

**REGARDS CRITIQUES SUR L'ÉROSION
DU PARADIGME CONFLICTUEL**

por BERTRAND ANCEL

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Profesor de la Universidad Panthéon-Assas (Paris II)

SUMARIO

SECTION 1: L'EXIGENCE D'UN LIEN SUFFISANT AVEC L'ORDRE JURIDIQUE

§ 1: **Le lien suffisant et l'établissement de la filiation**

§ 2: **Le lien suffisant et le lien conjugal**

SECTION 2: LA PRISE EN CONSIDÉRATION D'UNE LOI NON DÉSIGNÉE

§ 1: **La prise en considération-substitution**

§ 2: **La prise en considération-confirimation**

§ 3: **La prise en considération-addition**

1. Si un bon titre parle de lui-même et n'a donc pas besoin d'explication, alors il faut concéder que celui qui coiffe ce cours est plutôt mauvais. Il demande pour le moins un petit commentaire.

2. Il convient de rappeler aussitôt que, selon T.S. Kuhn¹ ou du moins selon ce que les juristes retiennent de son interprétation des révolutions scientifiques, un paradigme est l'ensemble des idées et des attitudes généralement considérées par la communauté scientifique à une époque donnée comme le fondement théorique de son travail de recherche. Il existerait donc une telle panoplie de conceptions et de démarches conditionnant la précompréhension des problèmes du conflit de lois et guidant le juriste vers leur résolution. Cette panoplie se serait constitué autour de la règle de conflit de lois.

La règle de conflit de lois désigne pour un certain type de situation ou une catégorie de situations présentant un caractère international, l'ordre juridique qui fournira la solution matérielle déterminant les droits et obligations des sujets de ces situations. Elle correspond à un certain type de raisonnement qui serait la base et la voie de toute recherche de solutions aux problèmes de conflits de lois. Le conflit de lois mettant aux prises plusieurs ordres juridiques, le raisonnement conflictuel permettrait de l'appréhender et de le traiter, même si parfois la désignation à laquelle il aboutit est écartée en raison de quelque élément exceptionnel.

Le raisonnement conflictuel serait ainsi, avec les principales solutions qu'il atteint, le paradigme qui aurait recueilli la confiance des internationalprivatistes. De quoi fait preuve d'ailleurs la floraison de cours tout à fait remarquables donnés dans les années 30 à l'Académie de droit international de La Haye, par Leo Raape², par

¹ T.S. KHUN, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. L. Meyer, Flammarion, Coll. *Champs*, Paris 1983.

² L. RAAPE, Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explicationpratisue d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé, *Rec. cours La Haye*, 1934-IV, t. 50.

Roberto Ago³, par Jacques Maury⁴ ou par Hans Lewald⁵, qui exposent la théorie générale des conflits de lois sans vraiment s'occuper d'autre chose que des règles de conflit de lois.

3. La notion de paradigme a été dégagée pour expliquer les «révolutions scientifiques», lesquelles se produiraient lorsque le bloc des idées admises, des lieux communs, serait attaqué par tant d'exceptions et de dérogations qu'il ne pourrait plus servir de référence générale dans l'exposition des diverses parties de la discipline; la multiplication des anomalies décelées dans la réalité ruinerait l'autorité du paradigme. Cette notion de paradigme est aussi utilisée par les juristes pour analyser les transformations, les bouleversements qui agitent le droit international privé.

Le paradigme conflictuel aurait désormais perdu la confiance de la communauté des internationalprivatistes. C'est ce que l'expression naguère en vogue de *révolution américaine des conflits de lois*⁶ voulait exprimer en réunissant les *Carvers*, les *Currie* et les autres.

De fait, même qui craint de franchir l'océan peut aussi constater que les règles de conflit de lois dans la Vieille Europe se sont modifiées, altérées en une multitude de figures qui parfois s'éloignent sensiblement du schéma originel, et aussi que ces règles de conflit ont perdu le monopole qu'on leur supposait sur la réglementation des relations privées internationales⁷. Cette hétérogénéisation de l'appareil normatif de la discipline oblige à revenir brièvement vers le paradigme perdu. Il faut en effet savoir de quoi on s'éloigne.

4. Le paradigme conflictuel s'élève sur l'idée que pour aborder les problèmes que la pluralité des ordres juridiques pose au développement des intérêts privés, il y a lieu de concilier deux données fondamentales. La première est l'*antériorité de l'ordre juridique interne*: l'ordre juridique international que pourrait constituer l'ensemble des relations privées internationales n'est aujourd'hui encore qu'une simple potentialité dénuée de règles et organes qui soient opératoires, de sorte qu'il est suppléé par les ordres juridiques étatiques. Ceux-ci ont l'avantage d'exister et d'être assez performants. De plus, chacun d'entre eux ne peut se désintéresser des relations qui se développent pour partie chez lui, pour partie chez les autres; son in-

³ R. AGO, Règles générales des conflits de lois, *Rec. cours La Haye*, 1936-IV, t. 58, p. 243 et s., ou *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934.

⁴ J. MAURY, Règles générales des conflits de lois, *Rec. cours La Haye*, 1936-III, t. 57, p. 325.

⁵ H. LEWALD, Règles générales des conflits de lois - Contribution à la technique du droit international privé, *Rec. cours La Haye*, 1939-III, t. 69, p. 1; v. aussi, du même auteur, dans une optique voisine de celle du cours précité de RAAPE, Questions de droit international des successions, *Rec. cours La Haye*, 1925, t. 9, p. 5 et s.

⁶ V. par exemple, B. AUDIT, Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois), *Rec. cours La Haye*, 1984, t. 186, p. 221 et s., spéc. p. 241 et s.

⁷ V. notamment Ph. FRANCESEKAKIS, *La théorie du Renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris 1958; H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, *Rec. cours La Haye*, 1973, t. 139, p. 75; et récemment J. D. GONZALEZ CAMPOS, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, *Rec. cours La Haye*, t. 287, 2002.

action laisserait un espace à l'anarchie que précisément il a mission de combattre. La seconde donnée est la *légitimité du commerce juridique privé international*; animal social, l'être humain est aussi doué de mobilité sociale et jouit ainsi de la faculté de nouer des contacts avec ses semblables même ressortissant à d'autres groupes sociaux, à d'autres ordres juridique nationaux que celui auquel lui-même appartient. Sauf cas extrême où elles le mettraient en péril, l'ordre juridique n'a pas de motif de s'opposer à ces relations et de priver l'individu de la liberté fondamentale de se réaliser chez autrui comme chez lui.

La première donnée milite en faveur de l'application de la loi étatique au rapport privé international. La seconde donnée demande d'établir un régime qui ne pénalise pas ce rapport privé international. La combinaison de ces deux exigences exclut les démarches trop sommaires, notamment celle qui conduirait à l'application cumulative des lois de différents ordres juridiques concernés et qui élèverait ainsi, par addition des conditions, le seuil de la validité à un niveau excessif et arbitraire, sans pouvoir assurer pourtant des effets cohérents, et aussi celle de l'application exclusive par chaque ordre juridique de sa propre loi qui, en méprisant les autres lois, exposerait le rapport international à n'avoir qu'une efficacité géographiquement restreinte ou, éventuellement, si des autorités différentes sont appelées à en connaître successivement, à être soumis à autant de régimes distincts et incoordonnés. L'équilibre entre les deux exigences à concilier est assuré par le choix pour chaque question de droit d'une loi étatique et d'une seule, celle de l'ordre juridique qui présente les liens les plus significatifs avec cette question. Le *choix d'une loi* prévient les méfaits de l'application cumulative; le critère des *liens les plus significatifs* qui désigne l'ordre juridique le plus directement affecté par la question de droit prémunit contre les inconvénient d'un lexforisme systématique. Chargée de déclarer applicable la loi de l'ordre juridique qui, eu égard à la nature de la question de droit, serait le plus gravement perturbé si celle-ci n'était pas résolue, la règle de conflit de lois est le produit initial du paradigme.

5. Ainsi conçue, la règle de conflit présente des caractères bien connus. S'en remettant à la loi d'un Etat, elle ne règle pas elle-même au fond la question de droit; elle est indirecte. Ayant à choisir, elle considère que l'ensemble des lois étatiques est en quelque sorte mis à sa disposition pour constituer une espèce de *pool* normatif, une *communauté de droit* — pour parler comme Savigny — et qu'à l'égard de chacune de ces lois un même critère peut opérer; la règle de conflit est bilatérale. Enfin, le critère retenu ne se rapportant pas à la qualité des solutions substantielles retenues par ces lois, mais à la localisation des effets que le rapport est susceptible de produire au sein de la vie sociale, la règle de conflit est dans cette mesure empreinte de neutralité matérielle. Mais la règle de conflit échappera à ce schéma et ses caractères se modifieront si l'équilibre entre l'antériorité de l'ordre interne et la légitimité du commerce juridique international se déplace.

6. Il en est ainsi lorsque l'ordre du for entend promouvoir une certaine politique législative valorisant une solution matérielle déterminée. La neutralité est alors démentie. La règle de conflit prend un *caractère matériel*; elle admet, par exemple, que plusieurs ordres juridiques entretiennent avec le rapport à régler des

liens significatifs, mais, plutôt que d'après l'intensité de ceux-ci, elle départage leurs lois en fonction de leur capacité respective de procurer le résultat matériel qu'elle juge désirable. De la sorte, l'ordre du for fait triompher sur le plan international ses propres options de droit matériel et disqualifie les ordres juridiques qui ne la partagent pas. L'affirmation de la priorité de l'ordre interne peut être encore plus brutale et s'écarter délibérément du paradigme conflictuel en négligeant la légitimité du commerce juridique international pour imposer d'emblée, au nom des intérêts collectifs, l'application unilatérale de certaines dispositions; le procédé des *lois de police* supplante ici le procédé des règles de conflit.

Le fléau de la balance incline en sens contraire, au détriment de l'antériorité de l'ordre juridique étatique avec, par exemple, des solutions comme celle dite de la *loi d'autonomie* reçue en matière contractuelle. Dans ce cas, le recours à une loi étatique devient incertain. La solution laisse en effet à la volonté des parties le soin de déterminer la loi applicable; ce faisant, elle s'écarte de la directive des liens les plus significatifs pour offrir aux intéressés la loi, ou même le bouquet de lois, dont la teneur répond le mieux à leur dessein. Ainsi les parties à un contrat international se déroberont à leur gré aux normes simplement impératives (non de police) édictées par l'ordre juridique objectivement désigné sur la base des liens les plus significatifs et elles composeront le règlement matériel de leur acte selon leur convention, jouissant d'une liberté que le droit interne ne concède pas aussi généreusement aux contractants; pareil libéralisme, qui peut encore se couler formellement dans une règle de conflit de lois⁸, n'en est pas moins très engagé en faveur de la promotion du commerce juridique international et, à tout prendre, assez peu respectueux de l'autorité des lois étatiques. Un pas de plus peut encore être franchi avec les règles matérielles du commerce international qui, n'appartenant à aucun ordre juridique étatique, formeraient une *lex mercatoria*.

7. Ce n'est ni le lieu ni le moment de reprendre un débat sur la nature et la positivité de ces procédés qui paraissent déborder le paradigme. Il suffit, pour protéger l'autorité de celui-ci de relever qu'ainsi présentées les lois de police et *lex mercatoria* ne consomment pas une véritable rupture méthodologique puisqu'aussi bien elles ne sont qu'un développement par les ailes et assez symétrique de la construction centrale et qu'on pourrait par degrés presque insensibles passer du cœur aux extrêmes. De fait, les doctrines aujourd'hui les plus classiques s'accommodent de cette architecture.

Mais la fracture n'est pas pour cela conjurée. Il est difficile de ne pas voir que cette architecture est défiée par diverses solutions adoptées ici et là dans la législation ou dans le droit conventionnel et qui ne semblent rapportables ni à la méthode conflictuelle, ni aux procédés concurrents. Ainsi, à propos d'une institution aussi traditionnelle que le mariage, une convention de La Haye établit un système de reconnaissance sur la base d'une disposition prévoyant que «le mariage qui a été valablement conclu selon le droit de l'Etat de célébration ou qui devient ultérieurement valable selon ce droit, est considéré comme tel dans tout Etat contrac-

⁸ V. article 3, Convention de Rome du 19 juin 1980.

tant...»⁹, ce qui revient à dire qu'il suffit aux intéressés de découvrir un ordre juridique compréhensif pour assurer la validité internationale de leur union; nul besoin de s'alarmer des lois de l'Etat de leur nationalité ou de l'Etat de leur domicile ou résidence habituelle. Le conflit de lois est sinon escamoté du moins, soigneusement refoulé avec l'espérance qu'il ne refera pas surface et cette «méthode» paraît aujourd'hui appelée à une certaine popularité avec les nouvelles conjugalités. Il ne serait donc pas abusif de parler d'érosion ou de subversion du paradigme conflictuel.

8. En tout cas, pareil phénomène mérite certainement une analyse critique. Pareil programme réfère à l'idée de *crise*. Cette idée de crise doit être précisée, surtout parce que de manière récurrente, elle connaît, dans une acception qui n'est pas celle de ce cours, des moments de gloire auprès des internationalprivatistes. Il faut tout de suite se défaire de cette acception car il serait trop normal qu'elle reprenne vigueur en 2005. P. Neuhaus¹⁰, puis M. Kronstein¹¹ en 1948 avaient déjà diagnostiqué la *crise du conflit de lois*, Bernard Audit¹² en reparlera en 1984, mais c'est sans doute entre ces deux dates qu'elle a gagné sa plus forte notoriété avec G. Kegel qui en avait fait le thème de son cours à l'Académie de droit international de La Haye en 1964¹³. On s'attend donc à ce que, à intervalles d'environ deux décennies, l'idée de crise refasse surface.

Mais cette crise-là est en réalité *une constante* de la discipline; il suffit de relire les premières lignes que d'Argentré¹⁴ en 1580 écrivait sur la question du conflit de lois pour constater qu'à son époque, il n'y avait que doute et incertitude sur les solutions comme sur les objectifs et les valeurs et que ce n'est que de ses propres travaux que l'on pouvait espérer la lumière... et le propos de d'Argentré sera bien souvent repris, avec un peu moins de hauteur toutefois, par les Hollandais à la fin du dix septième siècle, par Prévot de la Jannès¹⁵ au dix huitième siècle et par bien d'autres auteurs plus ou moins connus depuis etc. C'est devenu une espèce de tradition essentielle de la doctrine du droit international privé, un *élément paradigmatique* de la discipline, oserait-on dire si, du moins deux parmi les plus solides promoteurs du conflictualisme, Savigny au dix-neuvième siècle et plus tard Batiffol, ne faisaient exception en relevant la continuité de la matière. La crise est peut-être académique. Il n'est pas à exclure que les auteurs aient besoin d'un peu de drame pour stimuler leurs analyses et réflexions. Quoi qu'il en soit, l'objet de ce cours ne se réduit pas à l'examen de cette crise du conflit de lois.

⁹ Art. 9, convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. Sur cette convention v. H. BATIFFOL, La treizième session de la Conférence de la Haye de droit international privé, *Rev. crit. DIP*, 1977. 451, spéc. p. 467 et s.

¹⁰ P.H. NEUHAUS, Die Krise im internationalen Privatrecht, *Deutsche Rechtszeitschrift*, 1948. 86.

¹¹ M. KRONSTEIN, Crisis of Conflict of Laws, *Georgetown L. Rev.*, 1948. 483.

¹² B. AUDIT, cours précité.

¹³ G. KEGEL, The crisis of Conflict of Laws, *Rec. cours La Haye*, 1964-II, t. 112, p. 91.

¹⁴ Bertrandi ARGENTRAEI *Commentarii in patriae Britonum leges*, Tit. De donationibus, art. 218, glose 6 (éd. Paris 1605), n. 1.

¹⁵ M. PRÉVÔT DE LA JANNÈS, *Principes de la jurisprudence française*, 3^e Discours, De la distinction des statuts réels et personnels, t. 1, Paris, 1759.

9. L'adjectif *critique*, qui renvoie effectivement au terme de crise, à la *krisis* des Grecs, ne se rapporte pas ici à toutes ces indéisions théoriques que les auteurs trancheraient comme autant de nœuds gordiens. La crise ici considérée n'est pas une crise du discours doctrinal; elle est un état, un phénomène de la réalité juridique, une composante naturelle et quotidienne de la vie juridique. Ce phénomène ou cet état demande une analyse sérieuse en ce qu'il renferme une situation litigieuse concrète où se combattent des individus dont les intérêts divergents s'affrontent, ce qui appelle une décision propre à apaiser les rapports entre les parties. Essentiellement, il s'agit des affaires très concrètes et très pratiques qui sont portées par les justiciables devant les tribunaux. Le regard critique sur le droit international privé est celui qui capte (entre autres) les questions de conflit de lois au travers des décisions de justice, ou des décisions administratives ou même de source privée comme les sentences arbitrales, en somme des décisions tranchant un différend. Pour mieux appréhender le sens donné ici à l'expression *analyse critique* ou *regard critique*, il suffit de se rappeler que le recueil des décisions judiciaires en Belgique est dénommé de manière aussi judicieuse qu'élégante *Pasicrisie* et qu'en France la publication qui défend l'idée que tout le droit international privé n'est pas enfermé dans la loi et moins encore dans la doctrine, s'appelle *Revue critique de droit international privé*, laquelle en effet privilégie délibérément les données jurisprudentielles et à travers celles-ci le traitement des *situations critiques* dans l'ordre du droit privé.

Cependant, il faut ajouter que cette option sémantique n'est pas exclusive d'un *examen critique* c'est à dire d'une analyse qui soit suffisamment objective et approfondie pour fonder un jugement de valeur. Certes, il ne s'agit pas de proposer une *critique de la raison conflictuelle* sur le modèle de Kant et de sa critique de la raison pure. Un tel projet mériterait plus de temps, plus d'efforts et sans doute plus de ressources. Un peu de modestie ou de mesure se contentera ici d'approcher quelques éléments de cette critique de la raison conflictuelle, de faire les premiers pas de ce chemin vers le jugement de valeur. Ainsi *l'analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel* sera une *propédeutique à la critique de la raison conflictuelle*.

10. Si la «crise du conflit de lois» n'est pas l'objet primordial de ces leçons, elle lui donnera pourtant sa matière. Le regard critique se portera sur certains aspects de la crise du conflit de lois ou, puisqu'on l'a ainsi annoncé, sur la subversion du paradigme conflictuel (on pourrait tenir les deux expressions pour équivalentes). Mais naturellement parce qu'il se réfléchit dans les données jurisprudentielles, ce regard ne couvrira pas l'ensemble du champ des relations d'intérêts privés internationales. A une époque où le mouvement de codification et de conventionnalisation de la discipline paraît s'intensifier, la contestation de la méthode conflictuelle s'inscrit dans les règles écrites plus que dans les procès. Il conviendra donc de se limiter à certains aspects de cette subversion et d'en mesurer l'ampleur autant que la positivité, ce qui justifie qu'on se contente des manifestations de notre crise *en jurisprudence*. Pour le dire sans plus exciter l'impatience par d'interminables prolégomènes, cette propédeutique s'intéressera à deux

manifestations de la *dévaluation de la désignation conflictuelle* il s'agit d'abord de l'*exigence d'un lien suffisant avec l'ordre juridique* et ensuite de la *prise en considération d'une loi non désignée*.

11. La première manifestation se rencontre lorsque la règle de conflit désigne la loi applicable et qu'à l'égard de certaines situations, cette désignation est jugée inadéquate et en conséquence écartée parce que les liens qui la justifient ne seraient pas en l'espèce vraiment significatifs et devraient céder en face de *liens suffisants* avec une autre loi. Avec la seconde manifestation, la désignation qui est opérée par la règle de conflit en faveur d'une loi ne paraît pas avoir une autorité suffisante pour écarter les autres lois, qu'il y aurait alors lieu de *prendre en considération* après qu'on leur a dénié tout titre d'application.

Dans l'une comme dans l'autre éventualité, la désignation conflictuelle est remise en cause, elle est contestée; cependant les conclusions qui se retirent de l'examen de ces deux types de contestation ne sont pas nécessairement convergentes.

SECTION 1: L'EXIGENCE D'UN LIEN SUFFISANT AVEC L'ORDRE JURIDIQUE

12. L'exigence d'un lien suffisant avec l'ordre juridique est tout à fait générale en droit international privé. Elle veut qu'une situation ne soit confiée à un ordre juridique déterminé que si elle entretient avec celui-ci des contacts assez sérieux pour admettre quelle s'insère principalement dans la vie sociale qu'il se charge d'administrer. Elle vient légitimer la désignation de la loi applicable comme elle vient d'ailleurs justifier aussi la compétence internationale des tribunaux. Elle paraît alors reposer sur le simple bon sens qui ne voit aucune raison, aucun intérêt à remettre la solution des problèmes que soulève un rapport de droit à un ordre juridique auquel celui-ci serait étranger. Dans la perspective savignienne d'un règlement de conflit fondé sur la *localisation du rapport de droit*, l'exigence d'un lien suffisant est apparemment vaine parce que *redondante*. Pourtant cette exigence est parvenue à acquérir une *autonomie* par rapport au principe de la localisation.

13. Cette autonomie se rencontre d'abord chez les auteurs allemands de la fin du dix-neuvième siècle et du début du vingtième. Il faut ici évoquer en première ligne Franz Kahn¹⁶, dans l'œuvre de qui l'exigence apparaît sous la forme du *lokale Anknüpfung*, du rattachement local. Ce rattachement local qui est un rattachement avec l'ordre juridique du for est utilisé comme levier d'une critique assez sévère que Kahn dirige contre les solutions que retenait la première EGBGB, loi d'introduction du Code civil allemand de 1896. A son jugement, ces solutions,

¹⁶ F. KAHN, Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze), *Jherings Jarhrbücher*, vol. 39, 1998, p. 1 et s., reproduit dans *Abhandlungen zum internationalen Privatrechts*, Munich-Leipzig, 1928, vol 1., p. 161- 254; v. aussi l'analyse de cette pensée par D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse Paris 1, 2002, p. 23, *ad notam* 55, et par N. JOUBERT, *La notion de lien suffisant avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse Paris 1, 2002, p. 2 et s.

pourtant difficiles à fixer, sont si faibles, si insuffisantes qu'elles n'empêcheront pas l'application de la *lex fori* précisément lorsque l'application de la loi étrangère qu'elles prétendent commander paraîtra malvenue en face d'un *lokale Anknüpfung*. Dans cette critique germe l'idée que l'insuffisance du rattachement consacré par le législateur dans sa règle de conflit relative à telle ou telle matière, ou à tel ou tel rapport de droit, appelle lorsqu'est désignée une loi étrangère un *correctif* qui assure la primauté du rattachement local avec le for. Ce correctif vient déroger à la règle de conflit bilatérale en ajoutant un *rattachement local complémentaire* qui, sur le mode unilatéral, détermine l'application de la loi du for dans une série de cas où le rapport de droit est suffisamment inséré dans la vie sociale du for pour ne pas le laisser à une loi étrangère malgré le fait que celle-ci soit la loi désignée par le rattachement général. Pareille dérogation a été très tôt et très facilement confondue avec l'*exception d'ordre public*. Mais c'est alors une histoire un peu différente.

15. Sur cette histoire, en réalité plane, pour les uns, l'ombre ou rayonne, pour les autres, l'éclat de la pensée d'E. Zitelmann¹⁷. C'est cet auteur qui, à la même époque, a infusé l'idée de Kahn dans le § 30 EGBGB, c'est-à-dire dans la disposition prévoyant l'intervention de l'ordre public lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit s'avérait *contraire aux bonnes mœurs ou au but d'une loi allemande*. Sauf le cas où la règle de conflit bilatérale conduit à une loi étrangère radicalement inacceptable, le § 30 ne prescrirait le retour à la loi allemande que si la situation présente un lien suffisant avec le for.

L'hypothèse est donc celle où

- a) une loi étrangère doit en principe être préférée à la loi du for parce qu'elle est celle avec laquelle le rapport de droit à traiter entretient le rattachement correspondant à celui de la règle de conflit;
- b) ce rapport de droit, de manière peut-être moins marquée mais réelle, se relie à la vie sociale du for;
- c) alors que l'application de la loi étrangère en principe désignée conduirait à une solution contraire aux bonnes mœurs ou aux politiques législatives du for;

dans ce cas, le juge saisi ne peut pas mettre en danger, dans la vie sociale du for, les bonnes mœurs, ni les politiques législatives de l'ordre juridique qui l'a institué.

Voilà comment la *lokale Anknüpfung* s'est mis au service de l'ordre public et en a reçu une nouvelle appellation: *staatliche Beziehung*; la fusion des deux thèses ou plus exactement l'annexion de la première, celle de Kahn, par la seconde, celle de Zitelmann donnera naissance à d'autres dénominations: celle d'*Inlandsbeziehung* ou celle de *Binnenbeziehung*.

16. Sous l'un ou l'autre nom, peu importe, cette doctrine du lien suffisant avec le «territoire intérieur» a opéré aussi bien dans le champ des conflits de juridictions

¹⁷ E. ZITELMANN, *Interationales Privatrecht*, Leipzig 1897-1912, 1^{er} vol. liv. II, p. 317 et s.; v. encore D. BODEN, *eod loc.*

que dans celui du conflit de lois. Le second seul ici intéresse. Pour la compétence internationale, il suffit de quelques exemples; ainsi est-il permis de citer avec Mme Natalie Joubert un arrêt du BGH du 2 juillet 1991¹⁸ qui écarte la compétence du tribunal allemand fondée sur l'article 23 ZPO (*forum patrimonii*), au motif que la seule présence en territoire allemand d'un bien quelconque du défendeur, domicilié en Turquie, n'établit pas un *lien suffisant* entre l'ordre juridique allemand et le procès intenté par un demandeur chypriote: le bien allemand valait environ DM 150 000, la demande de dommages-intérêts culminait à \$ 3 M et se fondait sur des rapports d'affaires n'intéressant pas l'Allemagne, mais la Libye... Le for du patrimoine est un chef de compétence exorbitant, et par lui-même insuffisant: il faut y ajouter un lien suffisant. L'*Inlandsbeziehung* remplit ici une fonction de consolidation de la compétence, qui participe d'une conception proche de thèse de F. Kahn. La même observation vaut pour la pratique française de la compétence fondée sur le *déni de justice*¹⁹, qui veut que les tribunaux français soient internationalement compétents lorsqu'aucun tribunal étranger n'est accessible au demandeur²⁰; cette compétence française subsidiaire suppose toutefois qu'il y ait un lien suffisant entre le litige et l'ordre juridictionnel français. Ici aussi l'intervention de l'*Inlandsbeziehung* renferme une critique du rattachement et se présente plutôt comme une application de l'idée de Kahn. Mais on trouve aussi des illustrations de la thèse de Zitelmann, parmi lesquelles l'une concerne de manière très spectaculaire la reconnaissance en France des décisions étrangères. La Cour de cassation de France a en effet prononcé le 17 février 2004 cinq décisions relatives à la reconnaissance des jugements algériens ou marocains homologuant des répudiations effectuées unilatéralement, *islamico modo*, soit en Algérie soit au Maroc, par des maris algériens ou marocains lassés de leur conjoint de même nationalité²¹. Il va de soi que ce mode de dissolution du mariage qui est laissé à l'entière discrétion du mari heurte notamment l'égalité des sexes c'est-à-dire une option fondamentale de l'ordre juridique français. La Cour de cassation qui, dans deux des affaires du 17 février 2004, pouvait constater ce désaccord entre la répudiation maghrébine et le droit français a opposé l'ordre public français à ces décisions. Mais elle l'a fait en précisant que les deux époux concernés ou au moins la femme répudiée avaient

¹⁸ *IPRax*, 1992. 160; v. l'analyse de N. JOUBERT, *op. cit.*, n° 54 et s. p. 48 et s.

¹⁹ Sur ce chef de compétence, v. L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé*, thèse Paris II, préface Y. Lequette, PUAM, 2004.

²⁰ Cass. soc., 25 janvier 2005, *Banque africaine de développement*, *Bull. V.*, n16, p. 13, *Rev. crit. DIP*, 2005. 477, note I. Pingel, jugeant notamment que «l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge chargé de se prononcer sur sa prétention et d'exercer un droit qui relève de l'ordre public international constitue un déni de justice fondant la compétence de la juridiction française lorsqu'il existe un rattachement avec la France, [telle] la nationalité française» de cette partie; v. aussi Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, *Etat d'Israël c. NIOC*, *D.* 2005. 2727, note S. Hotté, *Rev. arb.* 2005. 693, note H. Muir Watt, *Rev. crit. DIP*, 2006 à paraître, note Th. Clay, dans le domaine de l'assistance de juge à la constitution d'un tribunal dans le cadre de l'arbitrage international.

²¹ Cass. civ. 1^{re}, 17 février 2004, *Rev. crit. DIP*, 2004. 423, note P. Hammje, *JDI* 2004. 867, note G. Cuniberti, *D.* 2004. 824, concl. Cavarroc, 815, chron. P. Courbe et 2005, pan. 1266, obs. H. Chanteloup, *Gaz. Pal.* 2004, n°247, p. 33, et chron. M.-L. Niboyet, p. 18.

leur domicile en France. C'est ce domicile dans l'Hexagone qui a déclenché ici l'exception d'ordre public à l'encontre de solutions contraires aux conceptions du droit français. Il ne suffit pas que ces conceptions fondamentales soient méconnues, il faut encore qu'il y ait un lien suffisant avec le territoire français. On a parlé à ce propos d' *ordre public de proximité*²²; de fait, il se conçoit que l'ordre public reste indemne lorsque la répudiation intéresse des Algériens domiciliés et vivant en Algérie au moment où elle est prononcée, c'est-à-dire intervient dans un couple éloigné de l'ordre juridique français. En revanche, l'insertion par le domicile en France justifie la réaction de l'ordre public et consacre ainsi les vues de Zitelmann.

17. A vrai dire, ces vues sont partagées par une partie importante de la doctrine française. Elles avaient été introduites en France, ou plutôt en Espagne et à Vitoria même il y a maintenant plus d'un demi-siècle par Jacques Maury, dans le cours qu'il a professé à la *Catedra James Brown Scott* et qui fut publié en 1952 sous le titre: *L'éviction de la loi normalement compétente. L'ordre public international et la fraude à la loi*²³. Limité aux conflits de lois et rédigé en langue française, cet ouvrage a exercé une influence considérable, comme l'ensemble de la pensée du Doyen Maury qui avec Paul Lerebours-Pigeonnière et Henri Batiffol a forgé le succès du conflictualisme français du siècle dernier. Bien que Maury eût précisé la part de Kahn dans la formation de cette doctrine de l'*Inlandsbeziehung*, c'est plutôt la version Zitelmann qui a été diffusée en France, tout simplement parce que le cours de Vitoria portait notamment sur l'ordre public... Ainsi tout en invoquant à son tour l'autorité de Kahn, Paul Lagarde applique la version de Zitelmann dans ses *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*²⁴, qui constituèrent sa thèse remarquée pour l'obtention du doctorat en droit.

Pourtant, quoique contrainte à la discrétion par l'orientation retenue par ces travaux doctrinaux, la version de Kahn n'était pas vouée à l'oubli. L'*Inlandsbeziehung* ne joue pas seulement pour circonscire l'intervention de l'exception d'ordre public, pour déterminer les cas où l'ordre du for ne peut tolérer que l'application de la loi étrangère vienne bafouer les valeurs essentielles que lui-même s'efforce de promouvoir dans la vie sociale qu'il administre; il y a des exemples, notamment en France, de son action dans des hypothèses qui ne mettent pas en cause les «principes de justice universelles considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue²⁵», dans des hypothèses où par conséquent l'application de la loi étrangère ne serait pas réellement contraire à l'ordre public; pourtant l'idée du lien suffisant vient justifier l'application de la loi française du for aux lieu et place de celle de la loi étrangère que désigne la règle de conflit de lois. Ce n'est pas la teneur de la loi étrangère désignée qui justifie son éviction, c'est sa vocation. La contestation porte alors sur le rattachement, sur la désignation effectuée par la règle de conflit.

²² P. COURBE, D. 2004, 815.

²³ Université de Valladolid, Valladolid 1952.

²⁴ LGDJ, Paris 1959.

²⁵ Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1948, *Lautour*, *Grands arrêts*, n°19.

18. Cette affirmation mérite d'être vérifiée; c'est qu'en réalité il est assez difficile de détecter dans les éléments de droit positif, dans les données jurisprudentielles, les cas dans lesquels triomphe la pensée de Kahn, car cette victoire est souvent masquée par l'emploi d'une *rhétorique de l'ordre public*. Cet emploi est évidemment un peu abusif, mais il faut y voir une espèce d'hommage hypocrite et platonique au paradigme conflictuel, que l'on se garde de contredire ouvertement. L'exception d'ordre public est une exception admise, reconnue qui ne compromet pas l'autorité du paradigme; il est commode de placer aussi sous son ombrelle et de légitimer ainsi l'exception de *lokale Anknüpfung*, d'*Inlandsbeziehung*. Le risque est alors celui de la confusion et la conscience de ce risque oblige à un examen attentif des décisions. Cet examen ne peut évidemment s'étendre à l'ensemble du droit international privé; il sera limité à quelques espèces concernant le *droit international privé de la filiation* et le *droit international privé du lien conjugal*.

§ 1: Le lien suffisant et l'établissement de la filiation

19. Du côté de la filiation trois décisions suffiront, dont la première et la dernière émanent de la Cour de cassation, la seconde du Tribunal de grande instance de Paris. La plus ancienne n'est pas la moins intéressante, car elle ne mentionne pas l'ordre public alors qu'elle paraît bien repousser la loi étrangère désignée parce que celle-ci contrarierait les conceptions fondamentales du droit français. En revanche les deux autres décisions n'ont pas pu résister à cette mention de l'ordre public; mais c'est alors un ordre public plus fonctionnel que jamais et qui paraît bien n'être invoqué que pour vêtir la solution d'une légitimité d'emprunt.

20. I. - D'abord donc un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 8 mars 1938; il s'agit de l'arrêt *Fontaine* (*Grands arrêts*, n°17):

La Cour: - *Sur le moyen unique*:

Vu les articles 3, 8 et 334 du Code civil;

Attendu qu'une mère française ne saurait être privée du droit de reconnaître l'enfant issue d'elle, nonobstant toute disposition contraire de la loi étrangère dont il relève à raison de sa nationalité;

Attendu que la Dlle Antoinette Fontaine a, par acte du 28 octobre 1924, reconnu comme sa fille naturelle la demoiselle Adrienne Fontaine, née à Paris le 2 mars 1895 et qui, le 4 juin 1922, avait épousé à Nice le sieur Richard Pulteney, sujet britannique; que, sur demande de pension alimentaire formée par la mère contre les époux Pulteney, demeurant à Nice, l'arrêt attaqué (Aix, 28 octobre 1935, Rev. crit., 1938. 653) l'en a déboutée pour cet unique motif que la loi anglaise n'autorise pas la reconnaissance des enfants naturels et que la loi des enfants étant seule applicable, l'acte de reconnaissance, sur lequel la mère fondait son action, n'était pas valable;

En quoi l'arrêt, qui méconnaît le droit imprescriptible qu'a une mère française de reconnaître son enfant dans les formes et conditions édictées par la loi française, n'a pas donné de base légale à sa décision;

Par ces motifs: - Casse.

Connaissance prise des faits tels qu'ils sont condensés dans le motif central de l'arrêt (reconnaissance fort tardive de son enfant naturel, de nationalité anglaise, par une femme française, dont la fibre maternelle, lente à s'éveiller, commence de vibrer à un âge de la vie où une femme libre a de plus en plus de difficulté à trouver des soutiens dans l'existence, et peut se trouver dans la nécessité de s'adresser à sa progéniture pour en tirer quelque ressource...), l'élément qui semble le plus immédiatement remarquable de cet arrêt est le visa: « *Vu les articles 3, 8 et 334 du Code civil* ».

21. L'article 3 est celui qui est censé contenir le règlement français de conflit de lois et donc cette règle de conflit qui, à l'époque, confiait l'établissement de la filiation à la loi nationale de l'enfant; c'est là une solution qui est évoquée dans le premier motif et que, comme mentionné dans le second motif, la cour d'appel avait en effet retenue pour conclure à l'application de la loi anglaise.

L'article 334, en 1938, était la disposition qui précisait que l'enfant naturel qui n'avait pas été reconnu dans l'acte de naissance, pouvait l'être par la suite pourvu que ce fut par acte authentique. La règle donnait le droit de reconnaître après la déclaration de naissance à l'officier d'état civil et indiquait le moyen à utiliser: l'acte authentique. La conclusion qui figure dans le troisième motif fait état de ce « *droit... de reconnaître son enfant dans les formes et conditions édictées par la loi française* », qui en l'occurrence avait été refusée à la mère française par la cour d'appel.

Plus énigmatique est la référence à l'article 8 du code civil. « *Tout français jouira des droits civils* ». C'est là une disposition qui donne à tout citoyen français accès aux droits et institutions sanctionnés par le droit français; elle règle une question de jouissance des droits et non pas une question de droit applicable. D'ailleurs, elle paraît avoir été oubliée par la plupart des commentateurs de cette décision.

22. Marcel Nast se contente des articles 3 et 334 car, selon lui²⁶, l'arrêt ne fait que préciser la règle de conflit de l'article 3, alinéa 3 du code civil dans son application à la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité: il faut suivre la loi nationale de l'auteur de la reconnaissance. La solution est plausible; son principal mérite sera d'être retenue, en concours alternatif avec la loi nationale de l'enfant, par le législateur en 1972 dans l'article 311-17 c. civ. Mais ce mérite n'empêche pas que dans cette interprétation de l'arrêt, l'article 8 est inutile.

De même pour Jean-Paulin Niboyet²⁷, qui découvre dans l'arrêt une illustration de sa doctrine dite de la *solution politique*: dès qu'un Français est en cause, la loi française est compétente et plus généralement dès qu'un intérêt français est en cause la loi française s'applique, les lois étrangères ne pouvant prétendre à mieux que gouverner les non-français ou les intérêts étrangers. Cette solution radicale — que réfutent toute l'histoire du droit international privé et spécialement l'histoire parfois un peu chaotique du droit international privé français — n'est aussi

²⁶ D.P. 1939. 1. 17.

²⁷ J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé*, t. V., n°1524.

qu'une interprétation du règlement de conflit de l'article 3 du code civil, interprétation qui couvre naturellement la question de la reconnaissance volontaire de l'enfant naturel. On peut donc viser l'article 3 et l'article 334, mais l'article 8 est ici aussi superflu.

Pourtant l'article 8 est compris dans le visa de l'arrêt et il contribue certainement tout autant que les deux articles qui l'encadrent, à fonder la décision.

23. C'est Paul Lerebours-Pigeonnière qui va dégager, encore qu'imparfaitement peut-être, la signification de cette référence à l'article 8²⁸. Il est certain à cette époque qu'en principe la reconnaissance de l'enfant naturel que considère l'article 334 doit obéir selon l'article 3 du code civil à la loi nationale de l'enfant. Si l'arrêt ne retient pas cette solution, s'il commande au contraire l'application de la loi française alors que l'enfant est anglaise, c'est parce que l'article 8 du code civil prévoit que «*Tout français jouit des droits civils*»; certes, c'est là une disposition relative à la jouissance des droits, mais elle a une influence directe sur le règlement du conflit de lois, quoique en principe ce règlement du conflit de lois ne s'occupe que d'organiser l'exercice des droits dans les cas internationaux. Dans la présente affaire, selon l'article 3, il revient à la loi anglaise de régler l'exercice du droit de reconnaître l'enfant naturel; mais il se trouve que la loi anglaise ne comporte aucune règle sur cette question, ignorant même l'institution. La conséquence, dans le cas particulier, en est que *l'ignorance par la loi applicable du procédé de la reconnaissance volontaire en empêche sans doute l'exercice par la dame Fontaine, mais tout ensemble et parce qu'elle en empêche l'exercice, elle en interdit la jouissance*: en ne fixant pas les conditions ni le régime de la reconnaissance post-natale, la loi anglaise prive Mme Fontaine de la jouissance du droit de reconnaître son enfant. Or, d'après l'article 8 du code civil «*Tout français jouit des droits civils*» et donc du droit de reconnaître son enfant. Voici donc l'article 8 réintégré dans la justification de l'arrêt qui écarte la loi désignée par la règle de conflit, au profit de la loi française en raison de la qualité de Française de la mère. La Cour de cassation n'éprouve pas le besoin de fonder cette éviction de la loi étrangère normalement compétente sur les exigences de l'ordre public.

24. Cependant, elle peut sembler tout de même entretenir une espèce de flirt clandestin avec l'ordre public; elle qualifie le droit d'une mère française de reconnaître son enfant de *droit imprescriptible*. A l'époque, il est vrai que le droit civil français ne laisse pas jouer la prescription *ratione temporis* en matière d'état des personnes; au fond, que Mme Pulteney ait eu presque trente ans au moment où sa mère la reconnaissait n'avait aucune espèce d'importance du point de vue du droit français. Ce n'est sans doute que pour souligner l'importance attachée par l'ordre juridique français à la reconnaissance volontaire qu'il est ici fait mention de l'imprescriptibilité, mais il s'agit alors d'une imprescriptibilité *ratione finis vel extrata-*

²⁸ P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé, *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert*, I, 255, Paris, 1950, spéc. p. 264-266.

neitatis: le temps n'épuise pas le droit, l'extranéité non plus. Aussi bien la désignation d'une loi étrangère ne peut avoir pour résultat de priver une Française de ce droit; c'est dire que la loi étrangère est écartée *en raison de sa teneur différente*, qui est incompatible avec les valeurs ou en tout cas avec une politique législative défendues par la loi française. On discerne une réaction à la neutralité de la règle de conflit. Bien que discrète, la parenté avec l'ordre public est décelable.

D'ailleurs Lerebours-Pigeonnière l'a nettement perçue. Il se demande en effet si la solution de l'arrêt aurait été différente dans l'hypothèse où la mère aurait été anglaise comme sa fille. De son point de vue, bien sûr, l'article 8 qui ne considère que les Français ne serait alors d'aucun secours, mais l'ordre public devrait à son avis intervenir pour garantir à la mère anglaise, au besoin contre la loi anglaise, ce droit fondamental de reconnaître son enfant naturel... Cette permutableté ou cette fongibilité entre l'article 8 et l'ordre public, mise en face de la différence entre droit anglais et droit français, suppose une équivalence, voire une identité des fondements de l'éviction: en somme, avec cette analyse, l'article 8 serait seulement venu habiller une intervention inavouée de l'ordre public.

25. Cependant si Lerebours-Pigeonnière avait été tout à fait cohérent avec lui-même, c'est à dire avec ses prémisses faisant usage de l'article 8, il aurait dû se résoudre à subordonner l'éviction de la loi anglaise dans le cas où la mère serait anglaise à la disposition de l'article 11 du code civil. Il est vrai qu'il n'aurait pas pu alors aboutir à cette éviction et à l'attribution à la mère anglaise du droit de reconnaître son enfant. Cette disposition de l'article 11 définit la jouissance des droits des étrangers en France: «*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*»; en d'autres termes (d'ailleurs très simplifiés), l'étranger a en France accès aux droits et institutions sanctionnés par le droit français dans la mesure où dans le pays de l'étranger, un Français a accès aux droits et institutions sanctionnés par la loi étrangère. Si dans ce pays, le Français endure des restrictions de jouissance des droits, l'étranger en France souffrira des mêmes restrictions. De ce mécanisme de réciprocité, il résulterait que la mère anglaise en France ne se verra accorder le droit de reconnaître son enfant que si une mère française se voit reconnaître ce droit en Angleterre. En l'occurrence, le droit imprescriptible pour une mère française, selon le droit français, ne serait peut-être pas imprescriptible pour une mère anglaise, selon le droit anglais, si comme c'est le cas ici, celui-ci n'admet pas l'institution de la reconnaissance volontaire et donc ne l'offre pas non plus à la mère française d'une fille anglaise...

26. C'est peut-être là le véritable ressort de la décision. Mais si cette interprétation est retenue, il n'y a effectivement plus de place pour l'exception d'ordre public: on ne se scandalisera pas en France de refuser le droit de reconnaître son enfant à une mère anglaise, c'est donc que la teneur de la loi étrangère n'est pas déterminante et qu'il est admis que le droit imprescriptible pour une mère française est prescriptible *ratione extraneitatis* pour une mère étrangère. Ce qui est déterminant, c'est la nationalité française, l'appartenance à la population française ou l'allégeance envers la France. Même si la règle de conflit désigne la loi anglaise de

l'enfant, la nationalité française de la mère constitue un lien suffisamment étroit avec la collectivité nationale pour justifier l'application de la loi française. Cette intervention du lien suffisamment étroit, qui neutralise la désignation de la loi étrangère opérée par la règle de conflit est le signe d'une insuffisance ou d'une imperfection de celle-ci. Entendu de cette manière, l'arrêt *Fontaine* illustre bien la thèse de Kahn.

27. Cependant, il est difficile d'affirmer que cette interprétation correspond à l'intention réelle de la Cour de cassation. Bien sûr, il est permis de ne retenir que l'intention déclarée et on pourrait se satisfaire de l'arrêt. Néanmoins, les choses ne sont pas parfaitement claires; en tout cas, les décisions suivantes qui sacrifient à la rhétorique de l'ordre public semblent bien démontrer que si la pensée de Kahn se perpétue dans la pratique du droit international privé, ce n'est pas sans quelque équivoque.

28. II. - La seconde décision de ce bref échantillon est un jugement du Tribunal de grande instance de Paris du 23 avril 1979²⁹. Ce jugement est prononcé sur les faits suivants.

Nadia est née en 1976 en France de Fatima B., Algérienne, qui a reconnu l'enfant avant sa naissance. Fatima au temps de la conception et depuis et maintenant, avec Nadia, vit en France. Pour le compte de sa fille, Fatima forme une demande en déclaration judiciaire de paternité à l'encontre de Christian L., Français, qui cohabitait en France avec Fatima, dont il ne s'est éloigné que peu de temps avant la naissance pour aller travailler à l'étranger, en Indonésie.

La loi algérienne ne permet pas la recherche judiciaire de paternité naturelle; en revanche, la loi française la déclare recevable et même, au vu des faits et circonstances de la cause, bien-fondée. Mais la règle de conflit que le législateur a introduit en 1972 déclare applicable à l'établissement de la filiation la loi personnelle de la mère au jour de la naissance; donc ici la loi algérienne. Néanmoins, le Tribunal de Paris décide d'«écarter l'application de la loi algérienne et d'y substituer celle de la loi française».

29. Pour justifier cette solution le tribunal donne deux motifs.

Un motif particulier aux termes duquel:

On ne peut s'empêcher d'observer qu'ainsi, à la faveur de la loi personnelle de la mère demanderesse, le défendeur, citoyen français, domicilié en France, serait en droit d'interdire à un enfant, lui-même français et résidant en France, de faire reconnaître sa filiation par une juridiction française.

Et un motif général:

Une disposition légale étrangère déniait à un enfant, au motif qu'il est né hors mariage, tout droit à établir sa filiation, est fondamentalement opposée à la conception française moderne des droits de l'enfant et, comme telle, heurte l'ordre public.

²⁹ *Rev. crit. DIP*, 1980. 83, note P. Lagarde.

Le motif général a quelque chose d'excessif dans un pays où se pratique l'accouchement anonyme («sous X»), dans un pays où la mère peut ne pas révéler son identité ni permettre qu'elle soit révélée³⁰, dans un pays qui, avec la reconnaissance volontaire, laisse tout de même une certaine marge de liberté à l'auteur de l'enfant, même si la filiation peut être recherchée en justice. Le Tribunal hausse un peu abusivement les exigences de l'ordre public français — lequel est surtout concerné lorsque l'enfant doit être pris en charge par la collectivité, et pèse ainsi sur les finances locales...

En revanche, le motif particulier qui, selon Paul Lagarde qui commente la décision dans la *Revue critique de droit international privé*, exprime la «juste indignation du tribunal» est beaucoup plus intéressant et pertinent.

Certes, il remplit une fonction rhétorique; il s'efforce de persuader de la nécessité d'admettre l'application de la loi française, c'est une question de justice matérielle. Mais il ne s'agit pas simplement d'un discours destiné à faire accepter le coup de force que le Tribunal s'apprête à perpétrer contre la règle de conflit désignant la loi algérienne. Il faut relever trois références:

- à la nationalité de l'enfant et du défendeur;
- à l'attache géographique de l'enfant et du défendeur, par la résidence ou le domicile;
- à l'allégeance juridictionnelle, puisqu'il s'agit de faire reconnaître la filiation par un tribunal français.

30. Cette triple référence démontre l'insertion de la situation dans l'ordre juridique français (lequel place une *population* et un *territoire* sous l'autorité d'un *pouvoir*).

S'il est vrai que l'ordre public français n'est pas aussi troublé que le prétend le tribunal, la raison profonde de la solution est alors dans le motif particulier, relevant les liens suffisamment étroits avec la France pour justifier l'application de la loi française. Quoi qu'en dise la règle de conflit de l'article 311-14 du code civil, l'enfant d'un Français en France doit pouvoir demander à un tribunal français l'établissement de sa filiation comme le prévoit la loi française³¹.

31. Cette décision n'est pas isolée. Le Tribunal de grande instance de Paris en a rendu d'autres de la même veine; il en a aussi prononcé qui forment la contre preuve. Ainsi dans l'affaire de l'*enfant Lorena*³², née en France des amours d'une mère Péruvienne, Elva, séjournant à Paris pour ses études, et de Hans-Peter, citoyen Allemand domicilié en Allemagne, mais travaillant principalement en Amérique du Sud. Hans-Peter forme une action en contestation de la reconnaissance de paternité qu'il a faite. Le tribunal déclare l'action en contestation irrecevable parce que l'une des lois désignées ne l'admet pas et parce qu'il n'y a pas lieu, à son

³⁰ V. en ce sens, M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non discrimination en raison de la nationalité*, préf. Y. Lequette, PUAM, Aix, 2003, n°614.

³¹ V. P. LAGARDE, note précitée, p. 87.

³² Trib. gr. inst. Paris, 23 novembre 1993, *Rev. crit. DIP*, 1995. 702, note Jacques Foyer.

avis, de préférer la loi française: aucune des parties n'est française, ni établie de façon durable sur le territoire français et la reconnaissance de paternité contestée a été faite devant l'autorité consulaire allemande à Paris. La France n'est pas concernée. L'attache personnelle avec la France est, comme l'attache géographique, trop faible avec la France, alors que l'allégeance s'est portée vers l'autorité allemande.

32. III. – La troisième décision annoncée est celle de l'*enfant Sarah*, rendue par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 10 février 1993 (arrêt *Latouz*)³³.

Sarah est née en France en 1984; sa mère Khedija est tunisienne et elle vivait en concubinage avec Mohamed Latouz, sujet algérien, lequel n'a pas reconnu l'enfant. Quoique la loi tunisienne, loi nationale de la mère applicable selon la règle de conflit de l'article 311-14 c. civ., ne permette pas l'établissement judiciaire de la paternité naturelle, Khedija a obtenu que la paternité de Mohamed soit déclarée par la Cour d'appel de Paris, par application de la loi française substituée à la loi désignée par le jeu de l'exception d'ordre public. Mohamed saisit la Cour de cassation d'un recours. Il invoque la jurisprudence même de la Cour de cassation qui, notamment depuis un arrêt du 3 novembre 1988³⁴, professe que

les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires.

Cette proposition signifie que la loi tunisienne doit ici être appliquée, dès lors qu'elle n'empêche pas que l'enfant dispose de ressources régulières pour pourvoir à son entretien et à son éducation. Comme, en France, il en est nécessairement ainsi et que l'enfant peut toujours obtenir des aliments des personnes qui ont entretenu des relations intimes avec la mère au cours de la période légale de la conception (pourvu toutefois que la mère ait conservé le souvenir de ces personnes), ces lois étrangères ignorant la recherche judiciaire de paternité ne succombent pas devant l'ordre public. Pourtant, le pourvoi de M. Latouz est rejeté. Il est rejeté pour le motif suivant:

Si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation; que dans

³³ *Rev. crit. DIP*, 1993. 620, note Jacques Foyer, *JDI* 1994. 124, note I. Barrière-Brousse; comp. Paris, 13 janvier 2000, D. 2000. 898, note S. Aubert.

³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 3 novembre 1988, *Enfant Vanessa*, *Rev. crit. DIP*, 1989. 395, note J. Foyer, *JDI* 1989. 703, note F. Monéger : une mère Algérienne au jour de la naissance, mais devenue Française en cours d'instance, et domiciliée en France agit en recherche de paternité naturelle au nom de son enfant qui est Française d'origine («double naissance en France», la mère étant née en territoire algérien avant l'indépendance) contre un prétendu père domicilié en France et, semble-t-il, de nationalité française; au moment où les juges du fond statuent, plus aucun élément d'extranéité ne marquerait donc le litige...

ce cas, cet ordre public s'oppose à l'application de la loi étrangère normalement compétente.

33. Au premier regard, cette double proposition consacre l'idée que les exigences de l'ordre public varient selon l'intensité du lien de la situation avec l'ordre juridique français; l'idée n'est pas absurde dans la mesure où elle repose sur le principe d'une proportionnalité inverse entre la gravité de l'atteinte aux valeurs défendues par l'ordre juridique français et l'étroitesse de l'insertion de la situation dans la vie sociale gérée par cet ordre juridique français³⁵. Mais il n'est pas sûr que cette idée, qui est un développement de la thèse de Zitelmann, puisse expliquer la solution retenue dans cette affaire de *l'enfant Sarah*. Au demeurant, cette proportionnalité inverse n'avait pas fonctionné dans le précédent de novembre 1988 où cependant l'intégration de la relation litigieuse dans l'ordre juridique française était maximale³⁶.

34. Il faut remarquer ici en tout cas que le droit international privé français entend imposer deux solutions distinctes pour deux catégories d'enfants³⁷:

- le groupe des *enfants français* (comme l'était Sarah, d'ailleurs) et des *enfants étrangers résidant sur le territoire français* (ce qui était aussi le cas de Sarah) pour lequel la jurisprudence consacre le droit (imprescriptible *ratione extraneitatis*) d'établir sa filiation,
- le groupe des *enfants étrangers ne résidant pas en France* qui doivent se contenter d'un droit à une créance d'aliments sur la personne qui a eu avec la mère des relations intimes pendant la période légale de la conception.

Toutefois, ce droit ne peut être garanti que si un tribunal français est saisi, c'est-à-dire que *si le défendeur a son domicile en France* (Bruxelles 1, art. 2; l'article 5. 2 n'intéresse que le cas de l'enfant du premier groupe, domicilié ou résidant en France) *ou si, résidant hors l'Union européenne, il est de nationalité française* (art. 15 c. civ.). Dans le cas où le Français défendeur a son domicile en France, l'exception d'ordre public est inopérante pour cette raison que la loi française est dési-

³⁵ Plus les liens sont étroits avec la vie sociale française, moins il serait nécessaire que l'atteinte soit grave pour que l'ordre juridique soit perturbé et réagisse par le moyen de l'exception d'ordre public. C'est l'autre face de la thèse de P. HAMMJE, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse Paris 1, 1994, n°869, p. 506 d'après laquelle l'exception d'ordre public devrait être entendue de façon plus sévère lorsqu'elle se propose de défendre les principes fondamentaux et l'interprétation de chaque norme fondamentale permettant de déterminer les exigences de sa sauvegarde, la condition de déclenchement de l'exception serait modulée en fonction du contenu du principe menacé.

³⁶ Au point qu'un commentateur perspicace avait pu observer que le maintien dans cette affaire de la désignation de la loi algérienne en vertu de l'article 311-14 était un hommage au législateur de 1972 qui avait « réussi à forger ce 'chef d'œuvre' du droit international privé français qui désigne la loi qui a avec la relation les liens les moins étroits » (Y. LEQUETTE, note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *Baaziç, Rev. crit. DIP*, 1989. 71, p. 75).

³⁷ Distinction qui autorise M.-P. PULJAK, *op. cit.*, n°624 à évoquer un ordre public de proximité imposant « une justice matérielle schizophrène et choquante ».

gnée par la règle de conflit (si la loi de la résidence habituelle de l'enfant n'assure pas à celui-ci les aliments, l'article 6 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 désigne la loi du for saisi, i.e., ici la loi française³⁸); ce n'est que dans le cas, plutôt marginal, où le *Français établi hors de France est attiré devant un tribunal français* par l'effet de l'article 15 du code civil et où la ou les lois étrangères désignées n'assurent aucun subside à l'enfant, qu'il faut envisager l'intervention de l'ordre public international et l'application à ce titre de la loi française.

35. Sarah était bien éloignée de cette hypothèse, puisqu'elle résidait en France et, en vertu de la règle de conflit de l'article 4 de la Convention de La Haye de 1973, cela suffisait à fonder son droit aux aliments. D'ailleurs, elle demandait autre chose: l'établissement du lien de filiation. Pour admettre la recevabilité de sa demande, fallait-il en appeler à l'ordre public? En fait, le droit civil français, comme cela a été signalé plus haut, ne garantit pas à chaque enfant relevant de son application un droit absolu à l'établissement de la filiation et il est difficilement concevable que l'enfant qui est Français ou résident français et qui se trouve dans une situation internationale jouisse grâce à l'ordre public international français d'un droit plus fort que celui reconnu à l'enfant français et résidant en France, qui se trouve dans une situation purement interne: le droit interne français évoluerait sous le seuil fixé par l'ordre public international français!

36. En réalité, la solution de l'arrêt *enfant Sarah* signifie simplement que tout enfant français ou résidant en territoire français jouira du droit imprescriptible, tel que le conçoit le droit français, d'agir en justice pour obtenir l'établissement judiciaire de sa filiation. C'est là une solution de droit matériel qui est associée à un rattachement alternatif (par la nationalité ou la résidence française) qui permet de définir le cercle des bénéficiaires du droit que consacre la loi interne française. Cette solution s'énonce dès lors sous la forme d'une règle de conflit unilatérale spéciale appelée à intervenir de manière dérogatoire et préalable à la règle de conflit générale bilatérale de l'article 311-14 du code civil: tout enfant français ou résidant en territoire français jouira du droit imprescriptible d'agir en justice, dans les termes du droit français, pour obtenir l'établissement judiciaire de sa filiation. Il n'est pas utile ici de s'encombrer de la notion d'ordre public³⁹.

Mais si cette lecture de l'arrêt est acceptée, il faut constater que la Cour de cassation a complété le travail du législateur en ajoutant à l'article 311-14 une règle supplémentaire. Il faut donc constater que la solution de cet article 311-14 a été ju-

³⁸ La convention de 1973 met en œuvre un système de rattachements en cascade : d'abord la loi de la résidence habituelle de l'enfant demandeur (art. 4), ensuite la loi nationale commune du demandeur et du défendeur (art. 5) puis la loi du for saisi de la demande (art. 6); en l'espèce l'échelon intermédiaire n'est pas concerné car s'il y a nationalité commune de l'enfant et du défendeur français, l'enfant est français et, appartenant au premier groupe, il a le droit (imprescriptible) d'établir sa filiation.

³⁹ Rappr. M.-P. PULJAK, *op. cit.*, n°616, relevant que «dans ces hypothèses, en effet, l'exception d'ordre public international se transforme en une nouvelle règle de conflit de lois ayant vocation à se superposer à la règle ordinaire pour en corriger le rattachement».

gée insuffisante⁴⁰. C'est donc bien, malgré le discours relatif à l'ordre public, la conception de Kahn qui est ici mise en œuvre et il est clair que ce discours n'est entrepris que pour maquiller la création du droit par les juges. Pudeur prétorienne.

La démonstration est faite avec le droit international privé de la filiation, le droit international privé du lien conjugal apporte une confirmation.

§ 2: Le lien suffisant et le lien conjugal

37. I. Le regard critique se porte ici sur une décision rendue dans une affaire franco-espagnole ou hispano-française. En effet, le mari, M. de Itturalde de Pedro, dans ce couple qui se défait, est espagnol; l'épouse a aussi la nationalité espagnole, mais celle-ci est venue s'ajouter par l'effet du mariage à sa nationalité française d'origine qu'elle a conservée et comme la procédure qu'elle intente est portée devant des juges français, ceux-ci, selon une solution de principe bien assise, ont considéré exclusivement sa nationalité française. Le couple a vécu depuis son mariage en différents pays avant de résider en France. Diplômé, le mari est cependant rappelé à Madrid en 1977; l'épouse qui a conservé sa nationalité française entend aussi conserver alors sa résidence en France. En fait, le ménage est en mauvais état. M. de Itturalde de Pedro demande en Espagne au tribunal ecclésiastique de prononcer la séparation de corps, seul relâchement possible alors du lien conjugal selon le droit espagnol. Mme Moquet, décidément indéfectiblement attachée à sa patrie d'origine et à ses institutions, porte une demande de divorce devant le tribunal de grande instance à Paris où elle réside toujours avec les enfants. Il y a des problèmes de compétence, il y a aussi un problème de loi applicable. Les premiers seront résolus en faveur des juridictions françaises, il n'est pas nécessaire de s'y arrêter; les seconds sont plus intéressants car, du point de vue français, ils dénoncent les faiblesses des solutions de conflit retenues pour le divorce par le législateur français à l'article 310 du code civil.

38. Cette disposition introduite par la réforme du divorce en 1975 détermine les cas dans lesquels il y a lieu d'appliquer le droit français du divorce:

- si les époux sont l'un et l'autre français, ce qui n'est pas le cas de M. de Itturalde de Pedro et de Mme Moquet;
- si les époux ont l'un et l'autre leur domicile en territoire français, ce qui n'est pas non plus le cas de l'espèce;
- enfin, si aucune loi étrangère ne se déclare applicable, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce.

Dans cette affaire, si effectivement les tribunaux français sont et se déclarent compétents, il n'est pas vrai qu'aucune loi étrangère ne se déclare applicable. En effet, à cette époque, la règle de conflit espagnole en matière de mariage et de relâchement du lien conjugal désignait la loi nationale du mari. M. de Itturalde de Pe-

⁴⁰ Ce qui était bien le sens de la critique formulée par M. LEQUETTE à propos de la solution de l'arrêt *Enfant Vanessa*, v. *supra ad notam* 35.

dro était espagnol, la loi espagnole était donc désignée par le droit international privé espagnol⁴¹ et, en vertu de l'article 310, les juges français auraient dû l'appliquer et en conséquence refuser le divorce conformément à la prohibition canonique reçue par l'ordre civil espagnol. Ils ont néanmoins appliqué le droit français du divorce. Voici comment la Cour de cassation s'en explique :

Mais attendu que la cour d'appel ayant constaté que la loi interne espagnole, qui était désignée en l'espèce par la règle de conflit espagnole, était prohibitive du divorce, il en résultait que cette loi était contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, pour un Français domicilié en France, de demander le divorce; que par ce motif de droit, l'arrêt attaqué, qui a déclaré applicable la loi du for, se trouve légalement justifié.

Ici encore, la Cour de cassation invoque l'ordre public, mais pour atteindre ce seul résultat qu'un Français domicilié en France ne soit pas privé de la faculté de bénéficier des commodités de la loi française.

39. S'agit-il vraiment d'ordre public? La jurisprudence s'était fixée sur la position établie par l'arrêt *Patiño* du 15 mai 1963⁴². D'après cette décision, l'ordre public doit être opposé à la loi étrangère applicable lorsque celle-ci ne permet d'obtenir ni le divorce, ni la séparation de corps, vouant les époux à rester éternellement enchaînés l'un à l'autre en dépit de la disparition de toute *affectio coniugalis*. Dans le cas des époux de Itturalde de Pedro-Moquet, la loi espagnole prohibait certainement le divorce, mais elle admettait la séparation de corps. Elle ne méritait donc pas d'être écartée puisqu'elle proposait un remède à la mésentente des époux. D'ailleurs, quelques mois avant le présent arrêt, dans une affaire assez semblable, la première Chambre civile de la Cour de cassation avait précisément à propos de la loi espagnole jugé en ce sens que «l'application de la loi étrangère qui ignore le divorce sans interdire tout moyen de mettre fin à la vie commune n'est pas contraire à l'ordre public»⁴³.

Certes, la Cour de cassation suggère que l'évaluation des exigences de l'ordre public a pu changer à la suite de la réforme du divorce de 1975; elle se réfère en 1981 à *la conception française actuelle de l'ordre public international*; mais il faut observer que si l'ordre public a révisé ses exigences, ce n'est sans doute pas pour le commun des mortels puisque la solution *Patiño* subsiste lorsque aucun Français domicilié en France n'est en cause. Entre la réforme de 1975 et 1981, la jurisprudence conservait sa fidélité à la solution *Patiño* et il n'y a pas de signe indiquant qu'elle ne vaut plus pour les divorce entre étrangers.

⁴¹ En l'espèce, la dernière réforme du droit interantional privé espagnol du divorce conduirait au même résultat, les deux époux étant espagnols au regard de l'ordre juridique espagnol, v. art. 107 §2 c. civ. esp.

⁴² Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 1963, *Patiño*, *Grands arrêts*, n°38.

⁴³ Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1979, *Van der Plassche*, *Rev. crit. DIP*, 1980. 91, note H. Gaudemet-Tallon : une Française qui a quitté le domicile conjugal pour s'établir en France demande le divorce contre son mari de nationalité belge. V. aussi Cass. civ., 1^{re}, 8 novembre 1977, *Rev. crit. DIP*, 1979. 395, note Y. Loussouarn, *JDI* 1978. 587, note D. Alexandre, Paris, 11 juillet 1978, *JDI* 1979. 601, note D. Alexandre.

40. Cette décision montrerait, aussi bien que celles prononcées en matière d'établissement de la filiation, qu'il existe dans le droit international privé français un double seuil d'intervention de l'ordre public, si on adhère à cette idée qu'il s'agit d'ordre public.

Pour certains justiciables, l'exigence de communauté de vues de la loi désignée avec la loi française est élevée; elle accède même sur tel ou tel point particulier au degré de l'identité de vues et du refus de la différence.

Pour d'autres justiciables, au contraire, cette exigence n'est pas très forte; ils ne bénéficieraient que d'un «ordre public au rabais»⁴⁴. L'intégration de leur situation dans l'ordre juridique français n'est pas assez accentuée pour laisser craindre qu'une solution un peu exotique vienne déranger l'ordonnement de la vie sociale française. Il faut alors que le résultat à attendre de la loi désignée soit intolérable au regard des valeurs ou dévastateur au regard des politiques juridiques que défend le droit du for pour que se déclenche l'exception de l'ordre public. On le voit, à ce double seuil correspond un double degré d'intégration.

Mais l'arrêt *de Itturalde de Pedro* montre aussi que ce système qui associe le double seuil d'intervention de l'ordre public au double degré d'intégration varie selon les institutions. Le lien suffisant est moins caractérisé lorsqu'il est question d'établissement de la filiation que lorsqu'il est question de dissolution du mariage par divorce. Dans ce dernier cas, la loi française non désignée par la règle de conflit ne supplantera la loi étrangère désignée que si l'époux demandeur est à la fois de nationalité et de domicile français; il y a une condition de double lien avec l'ordre juridique français. Le jugement du tribunal de Paris dans l'affaire de l'*enfant Nadia*, en 1979, s'était même appuyé sur un triple lien de nationalité, de résidence et d'allégeance; mais sans doute était-ce par timidité, par crainte d'être désavoué par les juridictions supérieures. La Cour de cassation, quant à elle, dans l'affaire de l'*enfant Sarah*, en 1993, se contente d'un simple lien: nationalité ou résidence habituelle, un rattachement alternatif. Le degré d'intégration est moins élevé.

41. Comment expliquer cette variation? Se pourrait-il qu'il y ait, en droit international privé français, une espèce de hiérarchie des institutions? Le langage de la Cour de cassation pourrait le suggérer et l'analyse que faisait Lerebours-Pigeonnière de l'arrêt *Fontaine* orientait dans cette voie. Les arrêts mentionnent le «droit imprescriptible qu'a une mère française de reconnaître son enfant» ou le «droit d'établir sa filiation», alors qu'il n'est question dans l'arrêt de 1981 que de «la faculté... de demander le divorce». C'est dans une étude portant sur «La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé» que P. Lerebours-Pigeonnière avait donné son interprétation de l'arrêt *Fontaine*, comptant certainement l'établissement de la filiation parmi les droits fondamentaux. La Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 (article 7) militerait en faveur de pareille qualification (sans l'imposer absolument, mais on

⁴⁴ Selon les termes de Jacques FOYER, *Rev. crit. DIP*, 1989, 495, p. 499.

sait que la France se flatte volontiers d'être pionnière en matière de droits de l'homme⁴⁵). En revanche, le souci des droits fondamentaux ou des droits de l'homme ne commande pas encore, en tout cas en 1981, de faire de la faculté de demander le divorce un droit de cette nature. Aussi bien n'est-il pas protégé ni promu avec le même acharnement. Si le règlement de conflit désigne une loi qui refuse cette faculté à un Français domicilié à l'étranger ou à un étranger résidant en France, ce refus est sans gravité et ne remet pas en cause la désignation de la loi étrangère qui l'oppose; mais si c'est le droit à l'établissement de la filiation qui est dénié par la loi étrangère, il n'est pas possible, que l'intéressé soit français ou résidant en France, de le priver de ce droit essentiel.

Pourtant, cette dernière proposition crée un certain malaise; les droits de l'homme sont inhérents à la nature humaine et il pourraient être bafoués dans le chef de certains individus qui relèvent pourtant de la juridiction française. L'ordre public international à deux vitesses discriminerait parmi l'espèce humaine, une catégorie d'hommes à part entière et de plein exercice (les Français ou étrangers résidant en France) et une catégorie inférieure d'hommes qui, à la vérité, ne seraient pas tout à fait des hommes faute d'avoir la nationalité française ou leur résidence en France. C'est la conclusion à laquelle conduit la doctrine de l'ordre public variable selon le degré d'intégration. Elle est peu enthousiasmante⁴⁶. Elle est même franchement déplaisante par cette inégalité qu'elle postule entre les individus de la même espèce, sur la base de données conjoncturelles, alors que seraient en jeu des valeurs essentielles, assurément génératrices de «principes de justice universelle doués dans l'opinion française de valeur internationale absolue»⁴⁷.

42. La thèse empruntée à Kahn offre l'avantage de faire l'économie de cette petite infamie. Là où la doctrine héritée de Zitelmann met l'accent sur la différence substantielle qui donne un caractère matériellement inadmissible, insupportable au fond à la solution qui résulterait de l'application de la loi étrangère désignée, la thèse de Kahn s'attache à l'autre élément de base intéressant le droit international privé, le rattachement, le lien avec l'ordre juridique. Il n'est pas nécessaire que la solution de la loi désignée soit choquante pour que s'y substitue la loi du for; ce n'est pas la crainte du scandale, ni une juste indignation, ni l'intransigeance des convictions relevant de la justice matérielle qui légitiment la préférence donnée à la loi du for; c'est, quant à la solution matérielle, le fait de la différence et non son ampleur qui justifie l'application de la loi du for dès lors que la relation litigieuse s'insère par des liens suffisamment significatifs dans la vie sociale du for. Et si la règle de conflit est en désaccord avec l'issue que commande la constatation de cette intégration, c'est que probablement le choix de droit applicable qu'elle opère n'est pas satisfaisant.

⁴⁵ En dépit de quelques lenteurs, v. Cass. civ.1^{re}, 18 mai (2 arrêts) et 14 juin 2005, *Rev. crit. DIP*, 2005, 679, note D. Bureau.

⁴⁶ V. les «résultats curieux» auxquels conduit cette conception annoncés par H. GAUDEMET-TALLON, sous *Van der Plassche*, Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1979, *Rev. crit. DIP*, 1980.91, spéc. p. 97.

⁴⁷ Cass. civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *Grands arrêts*, n°19.

43. Le fait que les décisions du genre de l'arrêt *de Itturalde de Pedro* ou de l'arrêt *enfant Sarah* ne paraissent plus exceptionnelles sur le plan statistique montre que c'est le rattachement choisi par la règle de conflit qui n'est pas satisfaisant; ce rattachement ne correspond pas au développement que la règle de conflit devrait normalement assurer dans l'ordre international à la politique législative du droit interne du for, en matière de filiation ou en matière de divorce. Cette jurisprudence devient symptomatique des faiblesses de la désignation conflictuelle et, dès lors, pose la question de savoir si celle-ci procède d'une option méthodologique adéquate.

44. II. Ce n'est pas l'arrêt *Baaziz* du 6 juillet 1988⁴⁸ qui incitera à modifier ces interrogations. Tout au contraire cette décision confirme les enseignements de l'arrêt *de Itturalde de Pedro*, quoique elle ne concerne pas le démariage, mais la formation du mariage non moins d'ailleurs que ses effets, lorsque l'union est polygamique.

En l'espèce, deux citoyens français (de sexe différent) s'étaient mariés en France en 1954 à Lyon sans qu'on ait jamais douté depuis de la validité de leur union. En 1962, l'Algérie accède à l'indépendance et cela complique tout. Obéissant à l'impératif que lui dictaient ses origines, le mari, M. Rabah Baaziz, choisit bien naturellement de ne pas rester Français mais au contraire de devenir sujet algérien. Ayant ainsi changé de statut personnel, il récupère, par la grâce d'un conflit mobile et de l'appartenance à la religion musulmane, la liberté matrimoniale qu'il avait aliénée valablement en 1954 à son épouse Marinette Arthaud, laquelle est restée Française. Cette liberté matrimoniale providentiellement restituée sans qu'un divorce ait été nécessaire est bientôt mise à profit; à l'occasion d'une villégiature en Algérie, M. Baaziz prend une seconde épouse Mme Fethita M'djahri, Algérienne comme lui. Rentré en France, sans doute avec la jeune mariée, M. Baaziz retrouve ses occupations et décède quelques années plus tard d'un accident du travail.

Cette circonstance va mettre face à face Marinette Arthaud et Fethita M'djarhi. Le premier heurt se produit à propos des mentions portées sur l'acte de décès, qui publient la qualité de veuve de la seconde épouse. Marinette ne supporte pas cette compagnie, toute bureaucratique qu'elle soit; elle obtient la suppression de la mention relative au second mariage. Fethita agit en rétractation de l'ordonnance de suppression de la mention et Marinette demande reconventionnellement qu'ils soit fait défense à sa concurrente de se prévaloir en France de sa qualité de veuve. Les juges du fond donnent satisfaction à Marinette et la Cour de cassation par un arrêt du 17 février 1983⁴⁹ rejette le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la cour de Lyon qui avait admis la validité du second mariage en précisant que celui-ci ne pouvait produire effet en France que dans la mesure où il ne heurterait pas la conception française de l'ordre public international, ce qui ne permettait pas de laisser figurer sa mention dans les registres de l'état civil français. La Cour de cassation précise seulement

⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP*, 1989. 71, note Y. Lequette.

⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 17 février 1983, *Rev. crit.*, 1983. 275, note Y. Lequette, *JDI* 1983. 606, note Ph. Kahn.

que la compatibilité des effets en France du mariage algérien s'apprécie en fonction des circonstances dans les quelles ils sont demandés eu égard, sans doute, à leur nature; autrement dit, l'appréciation se fait *in concreto*.

45. Vaincue sur le registre de l'état civil, Fethita porte le combat sur le terrain tout différent de la pension à laquelle ouvre droit pour la veuve le décès accidentel du mari. Elle prétend, en se fondant sur sa qualité de veuve, obtenir la moitié de la rente. L'article 29 de la convention générale de sécurité sociale de 1965 liant la France et l'Algérie prévoit en effet que dans le cas où le salarié défunt était polygame et laisse plusieurs épouses, celles-ci se partagent la prestation par parts égales. La Cour de Lyon admet cette application de l'article 29 de la convention générale de 1969 et ordonne donc que la rente soit servie pour moitié à chacune des deux épouses. Mme Arthaud a le sentiment que cette solution entame indûment ses droits et elle forme un pourvoi, qui sera accueilli par cet arrêt du 6 juillet 1988.

L'arrêt de la cour de Lyon en effet succombe: il est censuré pour ce motif qui articule deux propositions:

- sauf dispositions contraires, les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international;
- cette conception française de l'ordre public international ne tolère pas que

le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci.

La première proposition est sans doute importante et parfaitement fondée, mais sa pertinence dans le débat ici engagé est relative.

46. Il est exact qu'une convention internationale ne comporte pas l'engagement implicite de chaque partie contractante d'agréeer n'importe quelle solution provenant de la législation de l'autre partie contractante — de la législation actuelle, sans doute, et encore moins de la législation future qui pourrait être élaborée et entrer en vigueur pendant le temps où le traité lie les deux parties. Pour qu'un tel engagement à l'aveugle soit pris, il y faut une stipulation expresse. Ce qu'il y a donc à noter en relation avec la question du rôle confié à l'ordre public est que cette proposition énoncée par la Cour de cassation se comprend sans difficulté lorsque la convention prévoit l'application de la loi de l'Etat étranger cocontractant: c'est parce que cette loi peut s'écarter substantiellement de la loi française qu'il faut réserver l'exception d'ordre public; on ne réserve pas l'exception d'ordre public à l'encontre de la loi du for puisque par hypothèse celle-ci est conforme à la conception du for de l'ordre public international. Or l'article 29 de la convention franco-algérienne de 1965 est une disposition de droit matériel qui est une composante du droit français depuis que cette convention a été ratifiée et est entrée en vigueur. Depuis quand oppose-t-on l'ordre public du for aux dispositions matérielles du droit du for? On peut donc être troublé par ce premier élément de la motivation de la Cour de cassation.

47. Ce trouble prend une ampleur particulière avec la seconde proposition, celle qui dresse explicitement l'ordre public français contre l'application au béné-

fice de la seconde épouse du mode de répartition de la rente due au conjoint survivant en raison du décès du salarié dans un accident du travail.

1° Il est difficile de discerner en quoi le mode de répartition fixé par l'article 29 de la convention est plus scandaleux et insupportable pour l'ordre juridique français que ces dispositions du droit social français qui appellent simultanément à la qualité d'ayant droit et donc de bénéficiaires éventuels de prestations sociales l'épouse et la concubine adultère de l'assuré ou bien qui, tel l'article L. 353-3 du code de la sécurité sociale, répartissent *pro rata temporis matrimonii* la pension de réversion entre les épouses successives du défunt; ou encore en quoi l'article 29 serait plus intolérable que la solution qui consiste dans le droit civil français à distribuer par moitié la part dévolue au conjoint survivant lorsque le défunt laisse, en concours avec son épouse légitime, une femme à laquelle il était uni par un mariage déclaré après son décès nul mais putatif. Est-il moins pénible pour l'épouse légitime de partager avec une femme qui n'était pas celle du défunt que pour la première épouse de partager avec une seconde épouse légitime du défunt? Il est évident que le choix opéré par l'article 29 est parfaitement acceptable pour l'ordre juridique français et c'est d'ailleurs bien pour cela que la convention a été ratifiée et est entrée en vigueur en France.

48. 2° C'est donc qu'un autre facteur justifie ici que le mode de répartition par moitié soit jugé contraire à l'ordre public. Ce n'est certainement pas le résultat matériel de l'application de l'article 29 qui est jugé incompatible. Au demeurant, l'arrêt ne le cache pas: ce qui est insupportable c'est que

le mariage polygamique contracté par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci;

ainsi ce sont toutes les techniques de répartition polygénique qui doivent être stigmatisées dès lors qu'elles jouent au détriment d'une femme française première épouse en titre. La clé de la contrariété à l'ordre public est donc forgée au double métal de la nationalité française et de l'antériorité du lien conjugal. En d'autres termes l'ordre public s'oppose à ce qu'une Française qui est entrée dans une union qui n'était pas actuellement polygamique au jour de son mariage doive soutenir ensuite du fait d'une seconde union valablement contractée par le mari la concurrence d'une seconde épouse.

C'est ce qui importe ici; la nationalité française de la première épouse est incompatible avec la création ultérieure d'une structure matrimoniale polygamique qui l'engloberait... (étant entendu que la nationalité française ne s'opposerait peut-être pas à ce que la femme qui en est titulaire épouse, en pleine connaissance de cause, un homme déjà marié mais soumis à un statut personnel autorisant la polygamie... S'il lui plaît de goûter au «délices du harem»).

49. 3° Il n'est pas certain que le recours à l'ordre public soit ici le moyen adéquat de garantir la monogamie de celui qui est le mari d'une Française. Il est un peu vain en effet de reconnaître, dans un premier temps, la validité du second mariage parce que celui-ci a été contracté à l'étranger entre personnes dont le statut personnel s'accommode de ce type d'union et de déclarer, dans un deuxième temps,

qu'au regard de l'ordre juridique français ce second mariage ne produira pas d'effet à l'encontre du premier conjoint si celui-ci est de nationalité française. *Quod nullum est, nullum effectum producit*; et réciproquement. Bien plutôt que les effets du second mariage, c'est la validité de celui-ci qui est contestée et même déniée. En réalité, l'ordre public est ici chargé de rattrapper l'erreur qui a consisté à appliquer à la question de la validité de l'union polygamique (le second mariage) le règlement de conflit conçu pour l'union monogamique. Les différences structurelles qui séparent les deux types d'union auraient dû prévenir toute confusion et empêcher l'assimilation des deux modes de conjugalité; le mariage monogamique instaure un lien de bilatéralité, de mutualité et d'exclusivité entre les deux époux alors que la mariage polygamique édifie une construction beaucoup plus complexe en forme d'étoile où chaque nouvelle union vient ajouter une branche au module central que constitue le mari⁵⁰. Pour que cette structure stellaire s'établisse un peu solidement, il faudrait que chaque élément s'accommode de tous les autres. En d'autres termes, il ne suffirait pas qu'à l'occasion de chaque mariage soient interrogées les lois personnelles respectives du mari et de la future épouse, sujets actifs de la célébration, il faudrait aussi s'assurer que la loi personnelle de la première épouse ou de chaque précédente épouse, sujets passifs, admet également la validité de cette nouvelle union concurrente... C'est cela que recherche l'arrêt *Baaziz*; ce n'est pas le moins du monde la censure d'une loi qui est ici la loi française et qui bien souvent sera en effet la loi française parce que, d'une part, ce sont des polygamies d'importation, des polygamies qui se sont hexagonalisées qui conduisent aux litiges dont les tribunaux français sont saisis et parce que, d'autre part, la plupart des effets personnels du mariage des époux établis en France sont aujourd'hui soumis à la loi française... Sur tous ces points, il faut lire la note que M. Lequette consacre à cette décision.

50. Il y a seulement lieu d'ajouter que la Cour de cassation qui préfère protéger la femme française contre une polygamie imprévue et imprévisible déclare que «*en statuant comme elle a fait, la cour d'appel [de Lyon] a violé les principes et les textes susvisés*». Ces principes et ces textes susvisés sont en effet mentionnés dans le visa comme il se doit:

– *Vu les principes du droit international privé français et l'article 29 de la convention générale sur la sécurité sociale conclue le 19 janvier 1965 entre la France et l'Algérie...*

Il n'y a rien à dire sur l'article 29, celui-ci a été appliqué par les juges du fond alors que, d'après la Cour de cassation, il ne devait pas l'être. En revanche, il est plus intéressant de relever l'appel aux principes du droit international privé fran-

⁵⁰ V. B. ANCEL, Le statut de la femme du polygame, in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, (F. Dekeuwer-Défossez, dir.), LGDJ, 1993, p. 105, spéc. p. 120 et s.; Y. LEQUETTE, *Rev. crit. DIP*, 1983. 277 et 1989. 78, H. GAUDEMET-TALLON, La désunion du couple en droit international privé, *Rec. cours La Haye*, 1991. I, n°72, G.A.L. DROZ, Regards sur le droit international privé comparé, *Rec. cours La Haye*, 1991. IV, n°148.

çais. La formule est vaste et solennelle. Sans doute est-elle destinée à couvrir une solution que le fonctionnement normal, orthodoxe, du système de conflit ne pouvait procurer; il a fallu solliciter les fondements même de l'ordre juridique, des éléments de valeur supérieure aux règles positives, aux règles de conflit de lois et sous le contrôle desquels celles-ci sont habilitées à agir. On en viendrait à croire que la Cour de cassation aurait aimé consacrer le «*droit imprescriptible de toute épouse française de ne pas être engagée contre son gré dans une union polygamique*». Au delà des termes qu'il utilise et de cet emploi irrégulier de l'exception de l'ordre public qu'il fait, l'arrêt *Baaziz* reste dans la ligne de l'arrêt *Fontaine*. Le lien que la nationalité de la femme établit avec la collectivité française justifie l'application de la loi française. C'est là une solution de conflit de lois, comme l'avait annoncé F. Kahn; ce n'est pas le produit d'une intervention de l'ordre public qui n'a strictement rien à dire en la circonstance.

51. III. La troisième illustration sollicitée pour compléter la démonstration est offerte par les questions que soulève le statut international du *mariage unisexe*.

Inscrit dans la perspective critique qui est celle de ce cours, ce programme est un peu audacieux dans la mesure où «il n'existe pas, en l'état, de décisions judiciaires relatives à ces questions»⁵¹, s'il faut en croire le Garde des Sceaux lorsqu'il répondait à la demande que lui avait soumise le député Th. Mariani de préciser «la valeur juridique du mariage entre deux personnes du même sexe célébré dans un pays de l'Union européenne»⁵². De fait, il semble bien que le ministre ne mentait pas — si du moins, comme il le faisait, on limite son constat à la jurisprudence française.

52. Au demeurant la même discrétion critique s'observe à propos de la valeur des partenariats enregistrés à l'étranger et même de ceux déclarés en France — quoique le pacte civil de solidarité (*pacs*) et les formules homologues retenues à l'étranger soient légalement organisées déjà depuis un certain temps. Il se pourrait que ces solutions de confort offertes aux homosexuels aient réussi sur le plan psycho-sociologique, puisque leur pratique ne paraît pas avoir soulevé aussitôt des difficultés majeures mais, au contraire, semble avoir un peu apaisé la minorité à laquelle elles étaient destinées.

Ainsi, la pratique française du droit international privé n'a pas eu à rencontrer cette institution. A vrai dire, il se peut aussi que les problèmes que le statut international du partenariat enregistré est susceptible de créer soient moins complexes et moins aigus que les débats doctrinaux ne se sont plu à le souligner. Déjà, du code civil quelques bribes de solutions se laissent extraire. Il suffit de se tourner vers l'article 515-3 pour conjecturer assez raisonnablement, à partir de son premier alinéa, que les étrangers peuvent, entre eux ou avec un Français, se «pacser» en France lorsqu'ils y fixent la résidence commune du couple: la résidence commune dé-

⁵¹ Rép. min., *J.O. déb. Ass. nat.*, Questions, 26 juillet 2005, p. 7437, *Rev. crit. DIP* 2005. 855, *JCP* 2005, Act., 652, obs. M. Mignot.

⁵² Question 41533 - 15 juin 2004, *eod. loc.*

termine en effet la compétence du Tribunal d'instance dont le greffe doit recevoir la déclaration de partenariat; ce chef de compétence territoriale interne se laisse ainsi étendre à l'ordre international. De même, l'article 515-3, alinéa 6 indique que l'étranger à l'étranger peut se «pacser» avec un Français, puisque les autorités diplomatiques et consulaires sont habilitées pour ce cas à recevoir la déclaration de partenariat et, bien sûr, cette précision visant le *pacs* mixte implique la même possibilité pour deux Français de convenir un partenariat à l'étranger. Evidemment, ces propositions tiennent pour négligeable la question de la capacité de contracter ce type de «relation de vie commune», comme l'appelle le Code belge de droit international privé; ces propositions postulent en effet une application globale de la loi française dès lors que les officiers publics requis de recevoir la déclaration sont français et sont compétents à cet effet. Ainsi la formation du *pacs* relèverait indistinctement de la loi de l'enregistrement ou, si on préfère retenir — comme on devrait le faire — une analyse sociétaire de cette relation, de la loi de l'incorporation ou de l'immatriculation... Cette observation n'épuise certainement pas le problème, mais elle révèle que le partenariat enregistré est une forme particulière de société qui rejoint les autres formes de société et doit s'inscrire dans la même problématique internationale; l'important est ici de souligner que cette forme particulière de société ne ressortit pas à la catégorie *mariage* et qu'il convient donc de la laisser en dehors du champ du lien conjugal.

53. Mais si on reste dans les limites du champ du lien conjugal, il faut alors sortir de l'Hexagone qui n'a aucune décision à proposer sur le mariage unisexe. Ce qui n'est pas donné en France se trouve ailleurs, notamment de l'autre côté des Pyrénées. A vrai dire, dans le domaine du droit international privé, l'Espagne n'a, pour l'heure, qu'une expérience limitée des unions matrimoniales unisexes. Mais il suffit d'une décision. Or celle-ci existe et elle est même suivie d'un texte normatif précisément consacré au problème. La décision est celle prononcée le 24 janvier 2005 par la Direction Générale des Registres et du Notariat⁵³. La même Direction Générale des Registres et du Notariat a cru devoir, après la loi 13/2005, du 1^{er} juillet 2005⁵⁴, modifiant le code civil en matière du droit de contracter mariage et admettant le mariage homosexuel, émettre un arrêté-circulaire en date du 29 juillet 2005⁵⁵ qui s'efforce de faire ce que le législateur n'a pas pris le temps de faire, délimiter le champ d'application international des nouvelles dispositions et qui n'est d'une certaine manière que le développement de la décision du 24 janvier.

55. Cette décision du 24 janvier ne concerne pourtant pas le mariage homosexuel; elle abordait en effet un problème assez voisin qui est celui de la licéité du mariage projeté entre un individu de sexe masculin et un transfuge, originairement de même sexe, mais passé de l'autre bord, par la grâce de quelque habileté chirurgicale et du dévouement d'autres thérapeutes intervenant dans des domaines divers

⁵³ Resolución n.4264, BOE, n° 63, du 15 mars 2005, *Rev. crit. DIP*, 2005. 614, note S. Sanchez Lorenzo.

⁵⁴ BOE, n°157, du 2 juillet 2005.

⁵⁵ BOE, n°188, du 8 août 2005, v. la note A. Quiñones Escámez, *Rev. crit. DIP*, 2005. 855.

(chimistes, psychologues etc.). L'équivoque de la situation permet de la rapprocher de celle du mariage entre personnes de même sexe sous l'étiquette globale de mariage unisexe. Voici les faits de la cause.

Notre transfuge est de nationalité costaricienne. Il est né en 1971 en son pays où il a été déclaré de sexe masculin à l'état civil local. Des pulsions profondes le portaient à se refuser la virilité que la nature lui avait promise et à se revendiquer femme, de sorte qu'il est venu en Espagne pour refaire sa vie et se refaire lui-même; se soumettant à un traitement médico-chirurgical, il a pu revêtir les apparences de la féminité et s'exhiber dans la vie sociale telle une jeune femme. Sur sa demande, le Tribunal de 1^{re} instance de Barcelone a le 22 mai 2002 déclaré qu'il était de sexe féminin. Au vu des initiales de ses prénoms successifs on peut imaginer que Juan Antonio est ainsi devenu Maria de las Mercedes... C'est alors qu'entre en scène le second protagoniste qu'on désignera toujours par convention et pure conjecture sur la base des initiales, José Maria. C'est un homme, un Espagnol, célibataire de quarante ans, ne présentant semble-t-il aucun signe particulier. José Maria et Maria-Mercedes se sont rencontrés dans une discothèque et ils se sont plus; ils souhaitent se marier. C'est alors que les difficultés apparaissent. Le ministère public s'oppose à ce mariage et le Juge chargé du Registre civil rend le 21 juillet 2004 une ordonnance refusant l'autorisation de célébrer. Ce refus, comme la position du ministère public, est fondé sur la loi costaricienne qui n'admet pas qu'un homme se transforme ainsi en femme et qui dans la foulée interdit le mariage de l'intéressée avec une personne de même sexe chromosomique. En s'appuyant principalement sur le jugement du Tribunal de 1^{re} instance de Barcelone, les malheureux fiancés forment devant la DGRN un recours contre l'ordonnance faisant défense de célébrer.

56. La DGRN va leur donner satisfaction et pour cela en appeler à l'exception d'ordre public d'une manière tout à fait classique qui d'ailleurs se démarque ainsi de la position que la Cour d'appel de Paris le 14 juin 1994 avait cru devoir adopter face à un problème de transsexualisme de même nature, mais dont l'enjeu était tout de même moins important. C'est de cet arrêt parisien que se rapproche l'arrêté-circulaire du 29 juillet 2005. Prenons ces choses dans l'ordre.

57. Dans la décision du 24 janvier sur le recours de José Maria et Maria-Mercedes, la DGRN commence par rappeler la règle de conflit espagnole qui serait propre à régir la question de la détermination du sexe d'une personne et le cas échéant les conditions de changement du sexe.

Cette règle figure à l'article 9. 1 du code civil; elle gouverne la condition de la personne, son statut individuel, son état civil, qu'elle soumet à la loi personnelle, c'est-à-dire à la loi nationale; s'agissant de Maria-Mercedes, il s'agit donc de la loi costaricienne (VII) et cette solution est confirmée au paragraphe IX de la décision — le paragraphe intermédiaire étant consacré à la question de la compétence du juge espagnol en la cause qui est d'ailleurs résolue assez maladroitement. Donc, au regard du juge espagnol et plus généralement de l'ordre juridique espagnol, il y a lieu de s'en remettre à la loi costaricienne; cette solution (toute provisoire, car elle est menacée par l'ordre public) et le raisonnement qui y conduit impliquent que le

problème que soulève le recours est un problème d'identité civile de l'individu. Peut-être n'aurait-il pas été abusif d'aborder la difficulté un peu différemment en l'envisageant sous l'angle de la licéité du mariage entre un homme et un transsexuel; ce n'est pas l'optique choisie. Et il résulte de la perspective retenue qu'est déclarée applicable une loi étrangère qui prohibe le changement de sexe et donc, en dépit du point de vue du Juge de 1^{re} instance n°40 de Barcelone, maintient Maria-Mercedes prisonnière du genre masculin. Cependant le paragraphe IX découvre le moyen de rompre les chaînes d'une masculinité toute bureaucratique, désormais sans correspondance avec le sexe vécu par l'intéressée; ce moyen est offert par l'exception d'ordre public: «l'application du droit étranger peut et doit être refusée quand elle se révèle contraire à l'ordre public international espagnol».

58. C'est que «la possibilité de 'changement de sexe' des personnes constitue un [...] principe fondamental et infrangible du droit espagnol». Ce principe se déduit en effet, selon la Direction Générale, de la Constitution espagnole de 1978, laquelle, par son article 10 §1^{er} garantit, en tant que» fondements de l'ordre politique et de la paix sociale», «la dignité de la personne, les droits inviolables qui lui sont inhérents, le libre développement de la personnalité...». Ce principe de «libre développement de la personnalité» implique que «toute personne, qu'elle soit espagnole ou étrangère, doit avoir la possibilité de changer de sexe».

Au demeurant, la DGRN tient à consolider sa position en faisant intervenir «la plus récente jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme et, en particulier, l'interprétation que dans son arrêt du 11 juillet 2002⁵⁶, la Cour européenne des droits de l'homme donne des articles 8 et 12 de la convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950». Cette mise en cause d'un traité international est présentée comme conforme à la «méthode comparatiste et transnationale» laquelle est censée constituer «un instrument de décantation des principes juridiques protégés par la clause d'ordre public en qualité de principes essentiels communs à une pluralité de pays». L'argument est intéressant; il place l'ordre public international espagnol sous le contrôle d'un ordre public international commun aux «pays civilisés»...

59. Ainsi renforcée, l'exception d'ordre public remplit son office de la manière la plus classique.

i. Le principe de libre développement de la personnalité que méconnaît la loi costaricienne en ce qu'elle refuse la liberté essentielle de passer du masculin au féminin commande d'écarter cette loi; la règle de conflit qui la désigne est disqualifiée par le résultat que produirait l'application de l'interdit posé par le droit désigné et «les tribunaux espagnols (article 12 §3 c. civ.) [...], à sa place doivent appliquer la loi espagnole». Eviction de la loi étrangère, substitution de la *lex fori*, le mécanisme fonctionne parfaitement selon les canons du conflictualisme contemporain.

⁵⁶ Deux arrêts pertinents sont rendus à cette date par la Cour européenne des droits de l'homme *I. v. Royaume Uni*, requête n° 25 680/94 et *Christine Goodwin c. Royaume Uni*, requête n° 28 957/95; c'est probablement le second qui est ici visé par la Cour.

ii. La censure de l'application de la loi étrangère n'est justifiée que par la contrariété matérielle qui se constate entre, d'une part, le précepte constitutionnel agréé par l'ordre public international commun — un nouveau *ius commune*, voire le «droit naturel»⁵⁷ — et, d'autre part, l'interdit dont la mise en oeuvre de la loi costaricienne frapperait Maria-Mercedes. Aucune autre considération ne paraît jouer ici. Nulle part la décision ne suggère qu'il faut au déclenchement de la réaction de l'ordre public international une condition supplémentaire telle qu'un lien suffisant, un lien étroit avec l'ordre du for attestant l'intégration de la situation. L'élimination de la loi étrangère au profit de la loi espagnole ne repose pas sur l'*Inlandsbeziehung*; les motifs de la décision ne s'appuient ni sur le domicile ou la résidence habituelle en Espagne, ni sur la détention d'un titre de séjour régulier. Il est clair que la doctrine de Zitelmann reste hors jeu. D'ailleurs, il n'est nul besoin en la cause de jumeler la contrariété matérielle avec une exigence de lien suffisant étant donné que la norme espagnole de libre développement de la personnalité et la liberté essentielle de changer de sexe reçoivent de leur conformité au droit commun des nations civilisées une valeur universelle (constituent un de ces *principes de justice universelle doués* dans l'opinion commune des peuples développés de *valeur internationale absolue*, pourrait-on dire en paraphrasant l'arrêt *Lautour*⁵⁸); de fait, si l'ordre juridique espagnol admet que Maria-Mercedes appartient à l'espèce humaine, ne doit-il pas lui garantir tout droit reconnu à la personne humaine?

60. Ainsi cette décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat semble tout à fait orthodoxe, exempte de la confusion commise si souvent par les juridictions françaises qui dissimulent sous le manteau d'un ordre public de proximité et de complaisance leur critique de la désignation opérée par une règle de conflit trop abstraite pour convenir à tous les hypothèses concrètes. Ici l'ordre public agit dans toute sa pureté, en toute transparence sur le seul plan de la justice matérielle et, sans la moindre équivoque, il censure bien l'application des dispositions de fond de la loi étrangère et non pas quelque insuffisance de la règle de rattachement.

Pourtant, il n'est pas absolument assuré que cette décision ne puisse être l'objet de quelques réserves.

61. i. D'abord sur la teneur de l'ordre public sollicité.

L'ordre public espagnol procède ici de la constitution, de l'article 10 §1^{er}, et se nourrit donc du droit au libre développement de la personnalité; cependant, ce qui dans l'esprit de la DGRN rend particulièrement intransigeant cet ordre public espagnol, c'est le soutien que lui apporte la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le concert des nations civilisées ou, en tout cas, européennes accroît l'autorité du précepte constitutionnel et lui confère valeur internationale absolue. Mais les dispositions de la convention ainsi appelées à la rescousse, l'article 8 et l'article 12 ne correspondent pas à l'ar-

⁵⁷ V. Ph. FRANCESKAKIS, Droit naturel et droit international privé, in *Mélanges Maury*, vol. II, pp.129-168.

⁵⁸ Cass. civ., 25 mai 1948, préc.

ticle 10 §1^{er} de la constitution; ces articles 8 et 12 protègent d'une part l'intimité de la vie privée et familiale et, d'autre part, le droit de contracter mariage; ces droits sont bien garantis par la constitution espagnole, non pas toutefois par l'article 10 §1^{er}, mais respectivement par l'article 18 § 1^{er} qui promeut «le droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale et à l'image» et par l'article 32 qui énonce que «l'homme et la femme ont le droit de contracter mariage en parfaite égalité juridique». Il est singulier que ces préceptes constitutionnels qui sur la question du mariage transsexuel ne manquent pas de pertinence et qui en tout cas se relient à la cause aussi étroitement que celui de l'article 10 §1^{er}, aient été omis et que la Direction Générale leur ait préféré les articles 8 et 12 de la convention européenne, sans s'expliquer sur cette préférence... Se pourrait-il que la constitution espagnole n'ait pas imposé la mise en place d'un système de protection adéquat et n'ait pas été en mesure d'alimenter suffisamment l'ordre public espagnol⁵⁹? Et pourquoi ici soudain réintroduire dans le débat le droit de contracter mariage alors que jusque là il n'avait été question que de la possibilité de changer de sexe, question qui pour être éventuellement préalable n'en est pas moins distincte? L'ordre public devient un peu incertain...

62. *ii.* Ensuite, plus singulière encore est l'espèce de maternelle remontrance adressée au Juge de première instance n°40 de Barcelone; il semble lui être reproché, avec un brin de condescendance, d'avoir appliqué la loi espagnole, comme le fait la DGRN elle-même, mais sans avoir ressenti la nécessité de se référer ouvertement à la clause d' 'ordre public international', de sorte qu'il aurait ainsi en réalité déclenché «l'intervention d'un prétendu 'ordre public international caché'», caché sous les apparences d'une «application directe» de la législation espagnole. Il faudrait voir là la démarche maladroite d'un petit juge dépourvu de l'expertise nécessaire à la mise en œuvre du droit international privé. Il n'est pas sûr que ce grief soit justifié et que ce juge ait été tout à fait ignorant. Car en fait d' «application directe» de ces dispositions qui garantissent dans un ordre juridique l'effectivité d'un droit fondamental, il y a tout de même quelques précédents issus de juridictions qu'on peut juger éminentes et familières des problèmes de droit international privé. C'est le moment de jeter un coup d'œil sur l'arrêt *Osmar B. alias Jessica*, du 11 juin 1994 prononcé par la Cour d'appel de Paris — et commenté avec une grande perspicacité et aussi avec une certaine vigueur par le Professeur Lequette⁶⁰.

63. Il ne faut cependant pas se laisser prendre par les mots. Il y a *application directe* et *application directe* et celle que mentionne la Cour de Paris n'est pas cel-

⁵⁹ De fait, le Tribunal constitutionnel d'Espagne a jugé le 11 juillet 1994 que si l'article 32 protégeait l'accès au mariage entre personnes de sexes différents, il n'étendait pas ses exigences à l'union conjugale entre personnes de même sexe biologique (arrêt TC 222/1994).

⁶⁰ *Rev. crit DIP*, 1995. 308; v. aussi, Y. LEQUETTE, Le droit international privé et les droits fondamentaux, in *Libertés et droits fondamentaux*, 9^e éd., Dalloz, 2005, p. 101, n°192 et s.; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, thèse Paris II, Dalloz, 2005, préf. Y. Lequette, n°543 et s.

le qui est imputée au Juge de 1^{re} instance n°40 de Barcelone. La première, celle de la Cour de Paris, recouvre l'effet dans l'ordre juridique national d'une convention internationale à l'égard des particuliers: ceux-ci peuvent invoquer les dispositions à leur profit sans que soit nécessaire une opération préalable de réception ou transposition législative. La seconde, celle du juge de Barcelone, vise un mode d'application internationale du droit matériel du for. Mais cette différence dans l'emploi de la même expression n'empêche pas que, sur le plan méthodologique, les deux décisions se rejoignent pour procéder à l'application immédiate de la norme du for assurant la protection d'un droit fondamental.

Il y avait application immédiate parce que le juge de Barcelone s'est épargné la question du conflit de lois et a estimé qu'il y avait lieu en la circonstance d'appliquer la législation espagnole tout simplement parce qu'il lui semblait que la situation de Maria-Mercedes entrerait dans le domaine de celle-ci, ne serait-ce que par l'établissement du domicile en territoire espagnol — même si cette circonstance ne semble pas avoir été spécialement relevée. Faut-il démasquer là l'irruption d'un «ordre public international caché»? En tout cas, la Cour de Paris adopte la même démarche, mais elle nous fournit généreusement l'explication de cette solution.

64. Osmar Oswald B., citoyen Argentin né en Argentine, aspire à devenir officiellement Jessica Victoria et, pour cela, demande aux tribunaux français qu'il soit enjoint aux services publics compétents de lui établir des documents d'identité le désignant conformément à la nouvelle nature qu'elle vient d'acquérir par l'effet d'un traitement médico-chirurgical; c'est le même scénario que dans l'affaire de Maria-Mercedes, mais amputé de la perspective conjugale. La loi nationale de l'intéressé, la loi argentine en l'occurrence, marque la même hostilité envers le changement de sexe que la loi costaricienne et Jessica n'a aucune chance d'obtenir des autorités de la République argentine une modification de son acte de naissance argentin. Elle va donc réduire la demande qu'elle forme devant les tribunaux français à ce qu'il lui soit conféré «un titre, dans l'ordre juridique français, déclarant son changement de sexe».

Malgré la prohibition de la loi nationale, la Cour de Paris déclare la demande recevable et subordonne l'officialisation en France de la métamorphose d'Osmar à la preuve de divers éléments attestant la réalité du syndrome du transsexualisme.

Pour arriver à cela, la cour ne manque pas de signaler que depuis quelque temps déjà, dans le droit interne français, le principe de l'indisponibilité de l'état de la personne, qui empêchait auparavant un homme de choisir de se transformer en femme, est entendu avec plus de souplesse au point d'admettre pareille conversion lorsque du moins elle s'accomplit dans des conditions définies, garantissant la réalité comme la nécessité du changement revendiqué. Mais surtout la cour fait état des valeurs qui interviennent dans ce débat et qui vont justifier l'application de la loi française.

65. Ces valeurs tirées du «droit positif interne» sont précisément celles que défendent l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 9 du code civil. Il s'agit ici, avec ces deux textes, du *principe du respect de la vie privée*. A cette référence s'ajoute un

appel à l'article 57 du code civil. Cette disposition détermine les mentions qui doivent figurer sur l'acte de naissance qui est l'acte-souche de l'état civil de tout individu né en France; le lien entre vie privée et acte de naissance est noué par la demande de *Osmar, alias Jessica*: il ne faudrait pas que le contenu d'un acte, éventuellement dérivé de l'acte de naissance et destiné à la publicité, communique des informations relatives à un élément de l'identité de la personne, tel le sexe, ne correspondant plus à la situation actuelle ni au rôle actuel de cette personne dans la vie sociale, et donc susceptible, par ce décalage, de constituer un indice révélateur de circonstances relevant de la vie privée. Aussi bien si l'intéressé a réellement changé de sexe, il y a lieu procéder à une rectification de l'acte de naissance, sauf à lui infliger la discrimination sociale qui consiste à lui imposer cette non-correspondance entre son sexe réel, son sexe vécu et acquis et un sexe perdu qui ne subsiste plus qu'à l'état purement bureaucratique.

Mais, on l'a vu, ordonner la rectification n'est pas envisageable en la circonstance, car l'acte de naissance a été établi en Argentine et seuls les tribunaux argentins seraient compétents pour enjoindre au service public de l'état civil argentin de procéder à une modification de l'acte. On se contentera donc ici, le cas échéant, de prescrire en France, selon ce qui est demandé, l'établissement de documents d'identité présentant Osmar sous le nom de Jessica et de lui attribuer sur le papier le sexe féminin.

Il reste que l'ensemble de la manoeuvre se développe autour de l'axe du respect dû à la vie privée.

66. Comment cette exigence du respect de la vie privée si vive en «droit positif interne» français parvient-elle à déterminer l'application de la loi française? La cour ne fait pas état d'une «application directe» de cette loi; elle réserve cette expression à l'introduction dans l'ordre juridique français des stipulations de la convention; il ne s'agit que de signaler la réception du principe conventionnel qui désormais peut être invoqué et même opposé par les particuliers. A propos de l'application de ce principe au cas de Osmar, *alias Jessica*, la cour paraît osciller entre deux procédés.

67. *i.* Le second, qui est tout orthodoxie et permet à l'arrêt de Paris de rivaliser avec la décision de la Direction Générale des Registres et du Notariat, n'intervient toutefois qu'à titre complémentaire⁶¹. Il s'agit ici de l'intervention pure et simple de l'exception d'ordre public dont le contenu est alimenté, dans l'ordre juridique français par la Convention européenne et les dispositions françaises: l'application de la loi argentine

*qui ne reconnaît pas le transsexualisme conduirait à la violation du droit au respect de la vie privée protégé par la Convention européenne des droits de l'homme et par le droit français*⁶².

⁶¹ V. N. JOUBERT, *La notion de lien suffisant...*, thèse précitée, n°263.

⁶² *Ibidem*.

L'argument serait tout d'opportunité, car s'il habille la décision d'une rationalité un peu large, du moins il abriterait celle-ci d'une censure de la Cour de cassation qui, peut-être, n'aurait pas été plus disposée que la DGRN à approuver le procédé mis en œuvre à titre principal. C'est celui-ci qui importerait.

ii. Ce procédé associe une constatation de fait et une proposition de droit: d'une part, la cour s'appuie sur le fait que l'intéressé est domicilié en France, d'autre part, elle juge que

la matière des droits de l'homme est d'ordre public et que la protection de ces droits doit être assurée tant à l'égard des nationaux qu'à l'égard des ressortissants des Etats non parties à la convention s'ils sont domiciliés sur le territoire national.

Cette combinaison de l'ordre public et du domicile correspond bien à l'idée d'*Inlandsbeziehung*, d'une *Inlandsbeziehung* qui commanderait positivement l'application immédiate du droit français. On se résignera donc à admettre que la reconnaissance du transsexualisme chez toutes les personnes relevant de la juridiction française est («sans considération de leur statut personnel») «nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays»⁶³.

68. Peut-être faudrait-il s'inquiéter qu'un principe aussi général que celui de l'article 9 du code civil, renforcé au besoin par l'article 8 de la Convention européenne, puisse sur le plan de sa mise en œuvre se comporter comme ou même constituer une véritable loi d'application immédiate; il faudrait peut-être ici réfléchir à la distinction entre règle et principe et notamment aux différences de structure conditionnant leurs étendues d'application aussi bien d'ailleurs que leurs objets respectifs. Techniquement, il est assez difficile de se représenter l'application immédiate d'un principe comme on peut le faire de l'application d'une règle. Surtout, il est plus troublant de constater que l'ordre juridique français, une fois encore⁶⁴, ne serait concerné en matière de droits de l'homme que par le sort de ses nationaux et de ses domiciliés, laissant accroire qu'il est souverainement indifférent aux autres représentants de l'espèce humaine, à moins que plus simplement il ne leur dénie la qualité d'homme; il y aurait là un bel exemple de tendance régressive, l'histoire n'enseigne-t-elle pas en effet qu'aux origines du droit international privé sévissait déjà l'exclusivisme de la cité antique?

Sur ce plan, la justification complémentaire dans sa parfaite orthodoxie était évidemment moins dérangeante⁶⁵; elle n'imposait pas de circonscrire l'emprise du principe de respect de la vie privée au cercle des privilégiés titulaires de la nationalité française ou jouissant d'un domicile en France.

⁶³ Ph. FRANCESKAKIS, in *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1966-1969, p. 165.

⁶⁴ V. *supra*, n. 41 à propos de *De Ituralde de Pedro*.

⁶⁵ Si du moins il est admis - par pure provision (car cela est très discutable, v. par exemple, M.-C. NAJM, *op. cit.*, *supra ad notam* 58) - que le droit en cause réclamé sous le couvert du syndrome du transsexualisme procède directement du principe du respect de la vie privée et comme tel doit recevoir un domaine d'application universel.

69. C'est pourtant vers une solution semblable, parfaitement conforme, réservant les bienfaits de la loi du 1^{er} juillet 2005 qui émancipe le mariage de toute sujétion sexuelle, aux Espagnols et aux étrangers résidant en Espagne, que va se diriger l'arrêté-circulaire du 29 juillet 2005 de la Direction Générale des Registres et du Notariat.

Il ne s'agit plus de transsexualisme et de «mariage transsexuel», il s'agit bien de mariage homosexuel, institution désormais apposée au mariage tout court sous la même ombrelle législative dans un certain nombre d'ordres juridiques (Belgique, Pays-Bas, Canada), mais aussi clairement rejetée par d'autres, telle celui du Chili.

L'objectif de cet arrêté-circulaire, qui n'est qu'une instruction administrative propre à engendrer une doctrine administrative dont l'autorité est liée au pouvoir hiérarchique détenu par la DGRN sur l'ensemble des services de Registre civil, est d'obliger les agents de ces services à déférer aux demandes de célébration qui émaneraient, soit de deux sujets espagnols, soit d'un(e) Espagnol(e) et d'un(e) étranger(e) résidant en Espagne⁶⁶. Tablant sur un riche bouquet d'arguments plus ou moins convaincants, l'arrêté-circulaire fait le pari de la validité de l'union dans ces deux cas mais naturellement ne préjuge pas autrement l'appréciation des tribunaux.

70. Il est inutile de défaire la gerbe et d'examiner un à un ces arguments. Il suffit de noter que la Direction Générale considère que

1° la nouvelle loi espagnole entre dans la sphère de l'ordre public espagnol, lequel d'ailleurs s'est opposé aux lois étrangères autorisant la polygamie, le mariage des jeunes enfants, les mariages sans consentement des futurs, ou celles interdisant le mariage en raison de *disparitas cultus*, et, bien sûr, celle, telle la costaricienne, interdisant le «mariage transsexuel»; bien qu'il ne puisse recevoir en tout point le soutien du droit constitutionnel, cet ordre public qui combat maintenant pour une certaine politique législative est positif;

2° l'article 9 §1 du titre préliminaire du code civil qui désigne la loi nationale pour régir les conditions de fond du mariage n'est pas approprié au traitement du problème que soulèvent les lois étrangères contraires à la licéité des unions unisexes. Il faut constater une lacune dans le système de conflit codifié de l'Espagne qui s'est constitué notamment sur la base d'une conception du mariage que le code civil espagnol de 1889 avait repris du code civil français de 1804 et qui fait de la diversité des sexes un élément essentiel constitutif de l'union conjugale. Ce n'est plus la conception que met en oeuvre le code civil espagnol depuis la loi de 2005 pour laquelle le sexe n'est plus le paramètre de la conjugalité.

⁶⁶ V. le précédent constitué par la *Circulaire du 24 janvier 2004 remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du code civil* (Mon. belge du 27 janvier 2004), retenant en Belgique une solution semblable, sur laquelle v. Gian Paolo ROMANO et Sofie GEEROMS, *La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé : de la circulaire ministérielle du 24 janvier 2004 à l'alinéa 2 de l'article 46 du nouveau code*, in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe*, Genève-Zurich-Bâle, 2004, p. 116.

3° Fondues aux arguments accumulés qui jouent de l'analogie, de l'induction, de l'a fortiori et de quelques figures de rhétorique, et qui récupère aussi l'invocation des droits de l'homme, du principe de libre développement de la personnalité, du principe de non-discrimination, de liberté du mariage etc., déjà rencontrée dans la Décision du 24 janvier 2005, ces deux considérations portent

à la conclusion obligée que le mariage célébré entre Espagnol et étranger ou entre étrangers résidents espagnols du même sexe sera valable, par application de la loi matérielle espagnole, même si la législation nationale de l'étranger ne permet pas ou ne reconnaît pas la validité de tels mariages et cela que la célébration ait eu lieu en Espagne ou à l'étranger, sous réserve de l'observation des conditions de forme et de compétence [...].

Ainsi se dégage une solution qui, au bout du compte, ne se laisse pas imputer à une intervention de l'exception d'ordre public, mais qui est bien plutôt le produit d'une règle de conflit distincte de l'article 9 §1 et qui est propre au mariage homosexuel et peut-être même plus largement à la conjugalité unisexe⁶⁷.

71. En effet, il ne s'agit pas d'ordre public — ni à la manière de Zitelmann, ni à la manière classique. La DGRN n'incite à aucun moment les agents locaux des services de l'état civil à s'assurer que l'application de la loi nationale de l'étranger engagé dans le projet matrimonial conduirait, *in concreto* et compte tenu, le cas échéant, de la résidence espagnole, vers une issue insupportable au regard des *principes de justice universelle considérés* dans l'opinion espagnole *comme doués de valeur internationale absolue*⁶⁸. L'agent doit simplement se référer à la loi espagnole dès que la nationalité ou la résidence espagnole est avérée. Le mécanisme serait ici plus proche de celui décrié de l'«application directe», si du moins n'étaient clairement énoncés les facteurs de rattachement opérant sur le mode unilatéral.

Au demeurant et quoi qu'en dise l'arrêté-circulaire, il n'est nullement acquis que l'ordre public espagnol s'incommoder de l'impossibilité de nouer une relation conjugale entre personnes de même sexe⁶⁹; la nation espagnole a pu, vaille que vaille, se perpétuer jusqu'au troisième millénaire sans connaître le mariage homosexuel et la contestation de l'institution, par une large partie de la population, incite plutôt à penser que la solution imposée est commandée beaucoup plus directement par la volonté de développer une politique législative déterminée — propre sans doute à calmer une minorité d'électeurs peut-être un peu turbulents — que par

⁶⁷ Etant donné la liaison quasi-génétique entre l'arrêté-circulaire de juillet 2005 et la décision de janvier 2005.

⁶⁸ Rapp. M.-P. PULJAK, *op. cit.*, *supra ad notam* 39, M.-C. NAJM, *op. cit.*, *supra ad notam* 60.

⁶⁹ Il est permis de douter qu'un tribunal espagnol doive tenir pour valable et efficace l'union irrégulièrement célébrée en France à la façon de Bègles, lorsque l'un des intéressés se prévalant du décès de l'autre viendra réclamer les droits du conjoint survivant sur l'appartement de Benidorm; alors qu'à l'inverse pas un seul instant on ne doutera que le même tribunal espagnol refusera de prescrire que l'esclave philippin qui s'est réfugié en Espagne soit restitué à son maître et de tenir ainsi pour valable et efficace la vente de l'esclave régulièrement conclue dans quelque pays de la Péninsule arabe où ce genre d'opération est pratiquée la manière habituelle.

une exigence correspondant à ces principes de justice universelle que n'auraient discernés jusqu'à présent que trois ou quatre pays sur le vieux continent — principes dont il serait peu sérieux d'affirmer qu'ils obligent à traiter comme tout le monde des personnes revendiquant hautement leur distinction et dont l'accession à la conjugalité de droit commun provoque un bouleversement sans précédent de l'institution du mariage laquelle n'a été créée que pour répondre à des problèmes spécifiques dont il n'est pas possible de nier la réalité, et qui sont ceux qui sont inhérents à l'inéluctable et naturelle complémentarité des sexes.

72. En fait, il semble bien que les deux considérations associées par l'arrêté-circulaire aient conduit à la formulation d'une règle de conflit unilatérale, dérogeant à l'article 9 §1 du Titre préliminaire du code civil et spéciale à la conjugalité unisexe que cette disposition n'avait pas prévue. Ce n'est pas de l'*Inlandsbeziehung* qu'il faut alors parler, mais de *lokale Anknüpfung* et, de nouveau, F. Kahn l'emporte sur E. Zitelmann. La règle de conflit unilatérale adjointe à la règle de conflit générale et bilatérale de l'article 9 §1 offre d'elle-même la preuve parfaite de l'insuffisance de cette dernière.

73. Il serait trop paresseux toutefois de se contenter ici de reproduire les conclusions atteintes précédemment au terme de l'examen de l'action subversive de l'exigence de lien suffisant dans le droit international privé de la filiation. Ces conclusions sont entièrement confirmées. D'abord, l'*Inlandsbeziehung* combinée à l'ordre public et aux droits fondamentaux (l'ordre public de proximité) est un rattachement particulièrement sélectif puisqu'il divise l'humanité en deux catégories: les êtres humains de plein exercice et les sous-hommes qui ne méritent pas la protection, ne serait-elle qu'occasionnelle, de l'ordre du for; ensuite et heureusement cette conception fâcheuse, pour ne pas dire odieuse, n'est en général qu'une mauvaise interprétation, qu'encourage la complaisance de la notion d'ordre public, d'une réalité différente: la faiblesse de la désignation conflictuelle qu'il faut compenser par l'admission d'une règle de conflit complémentaire.

On ajoutera à cela que les décisions évoquées dans le domaine de la filiation concernaient des problèmes classiques de droit civil, la reconnaissance volontaire qui n'est pas une institution vraiment progressiste, l'établissement judiciaire de la paternité naturelle qui, du moins en France, était déjà, au temps de cette jurisprudence, une institution bien éprouvée par près de trois quarts de siècle de pratique régulière. Dès lors, il n'est pas douteux que l'insuffisance de la désignation conflictuelle qui a été diagnostiquée n'était pas imputable à la catégorie *filiation* dont use le règlement de conflit français, mais seulement à une inadéquation du rattachement... En revanche, l'examen du lien suffisant dans le droit international privé du mariage montre que la défaillance peut procéder aussi de l'inadéquation de la catégorie. Cela n'est pas le cas que vient illustrer la «faculté [...] de demander le divorce»; mais c'est bien cette carence que dénonce l'affaire *Baaziz* avec l'union polygamique qui, pour des raisons historiques, n'a jamais été analysée pour ce qu'elle était et c'est bien aussi l'apport théorique essentiel de l'arrêté-circulaire de la Direction Générale des Registres et du Notariat du 29 juillet 2005 que de révéler combien la conjugalité unisexe déborde le champ de la règle de conflit

traditionnelle de l'article 9 §1 du code civil espagnol⁷⁰. La maladresse dans le choix des rattachements n'est pas seule en cause, il y aurait aussi le vieillissement des catégories.

SECTION 2: LA PRISE EN CONSIDÉRATION D'UNE LOI NON DÉSIGNÉE

74. Il n'est peut-être ni mauvais, ni superflu de commencer par donner de cette expression qui est banalement employée par la langue profane une définition elle-même profane; aussi bien suggèrera-t-on que *prendre en considération un élément (un fait, une qualité, un facteur quelconque) dans l'analyse d'un phénomène, c'est relever l'existence et la valeur de cet élément dans la description et l'explication de ce phénomène*. Cette démarche requiert une certaine capacité de discernement pour repérer l'existence de l'élément et une certaine capacité de jugement pour en apprécier le rôle et la valeur dans le développement du phénomène. Il faut ajouter que l'élément qu'il est recommandé de prendre en considération est un élément dont il n'est pas toujours évident qu'il est directement associé au phénomène dont l'explication est recherchée; s'il avait l'évidence pour lui, il échapperait si peu à l'attention qu'il paraîtrait une composante naturelle du phénomène étudié. Ainsi la prise en considération est le plus souvent en pratique le fait d'un esprit qui cherche, qui n'est pas satisfait du donné immédiatement perceptible et qui donc observe avec un peu d'insistance parce que sensible à quelque imprécision, il refuse de céder à la première impression.

Lorsque la prise en considération porte sur une norme juridique, elle reconnaît à celle-ci une fonction pour ainsi dire de complément par rapport aux éléments déterminant une solution concrète qui est imputée à l'application d'une autre norme. Et le complément ainsi apporté infléchit voire modifie, parfois du tout au tout, la solution concrète. Ainsi la prise en considération de la norme qui impose à l'agent public de déférer au commandement de l'autorité légitime vient s'ajouter à la constatation des faits constitutifs de l'homicide et abriter l'auteur du comportement incriminé de la sanction prescrite par la règle pénale. Mais il se peut aussi que la prise en considération d'une norme par une autre ait une incidence moins radicale et se contente de tempérer ou de moduler la sanction. Ainsi encore dans une perspective internormative, la prise en considération du «raisonnable» dans l'application d'une norme juridique⁷¹...

75. Dans le domaine des conflits de lois (mais elle intervient aussi dans le domaine des conflits de juridiction⁷²), le besoin de prise en considération peut être res-

⁷⁰ La nécessité de prévoir une règle spéciale est le symptôme paradoxal de l'irréductibilité de la conjugalité unisexe à l'institution du mariage-réponse à la complémentarité des sexes. Il en va ici comme de la présomption *pater is est...* face à la disparition de la distinction des filiations légitime et naturelle. On peut se demander qui trompe qui.

⁷¹ V. G. KHAIRALLAH, *Le raisonnable en droit privé français*, *Rev. trim. dr. civ.*, 1984, 439.

⁷² E. FOHRER, *La prise en considération des normes étrangères*, thèse, Paris II, 2004; P. KINSCH, *Le fait du prince étranger*, thèse Strasbourg, LGDJ, 1994.

senti à deux moments différents de l'algorithme conflictuel, en amont de la désignation et précisément pour préparer celle-ci, ou bien en aval de la désignation de la loi applicable.

Elle se produit en amont par exemple avec le mécanisme du renvoi: la solution du conflit est demandée à la règle de droit international privé du for, mais celle-ci, avant de conclure sur le droit applicable, prend en considération le choix opéré par la règle de conflit de la loi qu'elle-même a sélectionnée et ainsi peut aboutir à commander l'application d'une loi différente⁷³. L'affaire *Stroganoff-Scherbatoff* montre que la prise en considération peut aussi intervenir dans le cadre de l'opération de qualification; en l'occurrence, pour décider si la succession était mobilière ou immobilière, il fallait déterminer si les oeuvres d'art litigieuses, meubles par nature, avaient fait l'objet d'une immobilisation par destination, et il n'y avait d'autre moyen de s'en assurer que de consulter le droit russe en vertu duquel elles avaient jadis été affectées à l'ornement des châteaux donnés par le Tsar au Prince Stroganoff⁷⁴ en récompense de services éminents.

Un autre exemple plus complexe est offert par ces règles dites parfois règles de rattachement à caractère matériel qui valident un acte passé dans une situation internationale sous la condition que, parmi une sélection de lois auxquelles la situation se rattache par des liens significatifs, il s'en trouve une pour réputer cet acte valable: la structure de cette règle impose la prise en considération de la teneur des règles sélectionnées, mais non désignées⁷⁵. Il n'est pas utile de s'arrêter plus longtemps sur ces figures de la prise en considération; en effet, bien qu'elles soient révélatrices d'une évolution de la méthode conflictuelle, elles se produisent avant et en vue de la désignation. Or, ici, du point de vue de la *dévaluation de la désignation conflictuelle* et plus précisément de l'insuffisance de cette désignation, la prise en considération qui importe est celle dont peut être l'objet une loi non désignée, ce qui suppose que le processus s'est accompli et a déjà débouché sur la sélection d'une loi applicable.

Il faut donc se placer en aval de la désignation. A cet instant aussi on peut attendre du juriste qu'il soit attentif à l'ensemble des données du cas à traiter et qu'il n'hésite pas à prendre en considération certains éléments des données du cas à traiter que l'opération même de la règle de conflit aurait pu d'abord dérober à son champ de vision. C'est que l'opération de la règle de conflit risque de produire un effet de désinternationalisation.

⁷³ V. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^e éd., n. 215 et s.

⁷⁴ Trib. gr. inst. Seine, 12 janvier 1966, *Rev. crit. DIP*, 1967. 120, note Y. Loussouarn : «Attendu que c'est à la loi française qu'il y a lieu de recourir pour déterminer si des objets sont des meubles ou des immeubles et en déduire la loi qui régit leur dévolution; qu'il n'est pas possible de qualifier les biens successoraux selon la loi de leur situation sous peine de donner compétence à cette loi alors qu'il s'agit précisément de dire laquelle est compétente; - Attendu, au surplus, que la qualification *lege fori* n'interdit pas de *prendre en considération* le statut et le caractère particulier donnés aux objets situés en territoires étrangers pour déterminer s'ils rentrent, compte tenu de ces particularités, dans la catégorie des meubles ou dans celle des immeubles, telles que la loi française définit celles-ci».

⁷⁵ V. P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n.139 et s.

76. Cet effet est inhérent au jeu de la mécanique de l'élection-exclusion que déclenche la règle de conflit.

Exclusion d'abord. Celle-ci frappe les lois au contact desquelles se développe le rapport de droit à régler et qui n'ont pas été désignées par la règle de conflit; ces lois sont alors en quelque sorte disqualifiées. Mais cette disqualification qui les empêche de fournir au syllogisme du jugement la majeure dont il a besoin pour régler au fond la question de droit n'empêche pas que ces lois existent et qu'elles sont effectives dans chacun des ordres juridiques qui les ont édictées.

Election ensuite. Une loi est en effet élue, choisie, désignée pour procurer au syllogisme du jugement la majeure dont il a besoin; cette majeure sera constituée par la norme de droit matériel que le droit interne (civil, commercial, social, etc) de l'ordre juridique désigné destine au type de rapport de droit à régler. L'application de cette norme interne dans une situation internationale ou hétérogène remet celle-ci au gabarit interne. C'est le lit de Procuste. Il y a réduction à l'interne, désinternationalisation de la situation.

La prise en considération s'offre alors ici comme un moyen de restituer sur le plan matériel l'internationalité compromise sur le plan conflictuel par cet effet de désinternationalisation résultant du fonctionnement de la règle de conflit.

77. Les réflexions que Brainerd Currie développe à partir de l'arrêt *Walton v. Arabian American Oil Co*⁷⁶, dans son étude *On the Displacement of the Law of the Forum*⁷⁷, sur l'éviction de la loi du for, éclairent utilement cette fonction de réinternationalisation que remplit la prise en considération. Dans cette affaire, il s'agissait de trancher une question de responsabilité civile née d'un accident de la circulation routière survenu en Arabie saoudite et dont les protagonistes étaient l'un et l'autre des employés de sociétés pétrolières américaines. Engagé par l'une des victimes contre la société employant l'autre conducteur devant le juge new-yorkais, le procès donne lieu à un débat de fait qui pratiquement ne porte que sur l'établissement des circonstances de l'accident. Cependant le juge d'abord relève d'office l'applicabilité de la loi du lieu de l'accident, puis oppose au demandeur un *non liquet* parce que la preuve de la loi d'Arabie saoudite n'a pas été rapportée devant lui. Currie critique cette décision d'irrecevabilité. Il défend la thèse selon laquelle un juge new-yorkais est toujours en mesure de statuer au fond car son premier et principal devoir est d'appliquer la *lex fori*; ce n'est que si un des plaideurs trouve intérêt à l'application d'une loi étrangère et établit à la satisfaction de la cour la teneur de celle-ci, que l'éviction de la loi du for est envisageable; en l'occurrence le juge Bricks aurait donc dû s'en tenir à la loi de l'Etat de New York. Ceci posé, Currie ajoute que naturellement si le juge n'est pas contraint de renoncer à la loi de New-York, il doit se garder de l'appliquer mécaniquement et il serait bon qu'il fasse preuve de discernement et qu'il s'avise ainsi de ce qu'en Arabie Saoudite, la circulation des automobiles doit se faire sur la voie de gauche de la chaussée alors que dans l'Etat de New-York, dont il doit appliquer la loi, le code

⁷⁶ 233 F 2d 541 (2nd circ., 1956).

⁷⁷ 58 *Col. L. Rev.* 964 (1958), reproduit in *Selected Essays on the Conflict of Laws*, 1963, p. 3.

de la route prescrit l'usage de la voie de droite. Il faut mettre en œuvre la loi de New-York en prenant en considération les particularités de la loi saoudienne, laquelle constitue pour le juge un *local datum*. Négliger ce *local datum* serait statuer sur une situation tout imaginaire; pour retrouver un peu de la réalité, il faut prendre en considération l'effectivité en Arabie Saoudite des règles de circulation routière saoudiennes, même si et surtout si le droit international privé ne déclare pas la loi saoudienne applicable.

78. L'idée était déjà chez d'autres auteurs, mais l'intérêt de l'article de Currie est qu'il établit de manière magistrale que la prise en considération du *local datum* vient en quelque sorte compenser la désinternationalisation radicale à laquelle il commence par procéder en affirmant la compétence de principe de la loi du for. Currie en profite aussi pour esquisser une distinction qui, dans le domaine du droit international privé, vaut ce qu'elle vaut (surtout au regard d'un juriste de la tradition romano-germanique), entre

- les *règles de décision* que le juge met en œuvre pour trancher le conflit des intérêts privés dont il est saisi et dont l'application relève de la désignation conflictuelle ou pseudo-conflictuelle, et
- les *règles de comportement* qui, par leur effectivité dans le pays où elles sont en vigueur, ont pu ou dû déterminer les actes et la conduite du justiciable. Ces règles de comportement sont les *local data* à prendre en considération lorsqu'il s'agit de déterminer par application de la loi de New-York la responsabilité du défendeur.

Cependant, il est discutable de réserver la prise en considération aux règles de cette seconde catégorie. Le fait est que lorsque les règles de comportement présentent un caractère pénal ou même plus généralement de droit public, cette technique procure le moyen de ne pas les oublier dans le règlement de la question de droit privé, relevant du conflit de lois. Mais, du moins dans la conception dominante sur le continent européen, s'il existe bien des règles de comportement, il se trouve que les règles de décision (*normae decidendi*), celles dont le juge fait application au contentieux privé (et surtout au pénal), doivent aussi être en principe des règles de conduite (*normae agendi*) de manière qu'aucun justiciable ne soit jugé d'après des règles qui n'avaient pas cours au moment il déterminait son action (ou son abstention). De fait, dans les diverses affaires qui vont être examinées, se rencontreront des cas de prise en considération portant sur des règles qui, dans d'autres conjonctures, pourraient prendre figure de *normae agendi*.

79. En effet, ce mécanisme de la prise en considération n'est pas inconnu des systèmes de droit international privé de la Vieille Europe. Dans la mesure où le raisonnement conflictuel conserve un peu de sa valeur paradigmatique, il serait pourtant permis de s'en étonner; sans doute la règle de conflit produit un effet de désinternationalisation, mais il s'agit d'un effet tout relatif et ce n'est pas grand'chose en comparaison des propositions méthodologiques de Currie (ou d'Albert Ehrenzweig, zéléateur de l'application de la *lex fori* et de la prise en considération des *lo-*

cal et même des *moral data*⁷⁸). Le raisonnement conflictuel ne nie pas absolument et par principe le caractère international des situations relevant de son domaine; tout au contraire, il en tient le plus grand compte lorsqu'il distribue les divers aspects d'une relation entre les lois avec lesquelles chacun de ceux-ci présente les liens les plus significatifs; ce faisant il admet dès le départ, *ab initio*, qu'une situation hétérogène ne relève pas en principe de la loi du for, mais qu'elle peut bien être régie en tel ou tel de ses éléments par une loi étrangère ou plusieurs lois étrangères. Pourtant, même débouchant sur un bouquet de lois applicables, le mécanisme conflictuel peut apparaître insuffisant. C'est que l'effet de désinternationalisation se remarque en aval, mais nullement en amont. En amont, avant la désignation, l'internationalité est très exactement sanctionnée par la mise en question de l'applicabilité de la *lex fori*, c'est-à-dire par la reconnaissance de l'existence d'un conflit de lois. En aval, en revanche, il est à craindre que chaque règle matérielle interne que l'ordre désigné pour régir tel aspect de la relation destine à celle-ci, soit appliquée telle quelle, comme si la relation dans son ensemble était homogène, c'est-à-dire dans tous ses éléments soumise uniformément à cette *lex causae*. Faut-il se résigner à travestir ainsi la réalité?

80. Certaines codifications récentes, à propos du cas typique de la responsabilité extra-contractuelle, entendent bien se défendre d'une telle pratique. L'article 143 de la LDIP du 18 décembre 1987⁷⁹ est ainsi libellé:

Domaine du droit applicable: 1. *Le droit applicable à l'acte illicite détermine notamment la capacité délictuelle, les conditions et l'étendue de la responsabilité, ainsi que la personne du responsable.* 2. *Les règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu de l'acte sont prises en considération.*

Suivant la même inspiration, l'article 102 du code belge de droit international privé⁸⁰ porte:

Prise en considération des règles de sécurité et de comportement. *Quel que soit le droit applicable à l'obligation dérivant d'un fait dommageable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au moment du fait dommageable.*

Ces règles ont pour objet de réintroduire, dans le moment de l'application de la loi désignée, certaines des dispositions de la *lex loci delicti*, que la règle de conflit de lois a cependant exclue en lui préférant une autre loi dans diverses circonstances.

C'est le même genre d'exemple que propose la Convention de La Haye du 7 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, dont

⁷⁸ A. EHRENZWEIG, *Specific Principles of Private International Law, Rec. cours La Haye*, 1968.II.167, p. 200, *Local and Moral Data in the Conflict of Laws : Terra Incognita*, 18 *Buffalo L. Rev.* 55 (1966).

⁷⁹ Loi suisse, in *Rev. crit. DIP*, 1988. 409.

⁸⁰ Loi belge du 16 juillet 2004, *Rev. crit. DIP*, 2005. 154.

on peut supposer qu'elle a servi de modèle aux codifications suisse et belge sur ce point.

L'article 4 de cette convention définit les cas dans lesquels la loi de l'Etat d'immatriculation du ou des véhicules impliqués est désignée au lieu et place de la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'accident s'est produit.

Mais l'article 7 ramène à la surface les *local data* pour en lester l'article 4; cet article 7 dispose en effet que:

Quelle que soit la loi applicable, il doit, dans la détermination de la responsabilité, être tenu compte des règles de circulation et de sécurité en vigueur au lieu et au moment de l'accident.

Un intérêt, peut-être conjoncturel, mais indéniable de cette disposition est que le débat qui a précédé son adoption par la Conférence de droit international privé de La Haye permet de distinguer clairement le mécanisme de la prise en considération de celui des lois de police ou d'application immédiate. Il faut ici raconter en deux mots l'histoire d'un défaite française (mais à Vitoria, chacun sait depuis bientôt deux siècles que les Français perdent quelquefois des batailles).

81. La délégation française jugeait la formulation de l'article 7 un peu imprécise et souhaitait que la solution en faveur de la loi du lieu de l'accident soit plus nettement affirmée⁸¹. S'il s'agit de faire exception à l'application de la loi de l'Etat de l'immatriculation, il convient de le dire clairement et de réserver la compétence des règles de sécurité et de circulation de l'Etat du lieu de l'accident: ce sont là des règles immédiatement applicables sur le territoire, quelle que soit la loi désignée par ailleurs, des règles qui n'intéressent pas directement l'équilibre des intérêts individuels des parties, mais qui sont conçues pour la défense d'un intérêt collectif et dont l'efficacité suppose qu'elles obligent toute personne circulant sur le réseau routier de l'Etat qui les édicte (faut-il imaginer un motocycliste de Manchester qui prétendrait rouler impunément à gauche de Calais à Bilbao?); par sa fonction particulière de police (à vrai dire même de répression, car il s'agit de dispositions de nature pénale), ce type de règle revendique un domaine d'application ou plutôt d'efficacité prédéterminé, qui se trouve donc soustrait au jeu habituel du règlement de conflit. C'est ce que demandait la délégation française: que ce bloc normatif (circulation/sécurité) soit sorti du domaine de la loi de l'Etat de l'immatriculation⁸².

82. A quoi il fut objecté que l'article 7 ne commandait nullement que l'on réduise le domaine de la loi applicable, qu'il ne s'agissait pas de soustraire de ce domaine les questions de police du roulage. Il fallait laisser à la loi de l'Etat d'immatriculation ses exigences de sécurité et de circulation. Mais plus précisément il fut aussi répondu à la thèse française que cela n'empêchait pas d'y ajouter les exi-

⁸¹ V. H. BATIFFOL, La onzième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, *Rev. crit. DIP*, 1969.215, p. 234; *Actes et Documents de la onzième session*, P.-V., n°9, p. 143 et s.

⁸² V. les déclarations de M. Museux, délégué français, in *Actes et document, op. cit., eod. loc.*

gences de l'Etat du lieu de l'accident, non pas à titre de règles applicables pour déterminer la responsabilité (*lex causae*), ni à titre de prescriptions de nature pénale, mais à titre de *data* qui ne doivent pas être négligés dans l'appréciation de la faute (il va de soi que le motocycliste mancuinien qui roule à droite en France ou en Espagne, bien que son engin soit immatriculé en Angleterre, est en situation régulière, mais qu'il ne le serait plus s'il décidait de rouler à gauche et que pareil comportement illicite serait alors un facteur justiciable des règles pénales locales, mais aussi, au besoin, un facteur d'appréciation de la faute). La délégation française essuyait un revers.

La qualification *loi de police* ou loi d'application immédiate ou règle internationalement impérative aurait conduit à enlever d'emblée à la règle de conflit le soin de désigner la loi applicable aux questions relevant du code de la route. En d'autres termes, le mécanisme de soustraction se serait déclenché en amont, avant même que la règle de conflit n'entre en jeu: le code de la route est territorial, seules les questions qu'il ne règle pas peuvent être soumises au jeu de la règle de conflit et, lorsque ce jeu se sera conclu par la désignation de la *lex causae*, à celui des règles matérielles de la loi désignée. La délégation française se plaçait ainsi *en amont* de la désignation en prônant l'utilisation, sur le terrain du choix de la loi à appliquer, d'un procédé concurrent de la règle de conflit; la Conférence a préféré maintenir intact le domaine de la loi applicable, ne rien en soustraire au profit d'une loi de police⁸³, mais au contraire y ajouter, *en aval de la désignation*, la prise en considération des règles locales. C'est ainsi que le cantonnement de la solution conflictuelle a été refusé: la loi désignée doit être intégralement appliquée dans toute l'étendue qui lui est reconnue, selon la désignation opérée; mais, dans cette application intégrale, il ne faut pas omettre que tous les faits de la cause ne se sont pas produits sur le territoire de la loi désignée, ni dans le cadre homogène de l'ordre désigné et, par conséquent, il convient d'*internationaliser* la mise en œuvre du droit applicable grâce à la prise en considération, lors de l'appréciation de la responsabilité, des données que constituent les exigences que le pays du lieu de l'accident imposaient aux usagers de son réseau routier en matière de sécurité et de circulation. Ainsi la loi désignée est appliquée en prenant en considération une loi non désignée. L'affaire se joue sur le terrain des solutions matérielles, non sur celui des solutions conflictuelles.

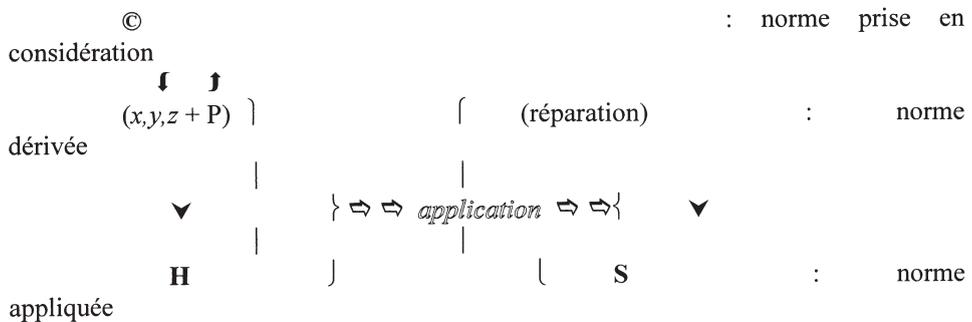
83. En quoi cette prise en considération (d'une loi non désignée) se distingue-t-elle de l'application (d'une loi désignée)? M. le professeur Pierre Mayer, il y aura bientôt vingt ans, proposait la réponse suivante:

La prise en considération se distingue de l'application en ce que la règle appliquée fournit elle-même la solution substantielle de la question posée, tandis que la

⁸³ Les codifications suisse et belge ne s'opposent pas au plan conflictuel à l'intervention de lois de police, du for ou étrangères, v. art. 19 LDIP, et art. 20 Code belge DIP. Mais en envisageant la prise en considération «dans la détermination de la responsabilité», elles la localisent dans le moment de l'application de la loi désignée, que celle-ci ait reçu son titre d'application d'une règle de conflit de lois ou d'une «règle spéciale d'applicabilité» (selon la terminologie du code belge).

*règle prise en considération est intégrée dans le présupposé de la règle qui se réfère à elle et dont l'effet juridique détermine seul la substance de la relation juridique*⁸⁴.

Ainsi l'application d'une norme débouche sur la mise en œuvre de son dispositif qui individualise la sanction (la «solution substantielle») qu'elle prescrit lorsque l'hypothèse (le «présupposé») qu'elle vise est vérifiée par les faits de la cause. La prise en considération d'une norme se limite à agir sur la composition et l'interprétation de ces faits sans que son dispositif doive se substituer à celui de la règle appliquée; elle agit dans l'ordre de la description des faits alors que l'application agit dans l'ordre de la prescription des effets. Ce qui correspondrait au schéma suivant:



où l'application de la règle de la loi désignée A (:H/S) au cas typique de la responsabilité extra-contractuelle

- suppose que soient vérifiées les conditions x, y et z de son hypothèse H, enrichie grâce à la prise en considération (:P) des dispositions de la loi © du lieu de l'accident, loi non désignée par le règlement de conflit, mais effective en ce lieu et au moment de l'accident et ainsi prise en considération pour apprécier telle ou telle condition x, y ou z.
- impose la sanction S, en l'occurrence, la condamnation à réparation du préjudice.

Dès lors si, par exemple, la loi désignée A allège la responsabilité du défendeur en cas de faute de la victime, il convient de consulter la loi © du lieu de l'accident pour déterminer si les règles de sécurité ou plus généralement les exigences de prudence posées par cette loi ont ou non été enfreintes par le comportement de la victime; et s'il y a eu, compte tenu de cette loi prise en considération, faute de la victime telle que la conçoit la loi désignée A, celle-ci modulera en conséquence l'obligation de réparer qu'elle met à la charge du défendeur, quand bien même la loi du lieu de l'accident serait indifférente à cette faute et ne verrait dans les agissements de la victime qu'une contravention de nature pénale.

⁸⁴ P. MAYER, Le rôle du droit public en droit international privé, *Rev. int. dr. comp.* 1986. 467, p. 484.

De cette manière, grâce à la prise en considération, l'internationalité et donc la vérité de la situation sont respectées.

84. Dans un travail important, M. Didier Boden⁸⁵ professe de manière encore plus analytique d'abord

α) que - *i.* «celui qui *applique* une norme originelle (par exemple, une loi [: A]) élabore une norme dérivée (par exemple, un jugement) en déclarant: 1° que les conditions de la norme originelle [: H] sont remplies; 2° que la norme dérivée, qui reprend, en les individualisant, les effets de la norme originelle [: S], est la conséquence que la norme originelle exige que l'on tire de la réunion de ses propres conditions⁸⁶ », tandis que

ii. «celui qui *prend en considération* une norme à l'occasion de l'application d'une autre norme [: A] soumet au respect des conditions d'application de la norme prise en considération [©] l'élaboration de la norme dérivée que commande la norme appliquée⁸⁷ », et ensuite

β) que cette prise en considération engendre trois formes d'enrichissement de la règle A, par substitution des conditions, par addition des conditions et par confirmation des conditions⁸⁸.

i. Il y a *substitution de conditions* lorsque les conditions énoncées par H sont remplacées par celle de © de telle sorte que la règle A est appliquée à une hypothèse qu'elle n'a pas définie, mais qui peut être considérée comme équivalente. Ainsi, par exemple, la règle de dévolution française gouvernant la succession à un immeuble situé en France reconnaît une vocation successorale à la personne qui était régulièrement mariée au défunt au jour du décès; l'article 757-2 c. civ. qui attribue la totalité de la succession au conjoint survivant sera appliqué à la deuxième, à la troisième épouse, etc, pourvu que la régularité de leur union avec le défunt selon la loi étrangère soit constante, même si ces unions contreviennent à la règle monogamique et s'éloignent de la notion de mariage du droit français en contemplation de laquelle les règles de dévolution ont été établies. La condition de mariage régulier non dissous se détache ainsi des exigences du droit interne de la loi applicable et le jeu de la prise en considération conduit à l'internationalisation de cette condition.

⁸⁵ D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherche sur le pluralisme juridique*, thèse Paris 1, 2002.

⁸⁶ D. BODEN, *op. cit.*, n°130, p. 175.

⁸⁷ D. BODEN, *op. cit.*, n° 131, p. 175; cette définition qui limite aux conditions d'application de la norme © l'objet de la prise en considération écarte cette démarche de celle de la détermination du concept préjudiciel, réglé par une loi étrangère applicable à un aspect de la situation, mais requis pour l'application de la loi régissant la question principale touchant un autre aspect, que W. WENGLER met au jour dans *Die Vorfrage im Kollisionsrecht*, 8 *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1934. 148-251, n.8 et s. (Trad. italienne de L. FERRARI-BRAVO, in *Diritto internazionale* 1962. 50, spéc., pp. 61 et ts.) où la loi étrangère examinée est la loi désignée par le règlement de conflit du for et l'objet de l'examen n'est pas restreint aux conditions d'application mais s'étend à l'ensemble de l'institution. V. aussi D. COCTEAU-SENN, *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, thèse Paris 1, 2001, n. 183 et s.

⁸⁸ *Ibidem*.

ii. Il y a *addition des conditions* lorsque la règle A subordonne la mise en œuvre de S à la réunion des conditions H qu'elle énonce et des conditions de la règle © de sorte que la norme dérivée de l'application de A n'est produite que si des conditions de la loi A et de la loi © sont cumulativement et distinctement vérifiées. L'exemple le plus célèbre est la règle dite de la double incrimination en droit pénal international; elle est ainsi formulée par le Code pénal français, article 113-6, al. 2:

[La loi pénale française] est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis.

On pourrait aussi évoquer la règle de la «double actionnabilité» que le droit international privé anglais pratiquait de manière générale en matière de responsabilité extra contractuelle et qu'il continue de défendre en matière de diffamation par voie de presse.

iii. Enfin il y a *confirmation des conditions* lorsque les conditions de la règle © correspondent à certaines des conditions formant l'hypothèse à laquelle la règle A subordonne la sanction S, de telle sorte que si les conditions de la règle © sont réunies, il faut encore mais il suffit que les autres conditions propres à la règle A soient vérifiées pour que la sanction S intervienne. Ainsi il n'est pas douteux que l'homosexualité active est l'objet d'une réprobation de la part de la religion catholique et que, sauf sincère contrition suivie d'amendement du pénitent, elle conduit à la damnation éternelle. L'ordre juridique étatique ne stigmatise pas les pratiques obéissant à cette «orientation sexuelle» (sauf situations particulières); cependant il est d'une certaine manière disposé à prêter la main au précepte religieux lorsqu'il admet la régularité du congé donné par l'association paroissiale au sacristain, auxiliaire du ministre du culte, qui exhibe une orientation sexuelle réprouvée par ce même culte. Les faits que pour eux-mêmes sanctionne la religion, sont aussi sanctionnés par l'ordre étatique en tant qu'ils s'insèrent dans une situation plus large et contribuent ainsi à la constitution de l'hypothèse à laquelle celui-ci attache telle ou telle conséquence⁸⁹.

85. Cette dernière forme d'enrichissement de la loi applicable intéresse de près le droit international privé. D. Boden relève ainsi, à titre purement illustratif, le jugement du Tribunal de commerce d'Anvers du 28 mars 1989⁹⁰ relatif à l'inexécution d'un contrat visé, après qu'il a été conclu, par une mesure d'embargo prise par le gouvernement des États-Unis qui tendait à en empêcher l'exécution. Conclu entre deux sociétés belges dont l'une importe des États-Unis ce que l'autre souhai-

⁸⁹ Cass. soc., 17 avril 1991, *P. c. Assoc. Fraternité Saint Pie X*, JCP 1991. II. 21724, note A. Sériaux; v. également les divers exemples que proposent les rapports entre droit et religion évoqués par D. BODEN, *op. cit.*, ad notam 348, p. 176 et s.; v. aussi L.-L. CHRISTIANS, *La religion comme hé-téronomie. Contribution à l'étude comparée des recompositions juridiques du religieux*, thèse Paris XI-ICP 2001, p. 64 et s., p. 394 et s.

⁹⁰ Trib. comm. Anvers, 28 mars 1989, *Rev. dr. comm. belge*, 1990. 413.

te exporter vers l'Union Soviétique, le contrat était régi par le droit belge et si le juge avait appliqué les dispositions du code civil belge sans s'inquiéter du caractère international de la relation contractuelle, il aurait purement et simplement constaté l'inexécution fautive du débiteur; mais il a préféré constater que les conditions de la défense d'exporter faite par le droit des Etats-Unis étaient réunies et qu'elles venaient s'inscrire dans le cadre de l'inexécution contractuelle régie par le droit belge et en déduire que le débiteur se heurtait au «fait du prince étranger qui, sous la qualification de *cas fortuit*, libérait le vendeur belge de son obligation de délivrance»⁹¹.

Mais le droit international privé rencontre aussi parfois des cas de prise en considération-addition et même, assez banalement, des cas de prise en considération-substitution. Il convient donc de jeter un regard critique successivement sur ces trois figures de la prise en considération.

§ 1: La prise en considération-substitution

86. Deux arrêts de cour d'appel suffiront ici à l'illustration de cette figure de la prise en considération. Le premier concerne une affaire de saisie-exécution d'un navire, le voilier *Sedov*⁹²; le second concerne la qualité pour agir en justice d'un *trustee* et spécialement la mise en œuvre de la règle française de procédure *Nul en France ne plaide par procureur*⁹³. Dans l'un comme dans l'autre cas, il était indiscutable que la loi française était applicable, que ce soit à la validité de la saisie pratiquée en France ou que ce soit à la procédure suivie devant un tribunal français. Mais dans les deux cas également le fonctionnement des règles matérielles françaises rencontrait des institutions propres au droit étranger.

87. I. Le *Sedov* est un navire russe, immatriculé au nom de l'Université Technique d'Etat de Mourmansk sur les registres de la Fédération de Russie. Alors qu'il mouille en rade de Brest (France) où il doit participer à une parade maritime, le voilier est l'objet d'une saisie exécution de la part d'un créancier suisse; celui-ci, la Compagnie Noga, exhibe deux sentences arbitrales prononcées en Suède sous l'égide la Chambre de commerce de Stockholm, et exequaturées en France, condamnant la Fédération de Russie à lui verser la somme de \$ 28M environ, augmentée des intérêts. Mais cette procédure d'exécution se heurte à l'opposition de l'Université de Mourmansk⁹⁴ qui proteste,

- d'abord, qu'elle constitue une entité juridique distincte de l'Etat de la Fédération de Russie, dotée de l'autonomie patrimoniale, et qu'elle n'est donc pas engagée par les dettes de cet Etat envers la Compagnie Noga;

⁹¹ D. BODEN, *op. cit.*, *ad notam* 349, p. 181 où est également évoqué l'arrêt du Tribunal fédéral, 15 juillet 1916, ATF 42 [1916] II 379.

⁹² Rennes, 27 juin 2002, n°519, *Voilier Sedov*, inédit.

⁹³ Paris, 11 mars 2005, *Mme Masson c. Soc. Finin Ltd*, *Rev. crit.DIP*, 2005.627, note E. Fohrer

⁹⁴ et aussi des organisateurs français de la revue navale comme de la Fédération de Russie elle-même, toutes ces parties demandant pour les mêmes motifs la mainlevée de la saisie.

- ensuite, que le voilier *Sedov* figure dans son patrimoine et donc ne peut entrer dans le droit de gage général que la Compagnie Noga prétend exercer contre son débiteur par la voie de la saisie pratiquée à Brest.

Par jugement du 24 juillet 2000, le Président Louvel, du Tribunal de grande instance de Brest, ès qualités de juge de l'exécution, ordonne la mainlevée de la saisie⁹⁵. La société Noga fait appel et soutient en somme devant la Cour de Rennes que pratiquée en France, la saisie doit obéir à la loi française exclusivement, laquelle ne prévoit aucune cause d'insaisissabilité que puisse ici invoquer son débiteur qui, par ailleurs, a renoncé à son immunité d'exécution. Sans doute, admet-elle, la détention du voilier *Sedov* par l'Université de Mourmansk est conforme au droit russe, mais elle n'est pas fondée sur un droit de propriété, la Fédération de Russie n'ayant transféré à cet établissement public que l'*usus* et le *fructus* et s'étant réservé l'*abusus* ou droit de disposer du navire — pris aux Allemands à la fin de la Deuxième guerre mondiale. La Fédération de Russie est donc, selon l'appelante, la véritable propriétaire du *Sedov* et celui-ci n'entre dans aucun cas d'insaisissabilité admis par la loi française seule compétente.

C'est sur cette question de l'applicabilité de la loi française à l'insaisissabilité et à la détermination de ses causes qu'insistaient les conclusions de l'appelante dans le sillage des deux consultations que la Compagnie Noga avait obtenues d'éminents professeurs spécialistes du droit international privé et des procédures civiles d'exécution. Mais le véritable problème consistait à savoir si, en premier lieu,

- l'Université de Mourmansk constituait ou non une personne morale distincte de l'Etat de la République Fédérative de Russie et si, en second lieu,
- le voilier *Sedov* appartenait à l'Université de Mourmansk et donc échappait au gage général des créanciers de la République Fédérative de Russie, seule débitrice de la société Noga.

88. Pour venir à bout de ces deux difficultés, il n'était pas réaliste d'interroger le droit français bien qu'il fût désigné pour gouverner la saisie; le droit français n'avait en rien contribué à l'organisation de l'établissement public d'enseignement que constitue l'Université de Mourmansk, ni présidé de quelque manière que ce soit à l'attribution à cette université du voilier *Sedov*.

Aussi bien, sur le point de la personnalité morale, la Cour de Rennes consulte les statuts de l'Université. De la sorte, un acte public étranger est pris en considération pour l'application d'une règle du droit français des saisies: il faut s'assurer que les conditions fixées par les statuts ont créé une situation répondant aux exigences de la loi française (c'est-à-dire, négativement, : «à savoir un organe de gestion désigné selon une procédure interne, un budget propre avec recettes et dépenses clairement individualisées, un patrimoine personnel, outre, la capacité

⁹⁵ Trib. gr. inst. Brest, 24 juillet 2000, *Gaz. Pal.*, 2001, n°161, p. 35, v. G. de LA PRADELLE, Blocage des comptes en banque de missions diplomatiques et saisie d'un navire d'Etat affecté à une personne publique, *ead.*, p. 22.

d'accomplir des actes juridiques»); si ces exigences sont satisfaites par les statuts, la règle française, qui veut que seul celui qui est engagé à la dette et non son voisin soit exposé à la saisie, conclura que la procédure d'exécution ne pouvait être dirigée sur l'un des biens de l'Université. C'est une prise en considération-substitution; l'hypothèse de la règle matérielle française est remplie par l'acte public étranger.

A vrai dire, cette prise en considération ne se limite pas aux statuts de l'Université, elle s'étend aussi à certaines dispositions du Code civil de la Fédération de Russie, tel l'article 126, al. 1^{er} qui implique en effet une nette distinction entre le patrimoine de l'Etat et le patrimoine des personnes morales de droit public. C'est d'ailleurs à cette même disposition que se réfère aussi la Cour de Rennes lorsqu'elle aborde la question de la propriété du navire Sedov.

89. Sur le voilier, l'Université de Mourmansk a reçu un *droit de gestion* (ou de *direction*) *opérationnelle*. C'est là une figure spécifique au droit des biens héritée en 1994 de temps révolus, «une survivance de l'époque de l'Union soviétique [dont] il a été jugé inopportun de se défaire pour le moment»⁹⁶. En étant pourvue d'un droit de gestion opérationnelle, l'entité dévolutive du bien reçoit, avec la détention de celui-ci, la charge d'en exploiter toutes les utilités susceptibles de servir à l'objectif qui lui est assigné, non plus comme jadis par le Plan⁹⁷, mais désormais par ses statuts. Dans ce schéma, les prérogatives ainsi conférées sur la chose sont fonctionnelles. Elles ne s'insèrent pas dans les catégories du code Napoléon, car elles ne sont pas déterminées par application d'une gamme de concepts déclinant et distinguant comme en droit français divers faisceaux de pouvoirs dont le bien peut être l'assiette: *usus*, *fructus* et *abusus*. Aujourd'hui, c'est la mission de service public confiée au dévolutive du bien qui définit le contenu de son investiture et qui justifie aussi que l'autorité publique, sous la forme du Comité d'Etat en l'occurrence, exerce un contrôle de la conformité de l'emploi du bien aux exigences dudit service public.

90. L'éventail des pouvoirs composant le droit de gestion opérationnelle est déployé par l'article 296 du code civil de la Fédération de Russie⁹⁸ si largement qu'aucune prérogative, aucune utilité, aucun mode d'exploitation ne semblent refusés à l'établissement public dévolutive sauf à mesurer dans chaque cas l'étendue et la nature de ceux qui sont effectivement nécessaires à la réalisation régulière du but défini par le *propriétaire*. Il faut ici observer que le *propriétaire* men-

⁹⁶ 21 *Rev. Centr. East Eur. Law* [1995] 237, p. 242.

⁹⁷ V. R. DAVID, *Grands systèmes de droit contemporain*, n. 253, BUTLER, *Marxian Concepts or Ownership in Soviet Law*, 23 *Col. J. Trans'l Law* [1985] 281.

⁹⁸ «Article 296 : *Droit de gestion opérationnelle*.

1. Sur le bien qui lui est affecté, l'entreprise publique ou l'institution exerce les droits de possession, de jouissance et de disposition dans les limites imposées par la loi, en accord avec les fins de l'activité, les missions assignées par le propriétaire et la destination du bien.

2. Le propriétaire du bien affecté à une entreprise publique ou à une institution a le droit de reprendre le bien à concurrence de ce qui est en excédent ou non utilisé ou de reprendre le bien-même s'il n'est pas exploité conformément à sa destination.

tionné par le texte de l'article 296 n'est pas exactement celui que dessine le droit français, puisque c'est l'Etat, auteur de l'établissement dévolutaire, qui conserve ici curieusement cette qualité de *propriétaire* alors même qu'il a transféré le bien sans en exclure le pouvoir de disposition. L'appellation de *propriétaire* est maintenue seulement pour exprimer que l'Etat a le contrôle de la destination et de l'exploitation conforme du bien transféré, comme l'indique clairement le §2 de l'article 296 du code civil russe, mais le terme ne préjuge autrement pas du contenu du droit de l'Etat. Cependant, cette non-coïncidence des concepts importe peu; l'essentiel est de constater, comme le fait la cour, que

le droit de direction opérationnelle opère transfert du bien dans le patrimoine de la personne morale à qui ledit bien est affecté, [et que] d'ailleurs sur le plan comptable le bien affecté se trouve porté au bilan de la personne morale affectataire, et disparaît du patrimoine comptable de l'autorité Fédérale, dont la propriété se limite à un pouvoir de contrôle sur l'utilisation du bien affecté; qu'en conséquence la MSTU⁹⁹ dispose sur le navire Sedov d'un droit de direction opérationnelle, aux termes duquel elle le possède, l'utilise et peut en disposer, de telle sorte que le Sedov au jour de la saisie était sorti du patrimoine de la Fédération de Russie.

91. Le soin que la Cour de Rennes prend de ne pas utiliser le terme de *propriété* et de raisonner sur le plan comptable, signale l'intention de ne pas réduire le droit de l'Université de Mourmansk sur le voilier *Sedov* à l'une ou l'autre des catégories du droit français, mais de déterminer de manière très pratique l'étendue du droit de gage des créanciers de la Fédération de Russie en rapportant les pouvoirs détenus sur la chose directement à la *ratio legis*, à l'esprit de l'article 2092 du code civil et du droit français de la saisie-exécution: au pouvoir s'attache et se mesure la responsabilité et chacun engage à l'acquittement de ses obligations personnelles les biens dont il a une maîtrise telle qu'il lui est loisible d'en disposer. Il est évident que les règles du droit interne français ont été formulées en contemplation de situations juridiques internes c'est-à-dire réputées s'être formées de manière homogène selon les termes du droit français. L'arrêt de la Cour de Rennes du 27 juin 2002, qui ne règle aucune question de conflit de lois puisqu'il est constant que la loi française est applicable, parvient par la prise en considération-substitution de la loi russe à internationaliser le droit matériel français de la saisie.

92. La nouveauté de pareille démarche peut très naturellement être mise en doute. La substitution est une figure connue et il se trouvera sans doute quelques esprits pour contester même qu'il y ait dans ce genre de décision une véritable prise en considération d'une loi non désignée. Il faut s'entendre. La loi russe était certainement désignée par le règlement français de conflit de lois, mais sa désignation ne valait que pour les questions de condition juridique du bien. Or, ce n'était pas une question de cette nature qui était ici en cause où il s'agissait de la validité d'une saisie pratiquée en France; laquelle validité relevait de la loi française, *lex loci arresti* — et évidemment, sur ce point de la validité de la saisie, la loi russe n'était

⁹⁹ Mourmansk State Technical University, Université Technique d'Etat de Mourmansk.

pas désignée. La règle française a bien pris en considération dans sa réponse à la question de droit à laquelle elle s'appliquait, une loi étrangère non désignée pour trancher celle-ci. Il y a donc eu, dans cette mesure, prise en considération-substitution d'une loi étrangère non désignée.

Mais les esprits les plus réfractaires ne se laisseront pas fléchir sans un exemple plus démonstratif; celui-ci est offert par l'arrêt *Finin Ltd* de la Cour de Paris du 11 mars 2005¹⁰⁰.

93. II. Cette affaire *Finin Ltd* confronte le droit français désigné à une institution pas moins exotique que le droit de gestion opérationnelle quoique, sans doute, plus souvent visitée par les tribunaux français; il s'agit du *trust*. Voici en quelles circonstances.

Mme Masson a cautionné divers emprunts consentis par une banque à la société qu'administre son mari. La situation, à ce stade, est purement interne; elle ne devient internationale qu'au moment où, rencontrant quelques difficultés à obtenir le remboursement des emprunts, la banque cède ses créances à la Soc. *Finin Ltd*, société de droit anglais. Cette société anglaise s'avise de faire jouer les garanties de paiement associées aux créances cédées et donc se retourne contre la caution. Celle-ci est prête à résister par tout moyen à la demande; force est donc de l'assigner devant le Tribunal de Paris qui prononce sa condamnation. Mme Masson forme appel et soutient notamment que la demande de *Finin Ltd* est irrecevable pour défaut de qualité et d'intérêt à agir. C'est que cette société anglaise développe son activité en qualité de *trustee* et qu'en refusant de décliner les noms des bénéficiaires du trust qu'elle administre, elle contreviendrait, selon l'appelante, à la règle *Nul en France ne plaide par procureur*. Ancrée dans une profonde tradition judiciaire française, cette règle de pure procédure commande à toute personne qui entre dans les liens d'une instance devant un tribunal français alors qu'elle n'agit pas pour elle-même, n'ayant pas d'intérêt personnel dans l'affaire, et que par ailleurs elle n'a pas légalement reçu qualité pour agir, de dénoncer l'identité de celui qui est réellement partie au procès. Cette exigence est tout à fait raisonnable; peut-être y a-t-il des exceptions personnelles à faire valoir contre la véritable partie qui ne pourraient être opposées à la personne de son «procureur»¹⁰¹.

En l'occurrence, pour les besoins de sa cause, Mme Masson interprète la règle en ce sens qu'il faut considérer *Finin Ltd*, *trustee*, comme le mandataire des bénéficiaires du trust et que, par conséquent, elle est tenue de dévoiler l'identité des bénéficiaires réputés être ses mandants; le *trustee* serait un *procureur* représentant les intérêts des *cestui*.

¹⁰⁰ Paris (15^e Ch. B), 11 mars 2005, *Mme Masson c. Soc. Finin Ltd*, *Rev. crit. DIP*, 2005.627, note E. Fohrer.

¹⁰¹ Ainsi pourrait-on imaginer en l'espèce que derrière la silhouette du *trustee* se cachent la banque qui a consenti les emprunts et le mari de l'appelante qui avait lui aussi cautionné ces emprunts : ces deux partenaires en conflit avec Mme Masson qui aurait des créances sur eux, ont pu envisager, pour maintenir un rapport d'affaires entre eux, de faire solder les emprunts de la société par la caution secondaire... Cette conjecture relève évidemment de la fiction la plus pure car l'arrêt ne livre aucun indice en ce sens.

94. L'argument offre un exemple tout à fait remarquable de cet *effet de désinternationalisation* de la situation litigieuse que peut entraîner le fonctionnement de la règle de conflit; l'appelante ne traduit pas l'institution du trust en termes de droit français, elle réduit la situation dans son ensemble aux concepts du droit français: le trust est travesti en un mandat et la relation entre *trustee* et *cestui* en un rapport de représentation. Certes, il est constant dans cette affaire que la question de pure procédure soulevée par la caution récalcitrante doit obéir au droit français; c'est la loi française et elle seule qui est désignée pour régir la procédure devant un tribunal français, cela n'est contesté par personne, pas même par l'intimée. Mais cela n'implique pas qu'il faille appliquer la loi française de procédure comme si l'affaire dans son ensemble se composait d'éléments modelés exclusivement sur le modèle français. Pareille attitude conduirait à une falsification des données de l'affaire à chaque fois que celles-ci se sont constituées par référence à un droit étranger.

95. La Cour de Paris refuse de suivre l'appelante sur ce terrain. Elle lui remontre, dans une belle leçon d'analyse méthodique, que

pour répondre au moyen qui lui est soumis, la Cour n'est pas amenée à trancher un conflit de lois, mais à prendre en considération la loi anglaise réglant le statut du trust, afin de décider si le trustee remplit les exigences posées par la loi française pour admettre une action en justice devant les tribunaux français, en particulier au regard de la règle que lui oppose l'appelante; que cette démarche ne conduit pas à assimiler le trust au mandat, auquel, en raison de sa spécificité, il est irréductible.

La question est donc de savoir si le trust constitué à l'anglaise et tel qu'administré par Finin Ltd tombe sous le coup de la règle française de procédure. Très logiquement la cour commence par s'interroger sur la signification de cette règle. Celle-ci, observe-t-elle, pose une exigence de transparence interdisant à celui qui exerce l'action (*Titus*: hypothétiquement Finin Ltd) de faire écran entre celui dont il promet la cause (*Caius*: identité non révélée) et son contradicteur (*Sempronius*: Mme Masson). En effet, a pu s'établir entre le véritable maître de l'affaire (*Caius*) et son adversaire (*Sempronius*), à côté du rapport litigieux, tout un nœud de relations susceptibles de justifier la résistance de l'un et de torpiller la prétention de l'autre; ainsi le demandeur (*Caius*) peut être parallèlement tenu envers le défendeur (*Sempronius*) d'une dette également liquide et exigible. Si ce nœud de relations est mis sous le boisseau, les exceptions et autres défenses qu'il est propre à fournir (à *Sempronius*) ne peuvent plus être exploitées; l'interposition d'un «procureur» (*Titus*, qui ne doit rien à *Sempronius*) est un procédé qui permet d'isoler le rapport litigieux, de faire écran à tous les autres liens unissant les deux parties et d'empêcher ainsi que, par exemple, ne joue la compensation. En toute clarté, la cour énonce en effet:

que la règle Nul en France ne plaide par procureur prohibe la présence au procès d'une personne physique ou morale agissant pour défendre, non ses droits, mais ceux d'une autre personne, dont elle refuserait de révéler l'identité, privant ainsi son contradicteur de la possibilité de contester en toute connaissance de cause les droits de cette véritable partie, absente du procès.

Il ne lui reste alors qu'à vérifier que le trust réalise une telle interposition et que la société Finin Ltd n'est qu'un écran dissimulant l'identité du ou des véritables maîtres de l'affaire. Pour cela, la cour analyse la relation existant, d'après le droit anglais des trusts, entre le *trustee* et le *cestui* ou bénéficiaire. Si cette analyse révèle que la demande de paiement est en l'espèce pilotée par le bénéficiaire et qu'en cas de succès, c'est à ce dernier qu'elle sera directement profitable, les fonds reçus n'étant voués tout au plus qu'à transiter par les comptes du *trustee*, alors force sera de constater que Finin Ltd n'aura été qu'une personne interposée, un simple écran violant l'exigence de transparence. Mais si, au terme de l'examen, il apparaissait au contraire que le *trustee* est le véritable demandeur agissant pour son compte et qu'en cas de succès, c'est à lui que la condamnation serait directement profitable, tandis que ce ne serait que par voie de conséquence, par répercussion ou contre-coup, que le bénéficiaire y trouverait avantage en vertu d'obligations auxquelles le *trustee* serait tenu envers lui, alors il n'y aurait pas écran ou interposition de personne et la règle *Nul ne plaide par procureur* ne serait pas méconnue. Il suffit de lire l'arrêt pour constater qu'en la cause Finin Ltd opérait pour son propre compte et que sa demande n'encourait pas la fin de non-recevoir que prétendait lui opposer Mme Masson:

Considérant qu'en vertu du droit anglais, le trustee dispose de la «propriété juridique du bien» (legal ownership), qui l'investit de l'obligation et, partant, du pouvoir de gérer les biens qui lui sont confiés; que les bénéficiaires du trust ne sont titulaires que de la «propriété de jouissance» (beneficial ownership), leur permettant notamment de percevoir les revenus des biens confiés au trustee; – Considérant qu'il en résulte que, même si ces biens ne font pas partie du patrimoine personnel du trustee, ce dernier, lorsqu'il agit en justice, comme le droit anglais lui en reconnaît la possibilité, le fait, non en qualité de représentant des bénéficiaires, mais en vertu de la propriété juridique dont il est lui-même titulaire; – que dès lors, la situation juridique du trustee, analysée en considération du droit anglais, commande de le qualifier, au regard du droit processuel français, de véritable partie et non de représentant des bénéficiaires; qu'il s'en suit que le trustee est recevable à agir devant les juridictions françaises en son seul nom, sans avoir à révéler le nom des bénéficiaires et que c'est à tort que l'appelante entend lui opposer la règle Nul en France ne plaide par procureur.

96. L'issue paraît raisonnable; il était préférable de prendre le trust pour ce qu'il était et non pour une hypothèse de mandat occulte ou d'interposition de personne à la française. L'arrêt montre comment le droit anglais des trusts peut s'insérer dans le présupposé ou hypothèse de la règle française de procédure, bien qu'en vérité il repose sur une construction irréductible aux catégories du droit français¹⁰², qui n'autorisent pas en effet qu'une propriété «juridique», attribuant à son titulaire toutes les prérogatives nécessaires à l'exploitation optimale des biens mis en trust, se sur-

¹⁰² Lequel droit français n'a pas ratifié la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985, comme cela n'a pas échappé à la Cour de Paris.

charge d'une propriété «de jouissance», d'un *equitable interest* conférant à son titulaire vocation à recueillir, selon les modalités arrêtées dans l'acte constitutif du trust, tout ou partie du produit net de la gestion du *trustee*. Déjà, il est vrai, la démonstration que la règle interne de la loi applicable a la capacité d'absorber une situation constituée en référence à une loi étrangère, ressortait de l'arrêt *Voilier Sedov*. Mais ce qui apparaît plus nettement ici c'est la raison qui porte la 15^e Chambre B à se tourner vers le droit anglais pour répondre à une question que posait l'application de la loi française à une procédure se déroulant devant un tribunal français.

97. Mlle E. Fohrer¹⁰³ pense que «seule l'effectivité qu'entretient la loi anglaise avec le trust justifiait qu'elle soit interrogée». Mais, sitôt ceci affirmé, le même auteur s'efforce de couler cette condition d'effectivité dans une assertion de la compétence de la loi anglaise que commanderait le droit international privé français. Cette entreprise suscite la perplexité. Sans doute, l'effectivité est un paramètre qui intervient dans le choix de la loi applicable, mais si elle est ainsi canalisée par le règlement de conflit, le procédé de la prise en considération y laisse une part de son individualité et surtout une part importante de son utilité.

Quant à son individualité, celle-ci s'estompe par rapport à la détermination du concept préjudiciel telle que l'a formalisée W. Wengler dès 1934 dans son étude sur la question préalable¹⁰⁴. Quant à l'utilité, la thèse selon laquelle la loi qui peut être l'objet de la prise en considération devrait être l'une des lois désignées par le système de conflit du for est plus alarmante. Il faut s'y arrêter un peu.

98. Avec une pareille exigence, la prise en considération voit son domaine d'application se rétrécir si elle doit n'être pratiquée que dans les cas où, pour n'être pas désignée pour régir la question principale, la loi à considérer doit néanmoins être celle que le droit international privé du for déclare applicable à une question partielle ou incidente; elle laisse alors de côté toutes les situations où le comportement de l'une ou l'autre des parties a été déterminé par une loi à l'emprise de laquelle il n'était en fait pas possible de se soustraire, bien que d'après le règlement de conflit du for, cette loi ne fût pas désignée et donc, bien qu'en droit nul ne fût en la cause tenu de s'y soumettre. Cette option retire au procédé son autonomie et surtout sa vertu de réalisme.

Au demeurant, il semble bien en l'espèce que la raison qui explique que la loi anglaise et pas une autre, a été consultée, est tout simplement qu'aucune partie ni la cour ne doutaient que le trust administré par *Finin Ltd* obéissait à cette loi. L'effectivité à laquelle Mlle Fohrer aurait dû, nous semble-t-il, se référer naissait de cette non-contestation, de cette croyance commune qui correspondait de la manière la plus probable et la plus paisible au mode d'être réel et vécu de ce trust — abstraction faite de toute question de détermination de loi applicable à sa constitution et à son fonctionnement. Peut-être le droit international privé français, si la question lui avait été posée, aurait-il penché pour la loi anglaise. Mais il ne s'agit que d'une

¹⁰³ E. FOHRER, note précitée, *Rev. crit. DIP*, 2005, 267.

¹⁰⁴ V. *supra ad notam* 87.

conjecture que seule la consultation de l'acte d'établissement du trust pourrait convertir en certitude; or, il est plus que vraisemblable que cet acte n'a pas été versé aux débats¹⁰⁵. En réalité, s'agissant de ce trust, la loi anglaise méritait de retenir l'attention et d'être prise en considération pour ce simple motif qu'elle constituait, pourrait-on dire en détournant un propos qu'on emprunte à R. Quadri, l'ordre juridique dans lequel «*les parties se sont psychologiquement situées, dans les termes duquel elles et les tiers sont instinctivement portés à configurer et à représenter le rapport et ceci, naturellement, en relation fondamentale avec le droit de l'effectivité; c'est-à-dire ... l'ordre juridique dont l'autorité s'exerce principalement ou exclusivement sur la configuration du rapport, celui sur lequel se modèlent les situations réelles, celui dont l'empreinte est décisive pour elles. Ce n'est en substance rien d'autre que le principe de bonne foi, celui qui impose ... l'ordre juridique qu'on peut présumer être présent à l'esprit des parties et auquel elles se sentent soumises*»¹⁰⁶.

99. On reconnaîtra très volontiers que la sollicitation en ces termes du principe de bonne foi ne concerne pas, dans la thèse de Quadri, la question de *la loi à prendre en considération*; elle est destinée à fonder de manière générale la désignation de *la loi à appliquer*. Mais on sait aussi que cette doctrine n'est pas celle qui domine le droit positif et qui expliquerait les choix retenus par les règles de conflit. Dès lors, le principe de bonne foi ne peut intervenir que dans une fonction critique et éventuellement correctrice qui met au jour les insuffisances de telle ou telle solution conflictuelle. C'est à cela qu'il est ici employé: référer en l'espèce le trust au principe de bonne foi ou, selon une autre expression de l'auteur, au rattachement psychologique¹⁰⁷, conduit ici à la loi anglaise et, ainsi, à la démonstration que la prise en considération qu'il commande de faire de cette loi pour l'application du droit français de la procédure, est nécessaire pour remédier aux faiblesses de la désignation conflictuelle. Afin de restituer à la situation sa vérité matérielle et son entière internationalité, la loi applicable selon la règle de conflit a besoin du renfort d'une loi qui peut très bien ne pas être une loi désignée par le règlement de conflit du for, parce que le motif qui justifie l'intervention de celle-ci n'entre pas nécessairement dans les raisons qui on pesé de façon prépondérante sur les désignations opérées par le système de conflit.

Ainsi la prise en considération est susceptible d'avoir pour objet une loi non désignée. Quel mal, s'il en est un, ce symptôme peut-il dénoncer? La réponse demande que se poursuive l'examen.

§ 2: La prise en considération-confirimation

100. La seconde figure de prise en considération qui va maintenant être étudiée est placée sous le signe de *la confirimation des conditions*. Il est très tentant

¹⁰⁵ Sa communication aurait révélé l'identité des bénéficiaires qu'il était fait grief à Finin Ltd de taire obstinément.

¹⁰⁶ R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 5^e éd., Naples 1969, p. 151.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

d'évoquer ici l'autre «affaire du *Lotus*», qui a donné lieu à un arrêt, non pas de la Cour permanente de justice internationale¹⁰⁸, mais du Hoge Raad du 18 novembre 1983. Analysé en son temps par H. U. Jessurun d'Oliveira¹⁰⁹, cet arrêt a aussi été présenté par J. D. Gonzalez Campos dans son *Cours général*¹¹⁰. Il suffit donc, avant de renvoyer vers ces auteurs, de signaler qu'il s'agissait d'un litige relevant du droit néerlandais et né du licenciement d'un salarié, cuisinier chinois; celui-ci réclamait en justice une indemnité à l'un des ses compatriotes, M. Lam, et il fallait à titre incident déterminer si ce M. Lam était bien la personne à assigner, s'il était bien l'employeur ou si ce n'était pas plutôt sa sœur qui était la propriétaire du Restaurant du Lotus, où le salarié licencié exerçait son art. Retenant que le contrat de travail était soumis à la loi néerlandaise, le Hoge Raad estime cependant que, s'agissant d'une relation qui s'était nouée entre membres de la petite colonie chinoise établie à Bergen op Zoom, il convenait de prendre en considération les «règles et usages chinois» qui avaient présidé au développement de celle-ci. L'application de la règle néerlandaise relative à la rupture injustifiée du contrat incorporait ainsi dans son hypothèse un élément constitué selon le droit chinois, que ne désignait pourtant aucune règle de conflit du for, mais qui avait pour lui l'effectivité ou le principe de bonne foi.

101. Les choses semblent moins claires lorsqu'au contraire le droit étranger pris en considération, quoique non désigné pour régir la question principale, tient néanmoins du règlement de conflit du for un titre d'application, par exemple, sur une cause incidente. L'affaire *Compagnie Rhin & Moselle* qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation du 19 octobre 1999¹¹¹ en offre une nouvelle illustration.

Victimes d'un accident de la circulation routière survenu en Espagne, les consorts Seyah assignent devant un tribunal français la Compagnie d'assurances Rhin et Moselle. Selon les allégations des demandeurs, celle-ci n'a pas tenu les engagements résultant d'un contrat d'assurance que M. Seyah avait souscrit; en conséquence, elle doit être condamnée à leur verser diverses indemnités procurant l'entière réparation des dommages qu'ils ont subis. Les engagements contractuels prétendument violés relevaient de la garantie «protection juridique» stipulée dans le contrat, en vertu de laquelle incombait à la compagnie la charge et la direction des opérations judiciaires que pourrait requérir le traitement du sinistre couvert par le contrat. Les parties sont domiciliées en France et le contrat obéit à la loi française. Ce que met en cause la demande des consorts Seyah, c'est la responsabilité contractuelle de la Compagnie Rhin et Moselle; celle-ci n'a pas

¹⁰⁸ V. *Publications de la CPJI, série A*, n° 10.

¹⁰⁹ H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *Krypto-internationales privatrecht, Z. Recht Vergleichung*, 1986, 249.

¹¹⁰ J. D. GONZALEZ CAMPOS, Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, *Rec. cours La Haye*, t. 287, 2002, n. 328, p. 331; v. aussi B. ANCEL, Le principe de bonne foi et les conflits de lois, *Pacis Artes, Homenaje al Pr. J. D. Gonzalez Campos*, vol. II, p. 1217, spéc. p. 1238.

¹¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 19 octobre 1999, *Cie Rhin & Moselle*, *JCP* 2000. II. 10243, note Horatia Muir Watt, *JDI* 2000. 751, note Hélène Peroz.

exercé en temps utile les actions en responsabilité délictuelle qui eussent permis la complète réparation des préjudices soufferts. De fait, selon la loi espagnole qui est ici supposée par chacun applicable aux conséquences de la collision survenue en Espagne et qui est désignée sur ce point par le droit international privé français, l'action en réparation doit être exercée dans le délai d'une année; or l'inaction de Rhin et Moselle a duré plus d'une année, de sorte que la prescription est acquise. Il y a eu, selon les consorts Seyah inexécution fautive du contrat de la part de Rhin et Moselle et cette défaillance a entraîné la perte d'une chance d'indemnisation.

102. Il est constant que cette question de la défaillance du débiteur génératrice de la perte d'une chance relève, en tant que problème de responsabilité contractuelle, de l'application de la loi du contrat, la loi française. La loi française admet la compensation de la perte d'une chance¹¹². Mais, pour apprécier s'il y avait en l'espèce perte d'une chance, c'est-à-dire pour faire application de la loi française du contrat, il fallait consulter la loi espagnole, car seules les règles espagnoles régissant les conséquences de l'accident étaient en mesure de déterminer le montant des réparations qu'il aurait été raisonnable d'espérer (objet de la chance) et, aussi, seules les règles espagnoles pouvaient déterminer si, au moment où les demandeurs se plaignaient de l'inertie de la Compagnie Rhin et Moselle, la prescription avait éteint l'action (la chance perdue).

L'affaire se complique du fait que les demandeurs n'avaient pas établi la teneur du droit espagnol qu'ils alléguaient; il n'avaient pas prouvé que si l'assureur avait été diligent et avait agi dans l'année du sinistre, le droit espagnol leur aurait accordé les indemnisations qu'ils réclamaient. Constatant la carence des demandeurs, la Cour d'appel de Chambéry avait cru pouvoir se replier sur la loi française pour apprécier les chances que la Compagnie Rhin et Moselle avait ruinées. En mettant en œuvre la solution de l'arrêt *Amerford*¹¹³ qui voulait que le plaideur qui demande l'application de la loi étrangère en établisse la teneur, faute de quoi le juge doit se retourner vers la loi française du for appliquée à titre subsidiaire, la cour modifiait substantiellement les données de l'affaire et rendait sur cette base une décision favorable aux consorts Seyah.

Il n'est pas surprenant que, soumis à la Cour de cassation, cet arrêt ait encouru sa censure (b). En revanche, il est plus surprenant que la Cour de cassation fonde sa censure sur la proposition qu'«il appartient au juge qui doit faire application même indirecte d'une loi étrangère d'en rechercher la teneur» (a).

¹¹² V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 9^e éd., n°701.

¹¹³ Cass. com., 16 novembre 1993, *Grands arrêts*, n° 82 : «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»; ce précédent, qui n'avait pas emporté l'adhésion de la Première chambre civile de la Cour de cassation, est aujourd'hui renversé par Cass. com., 28 juin 2005, *Soc. Itraco*, *Rev. crit. DIP*, 2005. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt.

103. a) Sans doute ce motif est-il de la veine de ceux dont se sert couramment la Cour de cassation lorsque le juge du fond est «saisi de l'application d'un droit étranger»¹¹⁴ ou lorsque — toujours selon les mots de la Première chambre civile — «il déclare une loi étrangère applicable»¹¹⁵; dans ce cas, il appartient au juge du fond «de procéder à sa mise en œuvre et spécialement d'en rechercher la teneur afin de trancher le litige selon ce droit»¹¹⁶ ou encore «de rechercher par tous moyens, au besoin par lui-même, la solution donnée à la question litigieuse par le droit de l'Etat concerné»¹¹⁷. Seulement, ces cas où le juge est «saisi de l'application d'un droit étranger» ou bien «déclare une loi étrangère applicable» et doit donc assumer la tâche d'établir la teneur du droit étranger, ne sont pas assimilables au cas *Rhin & Moselle*.

Dans le cas *Rhin & Moselle*, il n'a jamais été envisagé par quiconque et certainement pas par les consorts Seyah qu'ils soit fait application de la loi espagnole à la demande d'indemnisation dirigée contre l'assureur en raison de l'inexécution du contrat et de la clause de «protection juridique». En revanche, ce qui était clairement en jeu, c'était l'application de la loi française, régissant le contrat, afin de sanctionner l'éventuel manquement de la compagnie d'assurance et en tirer conséquence; la loi espagnole était convoquée, selon le schéma de la prise en considération-confirmer, pour fournir divers éléments tirés de ses propres règles et destinés à compléter les faits susceptibles de concrétiser les conditions auxquelles la loi française du contrat subordonnait la condamnation de la compagnie Rhin et Moselle.

La Cour de cassation a clairement perçu qu'il ne s'agissait pas d'application de la loi espagnole. Au demeurant, nul ne lui prêterait le dessein ni la conscience d'appliquer la règle en vigueur dans l'Eglise catholique qui réprovoque l'exhibition par les auxiliaires du culte d'une homosexualité active et conquérante, lorsqu'elle reconnaît la légalité du licenciement du sacristain de la paroisse Saint-Nicolas-du-Chardonnet¹¹⁸. Elle ne fait que prendre en considération la norme confessionnelle pour l'application de la législation du travail. De même, ici, elle utilise et croit pouvoir utiliser l'expression «application indirecte» pour marquer qu'il ne s'agit pas d'application «tout court». Il n'a jamais été question dans cette affaire de mettre en œuvre la loi espagnole; les consorts Seyah n'ont pas demandé que soit proclamée l'irrecevabilité en raison de la prescription de l'action en responsabilité délictuelle et les juges n'ont jamais été saisis de l'application de la loi espagnole. Dans ces conditions, infliger au défaut de preuve de la loi étrangère à *prendre en considération* la sanction du défaut de preuve de la loi étrangère à *appliquer* encourage la confusion et débouche sur un allègement des charges procédurales pesant en principe sur le demandeur difficile à justifier.

¹¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2002, *D. & J. Sporting, Rev. crit. DIP*, 2003. 87, note H. Muir Watt.

¹¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2003, *Dame Besnard, Rev. crit. DIP* 2004. 95, noter B. Ancel.

¹¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 18 septembre 2002, *D. & J. Sporting*, précité.

¹¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 13 novembre 2003, *Dame Besnard*, précité; v. aussi Cass. civ. 1^{re} et Cass. com., 28 juin 2005, *Aubin et Soc. Itraco, Rev. crit. DIP*, 2005. 645, note B. Ancel et H. Muir Watt.

¹¹⁸ *V. supra*, n. 84.

104. En l'occurrence, par le jeu de la prise en considération, la loi espagnole entrainait dans l'hypothèse de la règle française dont il devait être fait application; comme tout élément de l'hypothèse, les règles espagnoles constituaient alors un fait relativement au syllogisme judiciaire en quoi s'accomplissait l'application de la loi française. Dès lors, la teneur des règles espagnoles devait être prouvée comme un fait, un *datum* et il incombait aux consorts Seyah, auteur de la prétention d'apporter cette preuve, *actori incumbit probatio*¹¹⁹. Leur carence justifiait le rejet de leur demande¹²⁰. La cassation aurait dû être prononcée pour violation de l'article 9 du code de procédure civile. Mais en choisissant d'assimiler ici, sous le visa de l'article 3 du code civil¹²¹, prise en considération et application, la Cour de cassation confie à la juridiction de renvoi (la Cour d'appel de Grenoble) le soin d'établir le contenu des règles espagnoles pertinentes et, en soulageant d'autant les consorts Seyah, modifie l'équilibre des charges procédurales entre les parties. Il aurait fallu à tout le moins suggérer un fondement à ce qui apparaît comme une véritable faveur à l'auteur d'une prétention dont le succès dépend en partie de la preuve de la teneur d'une loi étrangère qui ne lui est pas applicable. Le visa de l'article 3 du code civil n'y suffit pas; il atteste l'assimilation hasardeuse, il ne la justifie pas.

A la réflexion, il est vraisemblable que le refus de différencier application et prise en considération sur le terrain de l'office du juge dans le domaine de la connaissance du droit étranger a été déterminé par la circonstance que la loi espagnole, inapplicable à la responsabilité contractuelle débattue au principal, était applicable à la responsabilité extra-contractuelle, cause purement incidente dans le même procès; en effet, se fondant sur l'inaction de Rhin et Moselle, les consorts Seyah auraient pu (dans une autre histoire) agir devant un tribunal français¹²² contre les autres automobilistes impliqués dans l'accident et, tandis que la loi espagnole aurait été désignée, dans cette instance imaginaire, pour régir la question principale, le problème de l'établissement de sa teneur aurait relevé de la solution ici retenue par la 1^{re} Chambre civile; il a pu répugner à celle-ci de faire varier l'office du juge en fonction de configurations procédurales dépendant des choix tactiques des demandeurs¹²³. C'est là une explication plausible; elle n'est pas livrée par la Cour et elle n'est pas pleinement convaincante car la procédure aussi a un sens et il se conçoit que les options des plaideurs en ce domaine pèsent sur l'issue de leurs procès.

¹¹⁹ Article 9, C. proc. civ. : «Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention».

¹²⁰ V. en ce sens, H. MUIR WATT, *JCP* 2000. II. 10243, note précitée; E. FOHRER, *op. cit.*, n. 716.

¹²¹ Ce visa de l'article 3 du code civil indique, non pas que la loi espagnole était applicable car, en ce cas, il aurait fallu viser la Convention de La Haye de 1971, mais qu'il n'y a pas lieu dans l'esprit de la Cour de différencier le statut procédural de la loi étrangère en fonction de son mode d'intervention dans la cause.

¹²² Compétent au titre de l'article 14 du code civil, avant le 1^{er} février 1991 date d'entrée en vigueur de la Convention de Donostia-San Sebastian.

¹²³ La jurisprudence française est en effet généralement soucieuse de préserver l'harmonie matérielle des solutions.

C'est donc sur la base d'une motivation discutable que l'arrêt de la Cour de Chambéry a été censuré.

105. b) Mais il est bien certain que cet arrêt de la Cour de Chambéry devait être censuré car il ne se limitait pas à une violation du droit (de l'article 9, c. proc. civ.), il violait aussi le fait. Il violait le fait en appelant la loi française à remplacer au titre de sa vocation subsidiaire la loi espagnole non prouvée. Ce faisant, il transformait les dispositions de la loi française du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en un *datum* de l'affaire, ce qu'elle n'était pas et ne pouvait être puisque, d'une part, cette loi ne vise pas les accidents survenus hors de France et que, d'autre part, la chance perdue ne résultait que des dispositions de la loi espagnole. Ainsi, ignorant la leçon de Currie¹²⁴, la Cour de Chambéry ne s'alarmait pas de statuer sur la base d'un mensonge. Il est vrai qu'une telle éventualité, pour laquelle le juriste préfère parler de fiction, n'est pas toujours inadmissible et qu'il est même des règles de droit pour en autoriser ou en imposer la réalisation. Mais, en l'occurrence, la légitimation de la fiction ne tiendrait toujours qu'à la confusion entre application et prise en considération. Il ne nous semble pas qu'on doive s'accommoder de cette confusion dès lors qu'on reconnaît que le motif de la prise en considération d'une loi réside dans son effectivité. La loi espagnole était sans doute désignée pour résoudre la question de la responsabilité extra-contractuelle, surtout elle était effective à l'égard de cette *causa incidentalis* à éclaircir pour répondre à la question principale.

Peut-être cette effectivité n'est pas éclatante; elle peut du moins s'appuyer sur ce que, conformément à la règle de la prescription annale, le recours qui n'a pas été exercé contre les co-auteurs de l'accident est tenu par tous pour irrecevable en raison de l'expiration du délai et que le fait de débattre ici de la perte d'une chance confirme que tous et chacun dans cette affaire croyaient en l'applicabilité de la loi espagnole à la responsabilité extra-contractuelle, ce qui correspondait à la solution du conflit de lois. Dans ce cas de figure où elle rencontre un titre d'application, l'effectivité ne bénéficie pas du contraste; elle prend davantage de relief, par exemple, dans l'«autre affaire du *Lotus*» où, sauf la nationalité des protagonistes (et le style de leur offre culinaire), tous les liens dont la pertinence est ordinairement admise rattachaient la cause à l'ordre juridique néerlandais.

Il s'infère de cette observation que, pour imposer la prise en considération d'une loi, l'effectivité de celle-ci demandera à être positivement démontrée lorsqu'elle ne concordera pas avec un choix du règlement de conflit tandis qu'il lui suffira de n'être pas démentie dans le cas contraire.

§ 3: La prise en considération-addition

106. C'est une prise en considération plus que complexe que propose l'affaire *République Fédérative du Brésil c. Dame de Azevedo Werneck* sur laquelle la Chambre sociale de la Cour de cassation a été amenée à prononcer un arrêt le 24

¹²⁴ V. *supra*, n. 77.

février 2004¹²⁵. En réalité, dans cette décision se laisse discerner une double prise en considération ou plus exactement une prise en considération-confirmeration du type de celle examinée avec l'affaire *Rhin & Moselle*¹²⁶, enveloppant une seconde prise en considération qui, elle, répond au modèle de l'*addition des conditions* — celui de la «double incrimination» ou de la «double actionnabilité»¹²⁷. Il faut aussi préciser que, pour rejeter le pourvoi, cet arrêt de la Chambre sociale juge l'orthodoxie de la chorégraphie logico-argumentative exécutée par la Cour de Paris au soutien de sa décision, mais se garde de prononcer sur la véracité des bases matérielles du raisonnement ainsi développé; ces bases matérielles dépendaient pour une part importante de l'interprétation du droit étranger, laquelle échappe au contrôle de la Cour de cassation. Voici comment cette affaire un peu intriquée se présentait.

Citoyenne brésilienne, Mme de Azevedo Werneck, pendant plus de quinze années, a été employée au Consulat général du Brésil à Paris. Cessant son activité professionnelle à l'âge de soixante-cinq ans, elle découvre qu'elle ne peut prétendre à aucune pension de retraite car son employeur ne l'a pas affiliée au régime français de sécurité sociale, ni d'ailleurs au régime brésilien. Elle assigne donc la République Fédérative du Brésil à qui elle fait grief d'un préjudice imputable à faute. C'est bien l'opinion, sinon du conseil des prud'hommes, du moins de la Cour d'appel de Paris qui alloue à Mme de Azevedo Werneck une indemnité de € 150 000 par application de la loi française; ainsi «elle condamne l'employeur sur le fondement du droit français de la responsabilité délictuelle» parce que, de manière à première vue un peu déconcertante, elle estime «fautif le refus d'affiliation au régime facultatif de sécurité sociale français»¹²⁸. Comment, en effet, détecter la faute, condition de la responsabilité selon la loi française applicable, dans un cas où la règle prétendument violée accordait une faculté et était donc affectée de cette modalité qui conjugue le refus d'obliger et le refus d'interdire et qui paraît prévenir ainsi tout manquement?

107. La cour d'appel s'est dégagée du paradoxe en combinant une législation française, trop effacée, et la législation brésilienne, qu'elle a su faire parler. Elle relève d'abord que le droit français en vigueur au moment du contrat n'imposait pas à l'Etat brésilien l'obligation d'affilier le personnel du consulat qui n'avait ni la qualité de Français, ni le statut de résident permanent en France, au régime français de sécurité sociale, bien que le travail fût effectué en France; il y avait là une règle spéciale, dérogatoire au droit commun français, qui s'explique par le caractère particulier qui marque *ratione personae* la relation de travail: la législation française en matière de sécurité sociale permet mais s'abstient d'imposer à l'Etat étranger-employeur l'immatriculation qui est en principe requise dès que la pres-

¹²⁵ Cass. soc., 24 février 2004, *République Fédérative du Brésil*, *Rev. crit. DIP*, 2005. 62, note L. d'Avout.

¹²⁶ V. *supra*, n. 101 et s.

¹²⁷ V. *supra* n. 84.

¹²⁸ L. D'AVOUT, note précitée.

tation de service s'exécute en territoire français et cette permission-abstention est naturellement destinée à laisser à la loi de l'Etat étranger la liberté de prescrire l'affiliation au régime local des employés que celui-ci occupe dans ses postes diplomatiques ou consulaires. Cette posture de pure courtoisie du droit français commandait de s'en remettre au droit brésilien.

Le droit brésilien, tel que l'a ensuite souverainement interprété la Cour de Paris, ne répondait pas directement à la question; dans cette version propre à la cour d'appel, le droit brésilien se fiait à l'article 198 du Code de Bustamante¹²⁹ d'après lequel la protection sociale du salarié relève de la loi du lieu de l'emploi, pour disposer que la République Fédérative n'avait l'obligation d'affilier son salarié au régime local que si pareille obligation était prévue par le droit du pays où le travail s'exécutait. Présentée en termes de conflits de lois, l'utilisation de l'article 198 aurait conduit à un renvoi au premier degré¹³⁰, aboutissant au droit français et plus spécialement au droit commun français¹³¹. En réalité, il n'était évidemment pas question d'appliquer le droit commun français de la sécurité sociale qui, d'un côté, sans doute, sanctionne l'employeur oublieux de ses devoirs et charges en lui infligeant des pénalités remplissant les caisses des organismes de sécurité sociale, mais qui, d'un autre côté, n'accorde aucune indemnité au salarié négligé; il ne s'agissait que de prendre en considération la position du droit commun français: si celui-ci jugeait les conditions de l'obligation d'affiliation remplies, le droit brésilien imposait l'obligation d'affilier au régime local. La figure est analogue à celle de la «double incrimination» ou de la «double actionnabilité». Il en résulte en tout cas qu'en s'abstenant de pourvoir à la protection sociale de son employé, alors qu'elle en avait l'obligation, la République Fédérative du Brésil a commis, au regard du droit français applicable, une faute qui, jointe au préjudice et au lien de causalité, justifiait la mise en œuvre de l'article 1382 du code civil et la condamnation aux dommages-intérêts. C'est ce raisonnement qui inclut la prise en considération du droit commun français de la sécurité sociale par le droit brésilien dans la prise en considération du droit brésilien par le droit spécial français applicable au cas des personnels des postes diplomatiques et consulaires en France qui reçoit l'approbation de la Cour de cassation.

¹²⁹ Le Code de Bustamante issu du Traité de La Havane de 1928 qui a été ratifié (avec des réserves) par le Brésil, n'est applicable qu'aux rapports privés développés entre Etats-parties («Las disposiciones de este Código no serán aplicables sino entre las Repúblicas contratantes...», art. 2 du Traité); s'il est en définitive peu appliqué, du moins il est utilisé comme *ratio scripta* ou *jus commune* pour combler les lacunes des systèmes de droit international privé commun des Etats-parties. L'article 198 du Code énonce : «Tambien es territorial la legislación sobre accidentes del trabajo y protección social del trabajador».

¹³⁰ Rappr. Cass. civ., 15 mai 1963, *Patino*, *Grands arrêts*, n°38, obs. n. 38/39- 8, Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Moatti c. Zaha*, *Rev. crit. DIP*, 1983. 300, note J.-M. Bischoff, *JDI* 1983. 595, note M. Lehmann.

¹³¹ La consultation de la règle française spéciale aux personnels des ambassades et consulats aurait conduit à s'engager dans un circuit en boucle évoquant le «cabinet des miroirs» (F. KAHN) ou Catoblépas (E. BARTIN) et — peut-on penser avec la Cour de Paris — elle ne correspondait sans doute pas à l'esprit de la référence faite par la législation brésilienne.

108. L'intérêt de cette décision ne tient pas seulement à la mise en lumière de la belle capacité de la Cour de cassation d'apprécier à sa juste valeur la virtuosité de la Cour de Paris, des plaideurs et de leurs conseils. Il tient aussi et surtout à l'évidence qu'il projette sur l'assujettissement de la prise en considération de la loi non désignée à la teneur matérielle des règles de la loi applicable; c'est parce que la règle spéciale du droit français entend ne pas imposer d'obligation tout en offrant la possibilité d'affilier qu'il convient de consulter la loi brésilienne et c'est parce que la loi brésilienne entend aligner la protection sociale de cette catégorie de salariés sur celle qui a cours dans le pays de l'exécution du contrat de travail qu'il y a lieu de consulter le droit commun français en la matière. Sans que l'une prétende conférer à l'autre un quelconque titre d'application, ces deux lois s'allient et se coordonnent matériellement pour produire une solution de droit international privé matériel. Le recours à ce type de solution n'est-il pas le signe d'un dépassement du paradigme conflictuel?

109. Faut-il alors retenir de toutes ces décisions que décidément la règle de conflit de type classique, celle qui pour une question de droit — la question principale — désigne une loi interne, est un instrument dépassé et trop imparfait? Ne démontrent-elles pas qu'une fois la désignation acquise, restent encore bien souvent à accomplir des efforts considérables pour parvenir à une solution matérielle acceptable et que ces efforts portent le cas échéant à s'adresser, malgré le prétendu épuisement de la question du conflit de lois, à une loi non désignée?

Dès lors que l'environnement hétérogène de la question de droit à trancher propose à la vérification de l'une des conditions formant l'hypothèse de la règle matérielle de la loi déclarée applicable, un élément factuel qui dépend effectivement d'une autre loi, le souci de vérité et de probité commande que cette autre loi soit consultée. À vrai dire, cette prise en considération s'impose sans le moins du monde contredire le règlement de conflit du for si l'autre loi est retenue par ce règlement-même pour régir les aspects connexes de la question principale; dans ce cas, qui est celui de l'affaire du *Sedov* ou de l'affaire *Compagnie Rhin & Moselle*, la prise en considération opère à l'intérieur et en conformité du système de solution de conflit. Dénoncer ici les faiblesses ou insuffisances du paradigme conflictuel serait simplement se lamenter de l'ampleur de la tâche à effectuer après que la règle de conflit a rempli son office; la déploration ici ridiculise son auteur s'il dénonce en même temps la neutralité matérielle de la règle de conflit: celle-ci a pour mission de choisir le droit applicable, elle n'est pas chargée de procéder aux ajustements de sa teneur.

Dans l'hypothèse où, au contraire, l'effectivité ne s'accorde pas avec le règlement de conflit du for et où la loi à prendre en considération n'est pas de celles que celui-ci retient à un titre ou un autre, ce qu'illustrent l'autre «affaire du *Lotus*» ou encore l'arrêt *Soc. Finin Ltd*, interprété comme il l'a été plus haut, le procédé gagne son autonomie et peut alors se prêter à être présenté comme une contestation du choix de la loi applicable. Les esprits lassés du paradigme conflictuel relèveront que la règle de conflit est incapable de résoudre le problème de l'internationalité et que son infirmité impose la mise en place d'un dispositif auxiliaire. En revanche,

les fidèles du conflictualisme observeront que la nécessité d'un mécanisme de complément est liée à la distinction de la justice conflictuelle et de la justice matérielle, la règle de rattachement servant la première et laissant la seconde aux soins du droit désigné. En l'état actuel de l'ordre international, il n'est pas possible de se passer du ministère des ordres juridiques nationaux; ceux-ci n'ont en général à proposer pour le règlement matériel des relations privées internationales que des normes de droit interne, c'est-à-dire des normes qui se sont constituées sur la base d'une expérience et pour répondre aux besoins de la vie sociale interne perçue comme juridiquement homogène¹³². Il ne faut pas demander à la méthode conflictuelle plus qu'elle ne peut donner; elle a été conçue pour désigner le droit applicable. Il faut lui savoir gré de ne pas s'opposer à l'internationalisation matérielle des règles du droit interne.

110. On le voit, la prise en considération n'expose le paradigme conflictuel à être condamné que par ceux qui préjugent sa désuétude ou son inadéquation. Ceux-ci ont-ils trouvé du côté de l'exigence d'un lien suffisant le renfort qui assurerait le triomphe de leurs doctrines? Lorsqu'un lien suffisant se maintient avec l'ordre du for, la solution de conflit que voudrait assurer une désignation différente n'est pas toujours assez forte pour contraindre cet ordre du for à renoncer à l'application de ses règles matérielles, à renoncer à ce qu'il estime être la justice matérielle. L'*Inlandsbeziehung*, pour ainsi dire, re-nationalise tandis que la prise en considération internationalise. Est-ce la faiblesse ou la vitalité que révèle cette dialectique?

¹³² Comp. D. COCTEAU-SENN, *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, thèse Paris 1, 2001, n. 222.

