EFFET SUBORDONNÉ À L'EXEQUATUR

314 L'exequatur n'est pas réglementé de façon précise par les textes. L'article 509 du nouveau Code de procédure civile[2] se borne à énoncer que « les jugements rendus par les tribunaux étrangers et

1. Depuis la loi du 5 juillet 1972, le tribunal siège à juge unique, mais peut renvoyer à la juridiction collégiale. L'octroi ou le refus de l'exequatur est susceptible de toutes les voies de recours admises en France. Il ne produit effet que pour l'avenir.

2. Art. 546 de l'ancien Code.

les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi ». On ne tirera pas non plus de théorie générale de l'article 2123 du Code civil qui dispose que « l'hypothèque judiciaire résulte (...) des décisions judiciaires rendues en pays étranger et déclarées exécutoires par un tribunal français ». Il est donc revenu à la jurisprudence, une fois de plus, de construire le régime juridique de l'exequatur en précisant son objet (§ 1) et en énumérant les conditions d'efficacité des décisions soumises à la procédure d'exequatur (§ 2)[1].

§ 1 L'OBJET DE L'INSTANCE EN EXEQUATUR

315 L'instance en exequatur ne concerne que certaines décisions (A) et n'est nécessaire que pour en obtenir certains effets (B).

A Les décisions concernées par l'exequatur

316 Les décisions concernées par l'exequatur sont celles qui sont prononcées au nom d'une **souveraineté étrangère**. Peu importe le lieu où elles l'ont été, du moment que cette condition est remplie.

Il faut en outre que la décision présente un **caractère juridictionnel**. Cette exigence est d'appréhension délicate car il est fréquent que certains actes qui, en France, requièrent l'intervention d'un juge, soient à l'étranger soustraits à la compétence judiciaire. C'est le cas, par exemple, d'un divorce prononcé par une autorité religieuse ou administrative. Aussi la question se pose-t-elle de savoir si le caractère juridictionnel doit être apprécié au regard du droit français ou du droit du pays dans lequel la décision a été rendue. La solution choisie par la jurisprudence est la première : sont soumises à l'exequatur les décisions, gracieuses ou contentieuses, rendues par des autorités exerçant une fonction que le droit français réserve à l'autorité judiciaire.

1. ALEXANDRE, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, 1971 ; B. ANCEL, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *Trav. com. fr. DIP*, 1986-1987, p 25 et s. ; D. HOLLEAUX, Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, 1970 ; A. HUET, « Les procédures de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers et des sentences arbitrales en droit international privé français », *JDI* 1988. 5 ; H. MUIR-WATT, « Effets en France des décisions étrangères », *Jurischl. Droit international*, Fasc. 584-1 à 584-8.

Enfin, les actes reçus par les officiers étrangers et les sentences arbitrales étrangères (c'est-à-dire celles qui sont soumises à une loi étrangère) nécessitent l'exequatur. La solution découle, respectivement, des articles 509 et 1498 du nouveau Code de procédure civile.

B Les effets recherchés par l'instance en exequatur

317 Certains effets des jugements étrangers (au sens large du mot « jugement ») n'ont nul besoin de l'exequatur pour être reconnus. Le jugement étranger constitue ainsi un **fait** dont l'existence et les conséquences matérielles ne peuvent être niées : il conduit à mettre une personne en possession d'un bien, ou à payer un créancier. Partant, le fait du jugement peut servir de **juste cause** à une action : celle, par exemple, de la personne qui revendique le bien ou le paiement d'une somme d'argent. Le jugement peut encore servir de **titre**, en ce qu'il permet par exemple de déclarer une créance au passif d'une procédure collective ou de pratiquer une saisie-arrêt.

Par contraste, la procédure d'exequatur est nécessaire pour conférer à la décision étrangère **force exécutoire**, c'est-à-dire pour donner à celui qui s'en prévaut la possibilité de la faire exécuter en sollicitant éventuellement la force publique. Encore faut-il, pour cela, que les conditions d'efficacité du jugement étranger soient réunies.

§ 2 LES CONDITIONS D'EFFICACITÉ DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

318 La liste des conditions devant être réunies par un jugement étranger pour être efficace en France dépend étroitement de notre conception des relations internationales. Il est clair, en effet, que la circulation internationale des décisions est d'autant mieux assurée que le contrôle exercé sur la décision étrangère est peu strict, et inversement. Plusieurs systèmes peuvent donc être envisagés, qui vont d'un contrôle assez léger du jugement étranger par le juge de l'exequatur, à la révision pure et simple du jugement étranger, révision consistant en une nouvelle appréciation portée sur la régularité du jugement et sur son appréciation du fait et du droit.

Pendant longtemps, la Cour de cassation se montra fidèle au système de la **révision** au fond du jugement étranger — sans toujours clairement préciser ce qu'il fallait entendre par là. Cette position suscita cependant des critiques de plus en plus vives. On l'accusa d'être peu propice au développement des rapports internationaux et de procéder d'une méfiance inutile envers les juges étrangers. Aussi la Cour de cassation revint-elle sur cette position dans le célèbre **arrêt *Munzer*** du 7 janvier 1964[1]. Selon cet arrêt, « pour accorder l'exequatur, le juge français doit s'assurer que cinq conditions se trouvent remplies, à savoir la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ». Et la Cour d'ajouter, pour parachever son œuvre, que « cette vérification qui suffit à assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français, objet même de l'institution de l'exequatur, constitue en toute matière à la foi l'expression et la limite du pouvoir de contrôle du juge chargé de rendre exécutoire en France une décision étrangère, sans que ce juge doive procéder à une révision au fond de la décision ».

Depuis lors, les cinq conditions initiales ont été réduites à quatre. Selon **l'arrêt *Bachir*** du 4 octobre 1967[2], la condition tenant à la régularité de la procédure suivie devant le juge étranger s'apprécie uniquement par rapport à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense. Il ne nous reste alors qu'à reprendre les conditions énoncées par la Cour de cassation.

A La compétence du tribunal étranger

319 Soit un jugement émanant d'un tribunal de Münich et soumis à une procédure d'exequatur en France. Vérifier que le juge qui l'a rendu était bien compétent pour le faire signifie deux choses : d'une part, vérifier qu'il appartenait bien à l'ordre juridictionnel compétent (ici, l'ordre juridictionnel allemand) ; d'autre part, vérifier qu'il était le juge approprié dans cet ordre juridictionnel (le juge de Münich plutôt que le juge de Karlsruhe). La vérification de la compétence du tribunal étranger porte donc sur sa compétence internationale (1) et sur sa compétence interne (2).

1. *Grands arrêts*, n° 41.
2. *Grands arrêts*, n° 45.

1. La compétence internationale

320 La vérification de la compétence internationale du juge étranger ne peut s'opérer au regard des règles de compétence en vigueur dans le pays du tribunal en question : par hypothèse, celui-ci était censé respecter les règles de sa propre législation. Pour autant, la vérification de la compétence internationale doit-elle être appréciée au regard des règles françaises de compétence ? La réponse positive prévalait traditionnellement, et paraît de prime abord la seule possible. De prime abord, seulement : car on peut éprouver quelque réticence à subordonner l'efficacité du jugement étranger à la convergence somme toute aléatoire entre règles de compétence internationale française et étrangère. Aussi la jurisprudence contemporaine est-elle plus nuancée qu'autrefois. On peut la résumer en deux points.

Premier point : lorsque la règle française de compétence internationale directe donne compétence exclusive au juge français, l'exequatur doit être refusé[1]. La règle traduit l'exigence de respect de la compétence française lorsque celle-ci est jugée d'une particulière importance. L'une des conséquences de ce principe, ainsi qu'on l'a vu, est qu'un défendeur français attrait devant une juridiction étrangère peut se soustraire à l'effet en France du jugement étranger s'il n'a pas renoncé au bénéfice de l'article 15 du Code civil[2]. Plus généralement, sont jugées « exclusives » les compétences fondées sur le domicile du défendeur en France et la situation en France d'un immeuble. La notion d'exclusivité est donc l'objet d'une interprétation large.

Second point : lorsque la règle française de compétence internationale n'attribue pas compétence exclusive aux juridictions françaises, l'exequatur est plus facilement accordé. Sans abandonner le principe d'un contrôle de la compétence du juge étranger, la Cour de cassation énonce depuis l'arrêt ***Simitch*** que « le tribunal étranger doit être reconnu compétent si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux »[3]. La formule est souple et révèle sur le terrain des conflits de juridiction la présence des considérations de proximité. Comme toute formule souple, elle génère une certaine imprévisibilité des solutions qui

1. Cass. 1re civ., 5 mai 1962, *D.* 1962. 718, note G. Holleaux ; *Rev. crit. DIP* 1963. 99.
2. Cf. *supra*, n° 282.
3. Cass. 1re civ., 6 févr. 1985, *Grands arrêts*, n° 67.

est peut-être inévitable et peut être en grande partie comblée par l'expérience jurisprudentielle.

2. La compétence interne

321 La vérification de la compétence interne — compétence d'attribution et compétence territoriale — doit s'opérer au regard des règles de compétence en vigueur dans le pays dont l'ordre juridictionnel a été désigné dans la première phase du raisonnement. C'est au système allemand qu'on demandera de se prononcer sur la compétence du juge munichois, plutôt que sur celle du juge de Karlsruhe. La règle n'est guère discutée. Elle l'est si peu, d'ailleurs, que certains se demandent si le juge français est vraiment qualifié pour « donner une leçon au juge étranger en contrôlant s'il a ou non appliqué correctement les règles étrangères de compétence interne[1] » et plaident en faveur de la suppression de la vérification de la compétence interne.

B L'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit

322 La seconde vérification devant être opérée par le juge de l'exequatur est celle de la compétence législative. À suivre l'arrêt *Munzer*, le juge devrait donc contrôler que la loi désignée par la règle française de conflit est bien celle qui a été appliquée par le juge étranger. La condition est plus qu'exigeante : elle revient en pratique à subordonner l'efficacité du jugement étranger à l'identité entre règle de conflit française et règle de conflit étrangère. C'est pourquoi la jurisprudence en a tempéré la rigueur : elle applique ainsi la **théorie dite de l'équivalence**, qui consiste à accorder l'exequatur, même en l'absence d'identité entre règles de conflits de lois française et étrangère, lorsque la loi interne désignée par la règle de conflit française aboutit au même résultat que le jugement étranger dont l'exequatur est demandé. Cette politique est heureuse en pratique, car elle permet de faciliter la reconnaissance des jugements étrangers sans sacrifier la prévisibilité des solutions dans l'ordre juridique français. Il est au demeurant très rare qu'un refus d'exequatur intervienne pour défaut d'équivalence entre le résultat du jugement et celui auquel aurait conduit la loi désignée par la règle de conflit française. Sur le terrain des principes, cependant, il demeure difficile de justifier un dispositif qui oblige en quelque sorte le juge étranger à respecter le système

1. Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 504.

de conflit français... Pour bloquer l'efficacité des jugements étrangers heurtant trop fortement les conceptions en vigueur en France, le recours à l'ordre public international suffirait sans doute.

C La conformité à l'ordre public international

323 L'exigence de conformité à l'ordre public international français du jugement étranger n'a jamais été contestée. Il convient toutefois de bien saisir que la notion d'ordre public revêt ici un sens particulier. Elle désigne tout d'abord un **ordre public procédural**, qui a pris le relais de la troisième condition initialement prévue par l'arrêt *Munzer*, à savoir la régularité de la procédure suivie devant le tribunal étranger. À l'heure actuelle, le juge français doit donc limiter son contrôle de la procédure suivie à l'étranger aux points qui intéressent l'ordre public, notamment le respect des droits de la défense.

L'ordre public désigne aussi un ensemble de **principes substantiels**, dans la droite ligne de la conception qui prévaut en matière de conflits de lois. Il joue alors en sa forme « atténuée », conformément à l'idée selon laquelle l'ordre public est moins rigoureux lorsqu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'une situation née à l'étranger[1].

D L'absence de fraude à la loi

324 La dernière condition de l'octroi de l'exequatur est l'absence de fraude à la loi. Celle-ci s'apprécie de la même façon qu'en matière de conflits de lois[2]. Il n'y a donc rien à ajouter à ce sujet, si ce n'est que la condition d'absence de fraude a vu son importance renforcée depuis que l'arrêt *Simitch* l'a expressément reprise.

SECTION 2
L'EFFET NON SUBORDONNÉ À L'EXEQUATUR

325 Nous avons déjà mentionné que certains effets produits par *tous les jugements* sont reconnus en l'absence d'exequatur. C'est le cas, notamment, de l'effet de fait ou de l'effet de titre. Il convient à

1. Sur l'effet atténué de l'ordre public, cf. *supra*, n° 120.
2. Cf. *supra*, n° 123.

présent de saisir que d'autres effets peuvent être produits de plein droit (ou *de plano*), en l'absence d'exequatur.

Ces autres effets ont particulièrement attiré l'attention des juges en matière d'état et de capacité des personnes. Dans **l'arrêt *Bulkley*** du 28 février 1860, la Cour de cassation permit ainsi à une étrangère, régulièrement divorcée dans son pays, de se remarier en France sans que le jugement de divorce ait reçu l'exequatur[1]. C'était là reconnaître de plein droit la modification de la situation juridique de l'ex-épouse. Dans un sens proche, **l'arrêt *de Wrède*** du 9 mai 1900 devait affirmer que « l'annulation d'un mariage légalement et définitivement prononcée doit être à l'abri de toute contestation (...) parce que l'état des personnes ne peut demeurer incertain sans qu'il en résulte un trouble profond des familles et une atteinte grave à l'ordre social, (...) à plus forte raison lorsque, sur la foi de cette annulation, les époux ont contracté de nouvelles unions »[2]. La Cour de cassation reconnaissait ainsi que le constat de la nullité du mariage pouvait être fait par le juge français sans procédure d'exequatur.

Ces arrêts sont souvent analysés comme signifiant la consécration de l'effet *de plano* des jugements étrangers en matière d'état et de capacité des personnes. Cela est à la fois exact et insuffisant. Cela est exact, dans la mesure où nul ne peut nier que ces jugements ont été rendus en ces matières... Mais cela est faux, car **le critère pertinent de la dispense d'exequatur n'est pas la matière de l'état et de la capacité des personnes, mais la nature de l'effet produit par les jugements en cause** : effet constitutif dans l'arrêt *Bulkley*, effet déclaratif dans l'arrêt *de Wrède*. Dans les deux cas, en effet, aucun acte matériel d'exécution n'était nécessaire pour conceptualiser l'effet juridique produit par le jugement étranger : dissolution du mariage, annulation du mariage. Au demeurant, la meilleure preuve de ce que l'état des personnes n'est pas soustraite en lui-même à la procédure d'exequatur est le fait qu'un jugement *en cette matière*, nécessitant un acte d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes, requiert l'exequatur[3]. Une décision étrangère ordonnant le versement d'une pension alimentaire, par exemple, requiert l'exequatur pour faire l'objet d'une exécution forcée en France.

---

1. *Grands arrêts*, n° 4.
2. *Grands arrêts*, n° 10.
3. Cass. req., 30 mars 1930, *Hainard*, *S.* 1930. 1. 377, note Niboyet.

326 De là s'évincent les conditions générales de la dispense d'exequatur. Tout **jugement constitutif** crée une nouvelle situation juridique qui peut être reconnue sans acte d'exécution : la jurisprudence l'a progressivement admis, en reconnaissant par exemple l'effet juridique produit par un jugement étranger nommant un syndic ou un liquidateur de société, ou conférant des pouvoirs d'administration en matière successorale. Tout **jugement déclaratif intervenant en matière patrimoniale**, de même, a pour effet de déclarer une situation juridique préexistante, ce qui en soi peut être reconnu par le seul effort de l'intellect. Songeons, par exemple, à un jugement déclarant la nullité d'un contrat. **La jurisprudence persiste pourtant à subordonner cette reconnaissance à un *exequatur*,** ce que la logique réprouve

Le sens du droit conventionnel est plus satisfaisant. L'article 26 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 énonce de façon très générale que « les décisions rendues dans un État contractant sont *reconnues* dans les autres États contractants, sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure ». Ce qui montre bien qu'il existe une différence sensible entre la « reconnaissance » et « l'exécution ». Accessoirement, cela montre aussi toute l'importance du droit conventionnel, droit auquel il faut maintenant s'attacher.

CHAPITRE 2
LE DROIT DE SOURCE CONVENTIONNELLE

327 Les Conventions internationales ayant pour objet la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers sont nombreuses. Par souci de brièveté, ne sera donc envisagée que la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, étant entendu que son économie a été reprise de façon presque identique par la Convention de Bruxelles 2.

La **distinction entre « reconnaissance » et « exécution »** des jugements étrangers est sans doute l'un des principaux apports de la Convention de Bruxelles, dont on a pu écrire qu'il « emporte généralisation au plan du droit conventionnel du sort fait par le droit français aux jugements étrangers rendus en matière d'état des personnes »[1].

L'efficacité *de plano* des décisions rendues par un État contractant sur le territoire d'un autre ne supprime cependant aucunement la nécessité de la procédure d'exequatur[2], toutes les fois qu'une partie veut faire mettre à exécution une décision dans un autre pays. La mise en œuvre de la décision étrangère est alors soumise à un régime particulièrement simple, si on le compare à celui envisagé précédemment.

S'agissant tout d'abord des **conditions de l'exequatur**, la Convention se signale par le faible contrôle qu'elle fait peser sur le jugement étranger. La compétence du juge étranger n'a ainsi pas à être vérifiée, sauf en cas de violation d'une règle de compétence exclusive ou d'une règle relative à l'assurance ou aux contrats

1. Y. Loussouarn et P. Bourel, n° 514.
2. Le terme d'exequatur n'est pas repris en tant que tel par la Convention.

conclus par les consommateurs. La compétence de la loi appliquée au fond, de même, ne doit pas être contrôlée[1]. Concrètement, le jugement étranger ne sera donc privé d'efficacité que s'il est inconciliable avec un précédent jugement[2], si son contenu est contraire à l'ordre public (article 27, 1°), ou si certaines règles de procédure ont été méconnues : selon l'article 27, 2°, la décision ne sera pas reconnue « si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre ».

Quant à la **procédure**, elle est également allégée. L'exécution du jugement étranger fait l'objet d'une requête présentée devant une autorité désignée par la Convention (en France, le président du tribunal de grande instance). La procédure n'est pas contradictoire, ce qui permet à la juridiction de respecter l'obligation qui lui est faite de statuer « à bref délai » et d'éviter, par là-même, que le perdant ne fasse disparaître les biens saisissables qu'il possède dans le pays du juge requis. Un recours est cependant ouvert à la partie contre laquelle l'exécution est demandée, ce qui confère alors à la procédure un caractère contradictoire.

1. Exception est apportée à ce principe lorsque la décision a tranché à titre préalable une question relative à l'état et à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testament ou aux successions (art. 27, 4°), car cette question est exclue du champ de la Convention. Il est toutefois prévu que la décision est reconnue si elle aboutit au même résultat que celui auquel aurait conduit l'application de la loi désignée par le droit international privé de l'État requis.

2. Art. 27, 3° et 5°.

TROISIÈME PARTIE
LES SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

328 Les sujets du droit international privé sont les personnes physiques et morales qui agissent dans l'ordre international. Les personnes morales faisant ailleurs l'objet de développements substantiels [1], on se concentrera sur les personnes physiques. Seront étudiées les bases du droit français de la nationalité (chapitre 1) et de la condition des étrangers (chapitre 2).

1. Cf. J.-M. JACQUET et Ph. DELEBECQUE, *Droit du commerce international*, Cours Dalloz, 1997, spéc. n° 16 et s.

CHAPITRE PREMIER
LE DROIT DE LA NATIONALITÉ

329 Le rappel des données générales du droit de la nationalité (section 1) est nécessaire pour comprendre le droit français actuel (section 2).

SECTION 1
LES DONNÉES GÉNÉRALES DU DROIT DE LA NATIONALITÉ

330 La notion de nationalité fait l'objet de tant de discours déployés sur tant de registres que sa signification juridique doit être éclaircie (§ 1). On s'attachera ensuite aux sources du droit de la nationalité (§ 2)[1].

§ 1 LA NOTION DE NATIONALITÉ

331 La notion juridique de nationalité doit être définie[2] (A). On en verra alors les effets (B).

---

1. Sur tous ces points, cf. P. LAGARDE, *La nationalité française*, Dalloz, 3e éd., 1997; AYMOND, Répertoire Dalloz, droit civil, v° Nationalité; LABORDE, *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 502-A à H.

2. F. TERRÉ, « Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. crit. DIP* 1975. 197 et s.

A Définition de la nationalité

332 La nationalité peut être définie, du point de vue du juriste, comme « **l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État** »[1]. Cette définition juridique doit être bien différenciée d'une conception sociologique de la nationalité (1), même si elle n'empêche pas de prendre en considération des éléments sociologiques pour déterminer l'accès à la nationalité (2).

1. Nationalité juridique et nationalité sociologique

333 La nationalité au sens sociologique peut être définie comme le rattachement d'un individu à une « nation » entendue comme un peuple partageant certaines traditions, certains intérêts et certaines valeurs. La distinction entre conception juridique et sociologique s'impose d'autant plus, au regard de l'histoire des idées, que la fin du XIXe siècle fut marquée par une doctrine insistant sur le « **principe des nationalités** », c'est-à-dire sur la nécessité d'aligner la nationalité juridique sur la nationalité sociologique. Cette idée influa notablement sur le processus d'unification allemande et d'indépendance italienne.

On ne peut toutefois admettre de façon absolue la subordination du concept juridique de nationalité au concept sociologique. Pratiquement, elle peut se révéler difficile à mettre en œuvre lorsque plusieurs populations d'origine différente coexistent sur le même territoire. Politiquement, l'attribution de la même nationalité juridique à une population, même hétérogène, possède des vertus tant pour la démocratie que pour la paix. Tout ceci n'empêche nullement la dimension sociologique d'influer de façon évidente sur les critères d'attribution de la nationalité juridique.

2. Les facteurs sociologiques dans l'attribution de la nationalité

334 Les facteurs sociologiques sont à l'œuvre dans les deux fondements qui justifient la détermination de la nationalité : le *jus sanguinis* et le *jus soli*. Selon le système du ***jus sanguinis***, le lien de filiation doit être considéré comme un critère pertinent d'attribution de la nationalité à la personne : l'enfant d'un ressortissant d'un État X se verra ainsi reconnaître la même nationalité que son

1. H. Batiffol et P. Lagarde, n° 59.

parent. Cette position repose sur l'idée que le mode de vie et les valeurs de l'enfant sont nécessairement influencés par ceux de son parent. Aussi paraît-il judicieux de tenir compte de l'origine de la personne pour l'intégrer à la population juridiquement constitutive d'un État. Le système du ***jus soli*** insiste quant à lui sur la pertinence du lieu de naissance et/ou de résidence. Sans nier que la filiation puisse favoriser le rattachement à un autre pays que le pays de naissance, il souligne la place essentielle du milieu social (scolaire, notamment) dans l'évolution individuelle. Le système du *jus soli* favorise ainsi l'accès à la nationalité de l'État d'accueil pour les enfants d'étrangers nés ou résidant sur le territoire.

En pratique, les droits nationaux combinent les deux systèmes. Par une alchimie variable dans le temps et dans l'espace, selon l'opinion du moment et les besoins du pays (militaires ou industriels, par exemple), chaque pays « dose » comme il le juge bon le *jus sanguinis* et le *jus soli*.

335 **L'exemple de la France** est instructif à cet égard. Le Code civil de 1804, soucieux d'intégrer dans sa population un nombre important d'expatriés et de renforcer la cohésion nationale dans une période de guerres, privilégia le *jus sanguinis*. Mais, avec la baisse de la natalité et le développement industriel, l'immigration commença à se développer. Dans le même temps, les réfugiés politiques se multipliaient, tandis que la fin du XIXe siècle rendait à nouveau nécessaire l'extension des forces armées. Nul hasard, par conséquent, si la loi du 26 juin 1889 marque le renforcement du *jus soli*... et précède de trois semaines la loi instaurant le service militaire obligatoire. La tendance fut accentuée par la loi du 10 août 1927, et ne fut stoppée qu'avec le décret-loi du 12 novembre 1938, édicté en une période de crise économique et de crainte mêlée d'hostilité à l'égard des étrangers présents en France. Après l'intermède de Vichy, l'ordonnance du 19 octobre 1945 portant Code de la nationalité devait revenir à une position plus favorable au *jus soli*, de même que la grande loi du 9 janvier 1973 (qui tient surtout compte de la pénétration dans le droit de la famille du principe d'égalité, tant entre époux qu'entre enfants légitimes et naturels)[1]. Toutefois, les mêmes causes engendrant les mêmes effets, crise et problèmes liés à l'immigration favori-

1. P. LAGARDE, « La rénovation du Code de la nationalité par la loi du 9 janvier 1973 », *Rev. crit. DIP* 1973. 431.

saient à nouveau une position plus restrictive, illustrée par la loi du 22 juillet 1993[1], légèrement tempérée par la loi du 16 mars 1998[2].

B Effets de la nationalité

336 La nationalité confère à son titulaire la jouissance de tous les **droits** qu'accorde à ses nationaux le pays donneur. Elle lui permet aussi de bénéficier de la protection diplomatique contre d'autres États. Symétriquement, la nationalité confère certaines **obligations**, notamment d'ordre civique ou militaire, de même qu'elle justifie le contrôle exercé par l'État au-delà des frontières (en matière d'état civil, par exemple). Le manquement aux obligations découlant de la nationalité peut d'ailleurs être sanctionné, dans certaines conditions, par la perte de celle-ci[3].

Le complexe de droits et d'obligations résultant de la nationalité présente un caractère **légal**, et non contractuel : malgré son succès passé, la théorie du « contrat social » ne peut expliquer, ni la soumission de la personne au pouvoir normatif de l'État, ni l'attribution de la nationalité aux nouveau-nés... Cette dimension légale est d'ailleurs confirmée, en droit français, par l'article 17 du Code civil, qui énonce que « la nationalité française est attribuée, s'acquiert ou se perd *selon les dispositions fixées par le présent titre* ».

§ 2 LES SOURCES DU DROIT DE LA NATIONALITÉ

337 Un principe essentiel en matière de nationalité est que chaque État détermine librement quels sont ses nationaux et quelles règles s'appliquent à eux (A). Ce principe a certains mérites, mais oblige à s'interroger sur ce qu'il advient lorsqu'un individu se voit attribuer plusieurs nationalités... ou aucune (B).

1. P. Lagarde, « La nationalité française rétrécie », *Rev. crit. DIP* 1994. 535 et s.
2. H. Fulchiron, « « Rétablissement du droit du sol » et réforme du droit de la nationalité (Commentaire de la loi n° 98-170 du 16 mars 1998 »), *JDI* 1998. 343 et s.
3. Cf. *infra*, n° 358 et s.

A La liberté des États

338 Le **principe** de liberté des États dans la détermination de leurs nationaux a été reconnu par les juridictions internationales[1] et par la Convention de La Haye du 12 avril 1930 « concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité » (non en vigueur en France). Il en découle qu'aucun État ne peut attribuer à une personne la nationalité d'un autre État.

Cette liberté étatique est cependant contenue dans certaines **limites**. Selon l'arrêt *Nottebohm*[2] de la Cour internationale de Justice, un lien de nationalité ne reposant pas sur un rattachement factuel suffisant doit être considéré comme inopposable à un État tiers. Le **défaut d'effectivité** constitue donc une limite à l'arbitraire de l'État dans les rapports internationaux. En outre, les États acceptent parfois de limiter leur liberté en adhérant à des **Conventions internationales** en matière de nationalité. La France, par exemple, est partie à la Convention du Conseil de l'Europe du 6 mai 1963, plusieurs fois modifiée depuis, qui tente de réduire les cas de pluralité de nationalités et définit les sujets des obligations militaires. Elle a également ratifié de nombreuses conventions bilatérales ayant le même objet. Il faut enfin mentionner l'existence de traités internationaux ayant pour objet de définir les effets, en matière de nationalité, de l'annexion d'un pays à un autre[3], et de textes ayant inversement pour fonction de tenir compte de l'accession d'un pays à l'indépendance[4]. Malgré l'internationalisation du droit de la nationalité, la coordination entre États ne peut cependant être parfaite. C'est pourquoi subsistent des conflits de nationalité.

B Les conflits de nationalités

339 On parle de conflit « positif » de nationalités lorsqu'un individu se voit attribuer plusieurs nationalités (1), et de conflit « négatif » lorsqu'il ne s'en voit attribuer aucune (2).

---

1. CPJI, avis consultatif du 7 février 1923, Série B, n° 4, p. 24 ; CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *Rec.* 1955, p. 4.

2. Cf. *supra*, note précédente.

3. Par exemple, le Traité de Versailles du 28 juin 1919 consacrant l'annexion de certains territoires à la Belgique, la Tchécoslovoquie, la Pologne, etc.

4. Par exemple, la loi française du 28 juillet 1960 intervenant après l'accession à l'indépendance des territoires d'outre-mer.

1. Les conflits positifs de nationalités

340 Le conflit positif de nationalités est fréquent. Il surgit, notamment, lorsque le pays d'origine confère à une personne sa nationalité en application du système du *jus sanguinis*, tandis que le pays d'accueil applique le système du *jus soli*. Il se présente également lorsqu'une personne acquiert une nouvelle nationalité sans perdre la première, par exemple à l'occasion d'un mariage. En pratique, la double nationalité présente pour l'intéressé certains avantages (cumul des droits et des protections diplomatiques, double passeport, etc.) et relativement peu d'inconvénients (si l'on excepte le problème posé par le service militaire). Les États ne voient cependant pas d'un très bon œil les cas de plurinationalité, qui suscitent des difficultés administratives et font craindre pour l'unité nationale. C'est pourquoi certains textes législatifs permettent à l'intéressé d'exercer une option entre plusieurs nationalités, voire de décliner la nationalité d'origine en cas d'acquisition d'une nouvelle nationalité [1]. Il se peut néanmoins que le conflit de nationalités ne soit pas résolu de façon définitive, et que la plurinationalité pose problème à l'occasion d'un cas particulier : pour accomplir une démarche administrative, ou lorsqu'un juge saisi d'un litige intéressant un binational doit appliquer une règle de conflit dont le rattachement est la nationalité. Il convient alors de déterminer quelle nationalité l'autorité saisie devra prendre en considération.

En l'état du droit positif français, la solution repose sur une distinction entre deux types de cas : le cas où aucune des nationalités en conflit n'est la nationalité française, et le cas où l'une des nationalités en conflit est la nationalité française. **Lorsqu'aucune des nationalités en conflit n'est la nationalité française**, le choix est difficile à opérer, car aucun élément objectif ne milite *a priori* pour une nationalité plutôt qu'une autre. C'est pourquoi la jurisprudence adopte une attitude pragmatique et se prononce en faveur du choix de la nationalité la plus effective [2].

Lorsque l'intéressé a la nationalité française, en revanche, la règle est que celle-ci doit être prise en considération à l'exclusion de toute autre. Ce principe, affirmé par **l'arrêt *Kasapyan*** du 17 juin 1968 [3], n'a jamais été vraiment remis en cause. D'un point

---

1. Cf. art. 23-4 C. civ.

2. Cass. 1re civ., 15 mai 1974, *Martinelli*, *JDI* 1975. 298, note Alexandre ; *Rev. crit. DIP* 1975. 260, note Nisard.

3. *Grands arrêts*, n° 46.

de vue pratique, il présente l'avantage de la simplicité d'application et de la sécurité juridique. D'un point de vue théorique, le principe de la primauté de la nationalité de l'autorité saisie s'appuie notamment sur l'idée selon laquelle, puisque chaque législateur a seul compétence pour déterminer ses nationaux, l'autorité saisie ne saurait écarter la nationalité française de l'intéressé, fût-elle dénuée de toute effectivité, sans introduire un cas de perte de la nationalité française non prévu par la loi.

341 Cette approche a pourtant été combattue par les partisans d'un règlement « **fonctionnel** » des conflits positifs de nationalités : selon eux, il conviendrait de substituer au principe abstrait de la primauté de la nationalité du for une recherche de la « fonction que remplit la nationalité dans l'hypothèse considérée »[1], ce qui présenterait l'avantage d'adapter la résolution du conflit à la spécificité de la situation juridique en cause. En particulier, l'approche fonctionnelle aurait le mérite d'éviter les blocages que la méthode traditionnelle ne peut manquer de provoquer dans l'application des Conventions internationales. L'arrêt *Dujaque* du 22 juillet 1987[2] en fournit l'illustration la plus exemplaire : rendu par la Cour de cassation dans le cadre d'une Convention franco-polonaise du 5 avril 1967, il reconnut que la juridiction polonaise était en droit, pour déterminer la loi applicable à la garde d'un enfant mineur franco-polonais, de prendre en considération, comme l'eût fait le juge français s'il avait été saisi, la nationalité attribuée à l'enfant par la loi locale, à savoir, en l'espèce, la loi polonaise. Si la Cour de cassation avait choisi de s'en tenir à la primauté de la nationalité française en l'espèce, nul doute que la décision n'aurait pas été reconnue. L'effectivité de la Convention franco-polonaise aurait alors été rudement entamée.

Il semble toutefois que la postérité de cet arrêt soit limitée. Par ailleurs, une doctrine importante considère que la généralisation de l'approche fonctionnelle aboutirait à remettre en cause l'unité du statut de l'individu, l'égalité entre Français, la sécurité juridique... voire l'identité nationale[3].

La passion est moins vive à l'abord des conflits négatifs de nationalités, qui intéressent moins directement la cohésion des États.

---

1. P. Lagarde, « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités », *Rev. crit. DIP* 1988. 29 et s., spéc. n° 18, p. 43.

2. *Rev. crit. DIP* 1988. 85.

3. En ce sens, cf. les obs. de B. Ancel et Y. Lequette sous l'arrêt Kasapyan, *Grands arrêts*, spéc. n° 7 et s.

2. Les conflits négatifs de nationalités

342 Les conflits négatifs de nationalités conduisent à la situation d'apatride, et à la précarité qui en découle : inexistence de la protection diplomatique, menace d'expulsion, impossibilité d'obtenir un passeport. C'est pourquoi une Convention des Nations Unies du 28 septembre 1954 tente de mettre sur pied un **statut des apatrides**, qui reprend sur la plupart des points la Convention de Genève du 28 juillet 1951 applicable aux réfugiés. Elle débouche sur l'octroi de certains droits et une protection contre l'expulsion. Elle soumet également l'apatride à la loi de son domicile ou, à défaut de domicile, à la loi du pays de sa résidence.

SECTION 2
LE DISPOSITIF FRANÇAIS

343 Les dispositions législatives du droit français de la nationalité sont regroupées, depuis l'abrogation du Code de la nationalité par la loi du 22 juillet 1993, dans le Code civil (articles 17 à 33-2). Une fois énoncé leur champ d'application dans le temps et l'espace[1], ces textes ont un quadruple objet. Ils déterminent, tout d'abord, quelles personnes se voient conférer la nationalité française à la naissance : ce sont les dispositions relatives à l'« **attribution** » de la nationalité française (§ 1). Le Code civil énonce ensuite les conditions auxquelles la nationalité est conférée à l'individu après la naissance : on parle alors d'« **acquisition** » de la nationalité (§ 2). Viennent enfin le régime de la **perte** de la nationalité française (§ 3) et diverses questions de forme, relatives notamment au **contentieux** de la nationalité (§ 4).

§ 1 L'ATTRIBUTION DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE

344 L'attribution de la nationalité française a lieu à raison de la filiation (A) ou de la naissance en France (B).

1. Art. 17 à 17-12 C. civ.

A L'attribution à raison de la filiation

345 Selon l'article 18 du Code civil, « **est français l'enfant, légitime ou naturel, dont l'un des parents au moins est français** ». La même règle s'applique à l'enfant adoptif, en vertu de l'article 20 alinéa 2. Elle se justifie, on l'a vu, par l'idée que l'origine française permet de présumer raisonnablement l'intégration à la France.

Cette présomption est cependant réfragable en certaines circonstances, ce qui se traduit techniquement par une **faculté de répudiation**. Selon l'article 18-1 du Code civil « si un seul des parents est français, l'enfant qui n'est pas né en France a la faculté de répudier la qualité de Français dans les six mois précédant sa majorité et dans les douze mois la suivant »[1]. Cette faculté de répudiation se justifie par le constat que l'enfant, né à l'étranger d'un parent étranger, n'a en réalité que de faibles liens avec la France. Elle n'est pas pour autant encouragée par le législateur français. Celui-ci la subordonne tout d'abord à la possession par filiation de la nationalité d'un pays étranger, afin d'éviter l'apatridie (art. 20-3 du Code civil). Il prévoit ensuite que l'enfant peut renoncer à la faculté de répudiation, soit par déclaration à partir de l'âge de seize ans[2], soit en contractant un engagement dans les armées françaises[3]. La répudiation peut ainsi résulter d'un comportement d'allégeance à la nation française. Il est vrai que, pour paraphraser les termes engageants (sic) de la loi du 28 octobre 1997 portant réforme du service national, l'intégration dans l'armée permet « l'affirmation du sentiment d'appartenance à la communauté nationale » (art. L. 111-2 du Code du service national).

B L'attribution à raison de la naissance en France

346 L'attribution de la nationalité française à raison de la naissance en France a lieu, tout d'abord, lorsque l'enfant ne peut être rattaché à aucun autre pays. La nationalité française est donc attribuée à l'enfant né en France de parents inconnus (art. 19 C. civ.) ou apatrides (art. 19-1). Est également français l'enfant né en France

1. Il est précisé, par ailleurs, que cette faculté se perd si le parent qui n'avait pas la nationalité française l'acquiert durant la minorité de l'enfant.

2. Comme toutes les déclarations, celle-ci doit respecter les formes des articles 26 et suivants du Code civil. Elle doit donc être reçue par le juge d'instance ou le consul, et être enregistrée par le juge d'instance (si elle est souscrite en France) ou le ministre de la justice (si elle est souscrite à l'étranger).

3. Art. 20-2 et 20-4 C. civ.

de parents étrangers et à qui n'est attribuée par les lois étrangères la nationalité d'aucun des deux parents[1].

La nationalité française est également attribuée à l'enfant lorsque la naissance sur le territoire constitue un indice particulièrement fort du lien avec la France. Tel est le cas, selon l'article 19-3 du Code civil, lorsque l'un des parents de l'enfant né en France y est lui-même né[2]. Toutefois, la naissance sur le territoire français de deux générations successives n'est pas le signe irréfragablement pertinent du rattachement de l'enfant à la France. Aussi l'article 19-4 du Code permet-il à l'enfant dont un seul parent est né en France de répudier la nationalité française dans les conditions vues plus haut, à moins que l'un des parents acquière la nationalité française durant sa minorité.

§ 2 L'ACQUISITION DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE

347 L'acquisition de la nationalité française se produit selon certains modes (A) et engendre certains effets (B).

A Les modes d'acquisition de la nationalité française

348 L'acquisition peut avoir lieu à raison du mariage (1), de la naissance et de la résidence en France (2), par déclaration de nationalité (3) ou par décision de l'autorité publique (4).

1. L'acquisition à raison du mariage

349 « Le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité » (art. 21-1 C. civ.) : tel est le **principe de l'indépendance des**

1. L'enfant né de parents inconnus est réputé n'avoir jamais été français si, au cours de sa minorité, sa filiation est établie à l'égard d'un étranger et s'il a, conformément à la loi nationale de son auteur, la nationalité de celui-ci (art. 19 al. 2 C. civ.). Il en va de même, depuis la loi du 16 mars 1998, de l'enfant qui acquiert pendant sa minorité la nationalité de l'un de ses parents (art. 19-1 *in fine*). Après la majorité, il est de principe que la filiation de l'enfant n'a plus aucun effet sur la nationalité de celui-ci (art. 20-1 C. civ.).

2. Il est fait exception à ce cas d'attribution de la nationalité française en présence d'enfants d'agents diplomatiques et de consuls de carrière (art. 20-5 C. civ.), car la naissance en France est liée à l'exercice des fonctions des parents, non à l'intégration de la famille dans le pays. Ces enfants ont toutefois la possibilité d'acquérir volontairement la qualité de Français conformément aux dispositions des articles 21-11 et suivants (cf. *infra*, n° 352).

nationalités, affirmé pour la première fois par la loi du 10 août 1927. Le principe, qui se justifie historiquement par le souci d'éviter aux Françaises épousant des étrangers de perdre leur nationalité, trouve aujourd'hui un nouveau fondement dans la nécessité de décourager les mariages frauduleux ou « blancs ».

En général, cependant, le fait d'épouser un ressortissant français constitue un événement susceptible de conduire à terme à l'intégration dans la société française. C'est pourquoi l'article 21-2 du Code civil prévoit que l'étranger ou l'apatride qui contracte mariage avec un conjoint de nationalité française peut acquérir la nationalité française par **déclaration**[1]. La déclaration produit effet, même si le mariage a été déclaré nul par une décision émanant d'une juridiction française ou d'une juridiction étrangère dont l'autorité est reconnue en France, au profit du conjoint qui l'a contracté de bonne foi (art. 21-5 C. civ.).

L'efficacité de la déclaration est alors subordonnée à une **double condition**, destinée à décourager les mariages de complaisance : une condition de durée, à savoir l'expiration d'un délai d'un an à compter du mariage[2] ; une condition permettant de présumer l'intégration du conjoint étranger, à savoir la subsistance de la communauté de vie entre époux et la conservation par l'époux français de sa nationalité. Le délai d'un an est supprimé lorsque naît, avant ou après le mariage, un enfant dont la filiation est établie à l'égard des deux conjoints, si les conditions relatives à la communauté de vie et à la nationalité du conjoint français sont satisfaites. En revanche, la cessation de la communauté de vie dans les douze mois qui suivent l'enregistrement constitue une présomption de fraude qui autorise la contestation de la déclaration par le Ministère public pendant deux ans (art. 26-4, al. 2 C. civ.). Cette acquisition de la nationalité française peut également être bloquée si le Gouvernement s'y oppose par décret en Conseil d'État pour indignité ou défaut d'assimilation (art. 21-4 C. civ.)[3]. L'intéressé est alors réputé n'avoir jamais acquis la nationalité française. Toutefois, afin de protéger les tiers, la validité des actes passés entre la déclaration et le décret d'opposition ne peut être

1. La déclaration est faite dans les conditions prévues par les articles 26 et suivants. Par dérogation aux dispositions de l'article 26-1, elle est enregistrée par le ministre chargé des naturalisations.

2. Le délai était de deux ans avant la loi du 16 mars 1998.

3. L'opposition doit intervenir dans le délai d'un an qui suit la date de récepissé de la déclaration.

contestée pour le motif que l'auteur n'a pu acquérir la nationalité française.

2. L'acquisition à raison de la naissance et de la résidence en France

350 L'acquisition de la nationalité française à raison de la naissance et de la résidence en France concerne l'étranger né en France de deux parents étrangers dont aucun n'y est né. C'est le cas d'acquisition le plus controversé en son principe et en ses modalités. Introduit par la loi du 26 juin 1889, il connut plusieurs formes et a de nouveau été modifié par la loi du 16 mars 1998. A l'heure actuelle, donc, l'acquisition à raison de la naissance et de la résidence en France prend deux formes : l'une se produit automatiquement à la majorité (a), l'autre se produit de façon anticipée lorsqu'une manifestation de volonté a lieu en ce sens (b).

a. L'acquisition automatique à la majorité

351 En son état actuel, l'article 21-7, al. 1er du Code civil énonce que « tout enfant né en France de parents étrangers acquiert la nationalité à sa majorité si, à cette date, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans ».

Ce texte n'exige plus, comme la loi antérieure, que l'étranger manifeste une volonté particulière de devenir français. En ce sens, il entend « revenir à cette tradition qui (...) fait que l'on devient français non parce que l'on accomplit une démarche un jour, mais parce que l'on fait la preuve tous les jours, par sa langue, par sa culture, par ses amitiés et ses affinités, bref, par son choix de vie, de sa volonté d'être français »[1]. Toutefois, pour éviter que l'automaticité de l'acquisition ne joue contre l'étranger qui ne souhaiterait pas devenir français, l'article 21-8 du Code lui permet de décliner la qualité de Français dans les six mois qui précèdent sa majorité ou dans les douze mois qui suivent[2]. Dans ce dernier cas, il est réputé n'avoir jamais été français. En outre, l'acquisition de la nationalité ne peut avoir lieu si l'intéressé a, durant sa majorité, commis des actes ayant fait l'objet de

---

1. Déclaration du Garde des Sceaux, *J.O. Sénat*, 17 déc. 1997, p. 5389.

2. Selon l'article 21-9, l'intéressé perd cependant la faculté de décliner la nationalité française s'il contracte un engagement dans les armées françaises. En outre, tout mineur né en France de parents étrangers qui est régulièrement incorporé en qualité d'engagé, acquiert la nationalité française à la date de son incorporation.

condamnations pénales importantes ou de mesures d'éloignement du territoire[1].

Malgré ce tempérament, le droit actuel démontre une faveur renouvelée à l'acquisition automatique de la nationalité à la majorité. Cette faveur explique également la possibilité d'anticiper l'acquisition avant l'âge de dix-huit ans.

b. L'acquisition anticipée

352 Le mécanisme d'acquisition anticipée prend à son tour **deux formes**, selon l'âge auquel se produit l'acquisition. Ainsi, en vertu de l'article 21-11 du Code civil, « l'enfant mineur né en France de parents étrangers peut à partir de l'âge de seize ans réclamer la nationalité française par déclaration (...) si, au moment de sa déclaration, il a en France sa résidence et s'il a eu sa résidence habituelle en France pendant une période continue ou discontinue d'au moins cinq ans, depuis l'âge de onze ans ». Autrement dit, le mineur peut exercer personnellement le droit de devenir français dès l'âge de seize ans, s'il respecte les conditions qui régissent l'acquisition automatique de la nationalité à la majorité.

Mais l'article 21-11 ne s'arrête pas là. Soucieux de permettre une intégration plus précoce encore de l'enfant dans la nation française, il permet dans les mêmes conditions de réclamer la nationalité française au nom de l'enfant, à partir de l'âge de treize ans et avec son consentement personnel, la condition de résidence habituelle en France devant alors être remplie à partir de l'âge de huit ans.

3. L'acquisition par déclaration de nationalité

La notion d'acquisition « par déclaration de nationalité », que le
353 Code civil applique aux cas envisagés par les articles 21-12 à 21-14, est quelque peu trompeuse. En témoigne le fait que l'acquisition de la nationalité par mariage passe aussi par une « déclaration »... mais n'est pas envisagée par ces articles. Quant aux cas qui vont être envisagés, ils présentent un caractère hétérogène. L'acquisition par déclaration de nationalité concerne deux cas bien distincts : d'une part, celui de l'enfant ayant fait l'objet d'une **adoption simple par un Français**, qui peut, jusqu'à sa majorité, déclarer qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'il réside en

1. Cf. l'énumération de l'art. 21-27 C. civ. qui, depuis la loi du 16 mars 1998, ne s'applique pas à l'enfant mineur susceptible d'acquérir la nationalité française à raison de la naissance et de la résidence en France.

France à l'époque de sa déclaration[1]; d'autre part, celui de la personne qui a joui, d'une façon constante, de la **possession d'état de Français** pendant les dix années précédant sa déclaration (cas de la personne qui se croyait Français et qui découvre finalement qu'il ne l'était pas). L'article 21-14 vise enfin un cas de déclaration à la suite de la perte de la nationalité, qui sera envisagé plus loin[2].

4. L'acquisition par décision de l'autorité publique

L'acquisition de la nationalité française par décision de l'autorité
354 publique, plus couramment appelée « **naturalisation** », a lieu par décret à la demande de l'étranger majeur. Elle est subordonnée à la résidence en France au moment de la signature du décret de naturalisation, ainsi qu'à une condition de « stage », c'est-à-dire de résidence habituelle en France pendant les cinq années qui précèdent le dépôt de la demande. Le demandeur doit en outre justifier de son assimilation à la communauté française, notamment par une connaissance suffisante, selon sa condition, de la langue française (art. 21-24). Il doit enfin être « de bonnes vie et mœurs » (art. 21-23) et ne pas avoir fait l'objet de l'une des condamnations prévues par l'article 21-27.

En considération de circonstances particulières, l'étranger peut toutefois bénéficier d'une réduction de stage à deux ans, s'il a accompli avec succès deux années d'études supérieures dans un établissement français, ou s'il a rendu ou peut rendre des services importants à la France (art. 21-18). Mieux encore, certains étrangers peuvent être naturalisés sans condition de stage ou d'âge. Les cas visés par les articles 21-19 à 21-21 concernent notamment l'enfant et le conjoint d'une personne qui acquiert la nationalité française, la personne ayant rendu des services exceptionnels à la France, les ressortissants des anciennes colonies françaises et des anciens territoires sous contrôle français, ainsi que les ressortissants de pays francophones dont le français est la langue maternelle ou qui ont été scolarisés pendant

1. L'obligation de résidence a été supprimée par la loi du 16 mars 1998 lorque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité française n'ayant pas sa résidence habituelle en France. Par ailleurs, le Code assimile à l'adopté simple l'enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou confié au service de l'aide sociale à l'enfance, ainsi que l'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins, une formation française.

2. Cf. *infra*, n° 359.

cinq ans au moins dans un établissement enseignant la langue française.

B Les effets de l'acquisition de la nationalité française

355 L'acquisition de la nationalité française produit tout d'abord un **effet individuel** : selon l'article 22 du Code civil, « la personne qui a acquis la nationalité française jouit de tous les droits et est tenue de toutes les obligations attachés à la qualité de Français, à dater du jour de cette acquisition ». L'acquisition de la nationalité n'a donc pas d'effet rétroactif.

Elle a également un **effet collectif**. Ainsi, « l'enfant mineur, légitime, naturel ou ayant fait l'objet d'une adoption plénière, dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il réside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou divorce ». Lorsque le parent acquiert la nationalité française par naturalisation ou déclaration de nationalité, l'effet collectif ne se produit que si le nom de l'enfant est mentionné dans la demande de naturalisation ou la déclaration. Par dérogation à ces principes, l'effet collectif ne s'applique pas à l'enfant marié (art. 22-2). En outre, l'enfant qui n'est pas né en France dispose d'une faculté de répudiation de la nationalité qui lui est attribuée en vertu de l'effet collectif.

§ 3 LA PERTE DE LA NATIONALITÉ FRANÇAISE

356 La perte de la nationalité française est soumise à un régime dont le contenu varie en fonction de la cause de la perte. On explique ainsi que le Code civil distingue entre la perte par déclaration (A), la perte par décret (B) et la perte par jugement (C). Dans certains cas, cependant, on verra que la perte peut être provisoire. Il y a alors lieu à réintégration dans la nationalité française (D).

A La perte par déclaration

357 La perte par déclaration peut survenir, soit en raison de l'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère, soit en raison du mariage avec un étranger ou un étranger.

L'acquisition volontaire d'une nationalité étrangère ne débouche pas automatiquement sur la perte de la nationalité française. Ce principe protège le Français contraint de se faire naturaliser à l'étranger pour y conserver un emploi ou une fonction, mais désireux de demeurer citoyen français. Aussi l'article 23 du Code civil énonce-t-il que le majeur résidant habituellement à l'étranger, qui acquiert volontairement une nationalité étrangère, ne perd la nationalité française que s'il le déclare expressément, dans les conditions communes aux déclarations de nationalité[1]. Cette déclaration peut être souscrite à partir du dépôt de la demande de la nationalité étrangère et, au plus tard, dans le délai d'un à compter de la date de cette acquisition. Elle prend effet, en tout état de cause, à la date de l'acquisition de la nationalité étrangère.

Le mariage avec un étranger peut également justifier une déclaration en vue de perdre la nationalité française (article 23-5). Il faut alors que le conjoint français ait acquis la nationalité étrangère de son conjoint et que la résidence habituelle du ménage ait été fixée à l'étranger. La répudiation de la nationalité française prendra effet, dans ce cas, à la date de la déclaration.

B La perte par décret

358 La perte par décret se produit dans les cas où un contrôle plus rigoureux par l'État français s'impose.

La perte par décret peut tout d'abord intervenir **à la demande** de l'intéressé. Selon l'article 23-4 du Code civil, tout Français, même mineur, ayant une nationalité étrangère, peut ainsi être autorisé à perdre la qualité de Français. Il doit simplement en faire la demande, laquelle sera soumise au régime des demandes de naturalisation. Si la perte de la nationalité française est décrétée, elle produit effet à la date du décret.

La perte peut également résulter d'un **comportement** particulier de l'intéressé. La perte se présente alors, tantôt comme le constat d'une réalité, tantôt comme une véritable sanction. Tandis que le pragmatisme justifie ainsi la possible perte de la nationalité française par le binational « qui se comporte en fait comme le national d'un pays étranger » (article 23-7)[2], c'est une

1. Il faut aussi que l'intéressé, s'il a moins de trente-cinq ans, ait accompli ses obligations militaires (art. 23-2 C. civ.).
2. Le décret est pris après avis conforme du Conseil d'État, et est subordonné à la possession par l'intéressé d'une nationalité étrangère.

approche punitive qui explique la perte de la nationalité française par « le Français qui, occupant un emploi dans une armée ou un service public étranger ou dans une organisation internationale dont la France ne fait pas partie ou plus généralement leur apportant son concours, n'a pas résigné son emploi ou cessé son concours nonobstant l'injonction qui lui en aura été faite par le Gouvernement » (article 23-8)[1].

La déchéance de la nationalité française est également une mesure punitive, mais qui, contrairement à la précédente, ne frappe pas tous les Français. La déchéance ne concerne ainsi que les Français par acquisition — sauf, depuis la loi du 16 mars 1998, si la déchéance a pour résultat l'apatridie —. À leur égard, elle constitue une sanction du comportement indigne dont ils ont fait preuve, soit en commettant une infraction pénale d'une gravité particulière[2], soit en s'étant soustrait aux obligations militaires, soit en s'étant livré au profit d'un État étranger à des actes incompatibles avec la qualité de Français et préjudiciables aux intérêts de la France (article 25). La déchéance de la nationalité française est cependant encadrée. Elle ne peut intervenir que par décret après avis conforme du Conseil d'État, pris dans les dix ans suivant les faits incriminés. La perte produit ses effets à la date du décret.

C La perte par jugement

359 La perte de la nationalité française par jugement sanctionne la perte des attaches avec la France d'un Français d'origine par filiation, sans toutefois que cette personne agisse volontairement pour perdre la nationalité française. Pour que le jugement puisse « constater » cette perte, selon les termes de l'article 23-6 du Code civil, l'intéressé doit ne pas avoir la possession d'état de Français et n'avoir jamais eu sa résidence habituelle en France. En outre, les ascendants dont il tient la nationalité française doivent eux-mêmes n'avoir ni possession d'état de Français, ni résidence en France depuis un demi-siècle. Le nombre des conditions exigées laisse présager un faible nombre de jugements... mais justifie aussi le pouvoir étendu des juges. Selon l'article 23-6, alinéa 2, en effet,

1. L'intéressé avoir perdu la nationalité par décret en Conseil d'État s'il n'obtempère pas dans le délai fixé par l'injonction gouvernementale. Si l'avis du Conseil d'État est défavorable, la mesure ne peut être prise que par décret en Conseil des ministres.
2. Crimes ou délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, actes de terrorisme, crimes ou délits commis par des personnes exerçant une fonction publique et constituant des atteintes à l'administration publique.

le jugement détermine la date à laquelle la nationalité française a été perdue, et peut même décider que cette nationalité avait été perdue par les auteurs de l'intéressé si bien que ce dernier n'a jamais été français. La rétroactivité de l'effet déclaratif est cependant tempérée, depuis la loi du 22 juillet 1993, par la possibilité pour celui qui a perdu la nationalité française par jugement de réclamer celle-ci par une déclaration souscrite dans les formes communes aux options de nationalité. L'article 21-14 du Code civil exige toutefois, pour qu'une telle déclaration soit efficace, que l'intéressé ait conservé ou acquis avec la France des liens manifestes d'ordre culturel, professionnel, économique, familial ou militaire.

D La réintégration dans la nationalité française

360 La réintégration dans la nationalité française a lieu **par décret**, à tout âge et sans condition de stage, pour toute personne qui établit avoir possédé la qualité de Français. Elle n'est alors qu'une forme particulière de naturalisation, à laquelle elle emprunte son régime (article 24-1).

La réintégration peut avoir lieu, plus aisément, par simple **déclaration**. Ce type de réintégration concerne les Français qui ont perdu leur nationalité à raison du mariage avec un étranger ou de l'acquisition par mesure individuelle d'une nationalité étrangère. Les candidats à la réintégration doivent cependant avoir conservé ou acquis avec la France des liens manifestes, notamment d'ordre culturel, professionnel, économique ou familial (article 24-2).

La réintégration par décret ou par déclaration produit effet à l'égard des enfants mineurs dans les mêmes conditions qu'une acquisition (article 24-3). Elle n'a pas d'effet rétroactif.

§ 4 LE CONTENTIEUX DE LA NATIONALITÉ

361 Les procès relatifs à la nationalité sont en principe de la **compétence** du Tribunal de grande instance. Il en résulte que la nationalité est, devant les autres juridictions, une question préjudicielle qui oblige le juge à surseoir à statuer. Seules échappent à cette discipline les juridictions répressives comportant un jury criminel, qui peuvent résoudre par elles-mêmes une question de nationalité (article 29 du Code civil).

La **charge de la preuve**, en matière de nationalité française, incombe à celui dont la nationalité est en cause. Tel est le principe énoncé par l'article 30 du Code civil, et justifié par l'idée que le principal intéressé est aussi celui qui est le mieux placé pour réunir les éléments de preuve. La charge de la preuve est toutefois renversée lorsqu'est contestée la qualité de Français d'un individu qui dispose d'un certificat de nationalité française délivré par le greffier en chef du tribunal d'instance dans les conditions précisées par les articles 31 et suivants du Code civil.

Enfin, les jugements et arrêts rendus en matière de nationalité française par le juge de droit commun ont un **effet** ***erga omnes***. Ils s'imposent, même à ceux qui n'y ont été ni parties, ni représentés. Tout intéressé est cependant recevable à les attaquer par la tierce opposition à la condition de mettre en cause le procureur de la République (article 29-5 du Code civil).

CHAPITRE 2
LA CONDITION DES ÉTRANGERS

362 La condition des étrangers englobe la police des étrangers, c'est-à-dire les règles relatives à l'entrée et au séjour, ainsi que l'ensemble des droits publics et privés dont jouissent les étrangers en France[1]. Il s'agit d'une matière techniquement complexe, requérant une maîtrise de textes réglementaires foisonnants et d'un grand nombre de conventions internationales. La matière est également très sensible, en raison de sa dépendance envers des considérations historiques, politiques et démographiques.

De fait, le statut des étrangers connut des formes innombrables au cours de **l'histoire**, qui montrent son lien étroit avec les conceptions de l'humanité en vigueur à une époque donnée : l'étranger n'avait pas la personnalité juridique dans la Rome primitive, il est reconnu comme un sujet de droit à part entière avec la Révolution française. La **situation démographique et économique** joue également un rôle décisif dans l'accueil réservé aux étrangers : si la France est, depuis le milieu du XIXe siècle, un pays de forte immigration, ce n'est pas seulement en sa qualité de terre des droits de l'homme, mais aussi en raison de l'influence néfaste des guerres sur sa natalité et de la nécessité de disposer d'une main-d'œuvre en période de croissance industrielle.

---

1. *La condition juridique de l'étranger hier et aujourd'hui*, Actes du colloque de Nimègue les 9-11 mai 1988, Nimègue, 1988 ; GISTI (Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés), *Le guide de l'entrée et du séjour des étrangers en France*, Éditions La Découverte, 1998 ; F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibl. de Droit Privé, t. 265, 1996 ; D. LOCHAK, *Étrangers, de quel droit ?*, Paris, 1985 ; D. LOCHAK, Condition des étrangers, *Jurisclasseur droit international*, fasc. 525-A.

Les **considérations politiques** sont étroitement liées aux précédentes : en matière d'entrée et de séjour, la réglementation dépend directement de la perception de l'immigration, comme chance ou comme fardeau. Et, parce que les perceptions sont changeantes voire irrationnelles, la matière est marquée par une forte instabilité législative dans les dernières années : loi Pasqua du 24 août 1993[1], loi Debré du 24 avril 1997[2], loi Chevènement du 11 mai 1998[3], ne sont que quelques textes récents édictés dans l'espoir de stabiliser un droit mouvant comme les dunes. Le texte de base demeure pourtant inchangé : il revient donc toujours à l'ordonnance du 2 novembre 1945 « relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France » de régir les conditions de l'entrée, de la résidence et de l'activité professionnelle de ceux-ci. Il énonce également les conditions de l'éloignement du territoire : reconduite à la frontière et expulsion.

363 L'influence des considérations extra-juridiques se vérifie également lorsqu'on examine les **droits conférés aux étrangers** : selon que les relations avec les pays étrangers sont fondées sur la confiance ou la méfiance, les droits de l'étranger seront absolus ou soumis à une condition de réciprocité — c'est-à-dire que l'étranger ne se verra reconnaître que les droits conférés dans son pays d'origine aux Français. L'évolution depuis 1804 illustre bien, d'ailleurs, l'évolution de la conception française : alors que **l'article 11 du Code civil** disposait — et dispose encore — que « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra », cette condition de réciprocité a été largement tempérée par la jurisprudence. Après avoir considéré que les étrangers jouissaient, sans condition de réciprocité, de tous les « droits naturels » (par opposition aux droits « civils »), elle admet aujourd'hui que « les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés »[4]. Le législateur

---

1. N. Guimezanes, « L'arrêt de l'immigration en France ? Commentaire de la loi du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration », *JCP* 1994. I. 3728 et 3774 bis.

2. Du même auteur, « Commentaire d'une loi dont la mort est annoncée. La loi Debré n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration », *JCP* 1997. I. 4040.

3. Du même auteur, « Aperçu rapide sur la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile », *JCP* du 10 juin 1998, n° ° 24.

4. Cass. civ., 27 juill. 1948, *Lefait*, *Grands arrêts*, n° 20.

a également supprimé progressivement, au cours du XXe siècle, les nombreuses restrictions qui entravaient l'exercice du droit des étrangers au mariage, au domicile, à l'action en justice. Pour autant, certains droits demeurent fermés aux étrangers. On citera notamment les droits civiques (sous réserve du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales conféré aux citoyens de l'Union européenne) ou le droit d'accéder à certaines professions. De nombreuses prestations sociales sont également subordonnées à la résidence en France du bénéficiaire.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages cités du seul nom du ou des auteurs

B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 3e éd., 1998, également cité *Grands arrêts*. Chaque arrêt est précédé de la liste des commentaires publiés à son sujet. Il y est renvoyé implicitement dans nos propres notes de bas de page.

B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2e éd., 1997

H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 8e éd., t. I, 1993

H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 2e éd., 1996

D. HOLLEAUX, J. FOYER ET G. DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987

Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 5e éd., 1996

P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 6e éd., 1998

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

B

C

D

E

F

P

Q

R

S

T

U

TABLE DES MATIÈRES

703466 (I) OSB-N 80° CMB

Photocomposition et mise en pages – *CMB* Graphic - 44800 ST-HERBLAIN

Achevé d'imprimer par Corlet, Imprimeur, S.A. - 14110 Condé-sur-Noireau (France)
N° d'Imprimeur : 36069 - Dépôt légal : janvier 1999 - *Imprimé en U.E.*

Daniel Gutmann, agrégé des facultés de droit, est professeur à l'Université de Picardie-Jules Verne. Il enseigne également le droit allemand à l'Institut de droit comparé de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Le droit international privé gagne chaque jour en importance avec la circulation accélérée des personnes, des biens et des services. Aussi l'étude des règles applicables aux relations privées internationales est-elle indispensable au juriste contemporain.

La matière est le fruit de l'histoire et des rencontres entre cultures juridiques, le produit des controverses doctrinales et des « grands arrêts » rendus par les juges. Le droit international privé est aussi une matière technique et abstraite. Mais, pour celui qui s'adonne à son étude, l'effort est plus que récompensé par la maîtrise d'une discipline aussi satisfaisante pour l'esprit que nécessaire pour la pratique.

Le présent ouvrage entend, autant que possible, faciliter l'accès au droit international privé en exposant de façon simple et synthétique ses fondements et ses solutions. On y trouvera dans une première partie les éléments essentiels de la théorie générale des conflits de lois et la description des principales règles de conflits spéciales. La seconde partie est consacrée aux conflits de juridictions. La dernière aborde les bases du droit de la nationalité et de la condition des étrangers.

Ainsi conçu, ce Cours couvre le programme de deux semestres ordinairement proposés aux étudiants de licence et de maîtrise. Ceux-ci y trouveront un index détaillé leur permettant notamment d'accéder sans difficulté au contenu des principaux arrêts dont la connaissance est requise. L'ouvrage s'adresse aussi, bien entendu, aux étudiants plus avancés et aux praticiens désireux de remettre à jour rapidement leurs connaissances.

Visitez notre site internet : http://www.dalloz.fr

9 782247 034666

ISBN 2 247034667

120 F