



Article scientifique

Article

2022

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Droit international dit "privé" et droit international dit "public" : éléments
d'une théorie unitaire et humanisée du droit international

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Droit international dit 'privé' et droit international dit 'public' : éléments d'une théorie unitaire et humanisée du droit international. In: Journal du droit international, 2022, vol. 2022, n° 1, p. 1.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:158898>

DOCTRINE

1 Droit international dit « *privé* » et droit international dit « *public* » : éléments d'une théorie unitaire et humanisée du droit international

Gian Paolo Romano*

Professeur ordinaire, université de Genève

Résumé

La doctrine du droit international privé et la doctrine du droit international public se réclament de deux théories dont l'indépendance serait justifiée par la différence de leur objet : le droit international public s'occuperait des relations entre États et les organisations internationales qu'ils forment, le droit international privé des relations entre personnes privées, physiques et morales. Chacune de ces théories se heurte cependant aux paradoxes et problèmes irrésolus que dénoncent ses spécialistes. L'auteur avance que leur réunion en une théorie unitaire et humanisée est susceptible de dépasser de telles apories, de mieux rendre compte du droit contemporain des relations internationales et d'en favoriser le progrès ultérieur.

Summary

The doctrine of private international law and the doctrine of public international law rely on two supposedly self-standing theories whose independence is justified by the difference in their subject-matter : public international law mainly deals with relations between States and the international organizations they form, while private international law deals with relations between private individuals and corporations. However, each of these theories comes up against multiple paradoxes and unresolved problems that their specialists candidly acknowledge. The author argues that a unified and human-centered theory of international law promises to overcome such difficulties, to give a more accurate account of the contemporary law of international relations and to facilitate its further progress.

* Je souhaite remercier Adriana Schnyder, Anaïs Avila, Didier Boden, Vito Bumbaca, Thomas Kadner Graziano, Rachel Ngo Ntomp, Regiane Pereira, Ilaria Pretelli, Alan Ragueneau et Valentin Rétornaz, juristes avisés, pour leurs précieux conseils tout comme Angela et Stéphane Schnyder, dont les enseignements que j'ai tirés de nos échanges m'ont confirmé à quel point le sens du droit – y compris international – se comprend mieux si l'on dialogue également avec des non-juristes. Les quelques écrits de ma plume que je me suis permis de citer en note – qui comportent des réflexions préparatoires ou des développements ultérieurs – sont accessibles depuis l'Archive ouverte de l'université de Genève, <https://archive-ouverte.unige.ch/authors/view/68032>.

1 – Les liens entre droit international dit « *privé* » et droit international dit « *public* » sont fuyants. Prévaut aujourd’hui la conviction qu’il s’agirait de deux ensembles de règles suffisamment distincts pour faire l’objet d’enseignements universitaires, de champs de recherche et de théories générales largement séparés¹. Le droit international public viserait pour l’essentiel les relations entre *États* et les relations impliquant les organisations internationales qu’ils créent ; il serait *vraiment international*, par sa *source* et non pas uniquement par son *objet* ; il serait *un seul* en ce sens qu’il n’y aurait pas de droit international public *suiss*e qui différerait du droit international public *tunisien*. En revanche, le droit international privé aurait pour objet les relations entre *personnes privées* ; il serait, quant à sa *source*, souvent *national* ; ainsi la Suisse aurait-elle « *son* » droit international privé et la Tunisie le sien.

Pour approximative qu’elle soit, une telle présentation correspond à ce qui se dégage de bien des manuels. Qui plus est, la pertinence de la séparation des deux domaines imprègne les esprits des chercheurs qui, pourtant, s’ils sont souvent peu familiers des débats agitant l’autre discipline, dénoncent volontiers les « *paradoxes* » ou « *problèmes irrésolus* » frappant la leur.

Les pages qui suivent se proposent de montrer que la théorie du droit international privé et la théorie du droit international public sont en mesure de *s’entraider*, que la mise au point d’une *théorie unitaire* est susceptible de dépasser bon nombre de paradoxes et problèmes irrésolus qui, de l’aveu de bien de leurs spécialistes, affectent l’une et l’autre et, surtout, de mieux rendre compte du droit positif des relations internationales et d’en accompagner le progrès.

2 – Une relation privée internationale est *privée* parce qu’elle « *intéresse* » deux ou plusieurs *personnes privées*, et *internationale* parce qu’elle « *intéresse* » deux ou plusieurs *États*, en ce sens notamment qu’elle a vocation à se déployer dans un espace *bi- ou multinational* formé par la somme de leurs territoires « *souverains* », et qu’elle n’est pas telle que chaque État ait le loisir d’organiser comme il l’entend le « *segment* » qui se déroule sur son territoire à lui. Pour régler au sens du droit privé une telle relation *interindividuelle*, les autorités des États « *cointéressés* » doivent parvenir à régler la relation *entre elles* – c’est bien une relation *interétatique*² – en *coordonnant* l’exercice de leurs compétences « *souveraines* » législative, judiciaire et d’exécution en matière *civile*, et en *coopérant* de différentes manières.

1. Nguyen Quoc Dinh, P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public : Paris*, 7^e éd., 2002, p. 37 : « la distinction entre droit international public et droit international privé est définitivement adoptée par la science du droit ». À la fin des années soixante-dix, Pierre Mayer pouvait cependant encore écrire : « La question générale des rapports entre droit international privé et droit international public continue d’agiter la doctrine contemporaine » (P. Mayer, *Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de compétence : Rev. crit. DIP* 1979, p. 1 s, 349 s. 537 s., spéc. p. 2).
2. K. Zemanek, *The Legal Foundations of the International System : RCADI*, 1997, t. 266, p. 74 : « the right of several States to regulate the same matter creates a... relationship between them ». La vocation de deux États à régler la même catégorie de relations privées (« *the same matter* ») engageant leurs territoires – vocation résultant du droit « *souverain* » revenant à chaque État de régler (« *right... to regulate* ») les activités humaines sur son propre territoire – crée une *relation entre eux*.

Nombre de paradoxes qui tourmentent la théorie contemporaine du droit international privé³ semblent bien résulter de la négligence du lien de solidarité qui rattache le plan *interétatique* et le plan *interindividuel*⁴. En dévalorisant l'interétatique, cette théorie est obligée de se replier sur une focale « *mono-étatique* », celle de l'« *État du for* », et notamment du « *juge du for* »⁵. Seulement, une telle perspective « *foro-centrique* » aboutit à déformer assez largement le droit privé : d'abord parce que – par la *sécurité juridique* qu'il aspire à assurer aux particuliers –, celui-ci a pour objectif prioritaire de *prévenir* leurs litiges en favorisant la mise en œuvre *privée* des relations interindividuelles, et c'est pourquoi il s'agit de droit *privé* ; ensuite, parce que, sans la coopération de l'autre État tour à tour « *co-intéressé* », l'« *État du for* » est impuissant à s'assigner la mission d'attribuer aux personnes privées des *droits subjectifs* et des *obligations* correspondantes, non seulement en prévenant leurs litiges, mais aussi en les *résolvant*. Une telle relation déborde, en effet, les frontières à l'intérieur desquelles se cantonne son droit « *souverain* » de fixer des règles en assurant leur respect au besoin moyennant « *sa* » force publique.

Aussi une telle vision « *désinternationale* » et « *judicialisée* » du droit international privé a-t-elle provoqué une « *déprivatisation* » de son discours et sa « *déshumanisation* », en l'éloignant des besoins des êtres humains. Lorsque nous engageons des relations par-delà les frontières, nous nous attendons en général des autorités des États « *co-intéressés* » qu'elles nous indiquent quels sont nos droits, pour que nous puissions les exercer envers nos semblables, et quelles sont nos obligations, pour que nous puissions nous en acquitter à leur profit, sans *normalement* devoir nous faire des procès. Et nous ne nous attendons pas à ce que nos droits et nos obligations soient différents selon que le juge saisi sera celui de l'un des États « *co-intéressés* » ou celui d'un autre de ces États, ni d'être incités à

3. Selon D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, Partie générale* : PUF, t. I, 5^e éd., 2021, la science du droit international privé serait une « *science à paradoxes* ».
4. *Ex multis*, V. A. L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado : Comares*, vol. I, 2020, p. 2 : « *Esta concepción elimina de la noción de DIPr el elemento de la Soberanía del Estado. Ello resulta acertado porque las situaciones privadas internacionales no afectan a las relaciones entre Estados soberanos* ». Peu d'auteurs contemporains s'intéressent à la « *confluence* » des deux disciplines : parmi eux, V. l'important ouvrage d'A. Mills, *The Confluence of Public and Private International Law, Justice, Pluralism and Subsidiarity in the International Constitutional Ordering of Private Law* : Cambridge University Press, Cambridge, 2009. – V. ég. T. De Boer, *Living Apart Together : Relationships Between Public and Private International Law (NIRL) 2010*, 57(02) : 183-207, p. 183 s. – R. Bogdan Bobei, *No more social distancing between international law and conflict of laws*, *Yearbook of Private International Law (YbPIL) Vol XXII – 2020/2021*, ed. by A. Bonomi and G. P. Romano, Köln : Verlag Dr. Otto Schmidt, 2021, p. 35 s. – M. Forteau, *Le droit international privé, reflet des limites (mais aussi de la nature) du droit international public, Les limites du droit international – Essais en l'honneur de Joe Verhoeven* : Bruylant, Bruxelles, 2014, p. 58.
5. Selon l'intitulé même du cours général professé à La Haye par M. Bogdan, le droit international privé serait une « *composante du droit du for* » : *Private International Law as Component of the Law of the Forum* : RCADI, 2011, t. 348, p. 34. En précisant que le « *droit international privé n'est pas vraiment du droit international* », cet auteur dit ne faire que répéter ce qu'on lit « *dans pratiquement tous les manuels de droit international privé* » : « *In fact, the contents of one of the first pages in practically all introductory textbooks on private international law and one of the first lessons taught to students in elementary courses on the subject is that private international law is not really international law... but rather a part of the legal system, in a wider sense, of the country of the forum* » (p. 38). Il suffit d'ouvrir une quinzaine d'ouvrages d'introduction au droit international privé – en français, anglais, allemand, espagnol, italien, néerlandais – pour partager le constat de M. Bogdan.

courir vers tel tribunal de crainte que l'autre personne « *co-intéressée* » puisse saisir tel autre tribunal, ni d'être exposés à un *conflit de procédures et de décisions*. Résultant d'un *conflit de compétences*, supposant des coûts souvent considérables à la charge des parties privées concernées tout autant que des collectivités publiques concernées, un tel conflit de décisions cristallise l'absence de droits subjectifs et obligations privés dignes de ce nom, et menace de faire évoluer les particuliers dans un état d'*anarchie internationale* favorisant la résurgence de la loi du plus fort, du plus malin et du plus rapide.

Pour retrouver l'essence – et le fonctionnement normal – du droit privé, la théorie du droit international privé se doit de retrouver les États et leurs autorités comme *sujets* d'un pan des relations que visent les règles qu'elle étudie, que l'on peut appeler *relations interétatiques en matière de droit privé*. Familière des droits subjectifs et obligations des États, la théorie du droit international *public* peut l'y aider. Selon une vue répandue chez les internationalistes de droit public, il appartiendrait « *d'évidence* » à celui-ci de prévenir et régler les *conflits de compétences* que soulève la coexistence des communautés humaines organisées en États⁶. Ne devrait-il en aller de même des conflits de compétences *en matière civile*? Si la « *coopération entre États est l'objectif du droit international public* »⁷, la coopération des États et de leurs autorités est nécessaire pour faire évoluer dans un ordre *juridique* les relations privées internationales. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne évoque la « *coopération judiciaire en matière civile* ». C'est dans le contexte européen que la prise de conscience est la plus avancée de la nécessité que les États se lient par des instruments précisant leurs droits et obligations *étatiques* réciproques – quel État a le *droit de légiférer*, ou *droit de fixer les règles*, à l'égard de telle catégorie de relations internationales privées, et quel État a l'obligation de *s'abstenir* de légiférer, quel État a le *droit de juger* les litiges susceptibles d'en résulter, et quel État a l'obligation de *s'abstenir* de les juger, ou de les rejurer, etc. – pour permettre aux personnes privées de bénéficier de droits et obligations *individuels*.

3 – La théorie du droit international public – qualifié souvent et malencontreusement de droit international *tout court* – est aussi aux prises avec de multiples problèmes irrésolus.

« *Mais qu'est-ce que donc le droit international? Des siècles d'effort scientifique n'ont pas permis de cerner définitivement son objet et sa portée* »⁸. La source de bien de ces difficultés est en quelque sorte *inverse* et tient à la mise à l'écart des *personnes privées*. Que le droit international public s'adresserait *aux États*, qu'il n'accorderait pas de droits, pas plus qu'il n'imposerait d'obligations aux

6. Sous le chapitre intitulé « *Conflits de compétences* » de son cours général, J. Verhoeven affirme que « *C'est au droit international public qu'il appartient d'évidence de régler le conflit que suscite le cas échéant l'exercice concurrent par les États des pouvoirs que recouvre la capacité qui leur appartient comme sujets de droit international* », *Considérations sur ce qui est commun : RCADI, 2008, t. 334, p. 5*. – Pour d'affirmations semblables, *infra, note 93*.

7. R. Kolb, cours en « *Droit international public* », printemps 2021, dont l'enregistrement est disponible sur « *Mediaserver* », plateforme numérique de l'université de Genève.

8. R. Kolb, *Des problèmes conceptuels, systématiques et terminologiques en droit international public : Zeitschrift für öffentliches Recht 2001, p. 501-515, spéc. p. 502*.

personnes privées – sauf, il est vrai, nombre croissant d'exceptions – correspond encore aujourd'hui à la pensée dominante⁹.

De l'analyse de la lettre et de l'esprit de vastes catégories de traités et instruments comparables, y compris de droit « *dérivé* » des traités, se dégage une impression différente. Des dizaines de milliers de dispositions interétatiques sur la circulation et l'établissement des personnes, la prestation internationale des services, le libre-échange des marchandises, la promotion des investissements, la protection internationale de la propriété intellectuelle, la prévention de la double imposition, la coordination des systèmes de sécurité sociale et tant d'autres, semblent bien reconnaître des *droits subjectifs internationaux* et imposer des *obligations internationales* aux personnes privées. Les autorités compétentes de ces États « *partenaires* » produisent ensemble des « *lois* » (on parle volontiers de « *traités-lois* ») pour encourager et encadrer des activités humaines devant se déployer dans une aire bi- ou multiterritoriale. De tels instruments organisent un réseau complexe de relations entre *plusieurs sujets de droit* : relations entre États et leurs autorités, relations internationales entre une personne privée, d'une part, et, d'autre part, un État et ses autorités, relations internationales entre personnes privées, relations internationales entre une personne privée et une personne publique autre qu'un État, etc.

Si elle veut refléter le droit international *positif*, la théorie du droit international public doit retrouver les personnes privées comme sujets de tout un pan de relations internationales qu'organisent d'innombrables règles interétatiques. La théorie du droit international privé peut l'y aider, pour qui les personnes privées sont aussi des *sujets des relations internationales* évoluant dans l'*ordre international*, et qui insiste même sur leur centralité.

4 – Le besoin de développer une théorie *unitaire* du droit international est sûrement semblable à celui qui a conduit la science du droit – si tant est qu'il s'agisse d'une science – à poursuivre l'élaboration d'une théorie du droit *tout court*, dépassant les clivages entre droit dit « *public* » et droit dit « *privé* »¹⁰. Une théorie unitaire du droit international a pour objet d'étude les relations internationales « *croisées* » entre personnes étatiques et non étatiques, publiques et privées, physiques et morales, et leurs droits et obligations réciproques ; la nature « *internationale* » de telles relations tient, en simplifiant un peu, *au franchissement*, au moins potentiel, *d'une frontière* par les personnes qui y participent, leurs biens, leur argent, les informations ou les données qu'elles

9. Dans de nombreux écrits, A. A. Cançado Trindade a appelé de ses vœux l'« *humanisation du droit international* » en ayant surtout à l'esprit les instruments dits des « *droits humains* » (par ex. *A Humanização do Direito Internacional : Belo Horizonte, 2^e éd., 2015*). Dans son « cours général », qui vient de paraître (*Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité : RCADI, 2021, t. 414, p. 370 s.*), A. Pellet consacre un chapitre entier à une telle « *humanisation* ». Une lecture humanisée du droit international est suggérée par le constat que bien d'autres instruments interétatiques, à commencer par ceux qui ont pour objet les relations internationales entre personnes privées, et tant d'autres, accordent à celles-ci des droits subjectifs internationaux : V. les exemples fournis *infra*, II, C et D.

10. Les ouvrages de théorie générale du droit – que l'on pense à ceux de H. Kelsen, H.L.A. Hart ou N. Bobbio – procèdent d'une vision du phénomène juridique englobant à la fois le droit dit « *privé* » et le droit dit « *public* ».

détiennent, et donc à la mobilisation, en tout cas potentielle, d'au moins deux territoires étatiques. Le caractère unitaire d'une telle théorie résulte du double constat, d'une part, que les relations entre États et leurs autorités sont nécessaires pour régler tout autant les relations internationales entre autorités et personnes privées que les relations internationales entre personnes privées ; d'autre part, que les relations internationales en matière *civile* supposent ou entraînent des relations internationales en matière *pénale, douanière, fiscale, de sécurité sociale*, etc. La même activité internationale à laquelle s'adonnent les êtres humains mobilise un ensemble de règles que l'académie classe dans différentes disciplines mais que la vie internationale du droit tend à convoquer simultanément.

Il s'agit d'une théorie « *humanisée* » car elle place au centre du droit international les êtres humains, et leurs droits subjectifs internationaux, envers leurs semblables et envers les autorités étatiques. Une telle théorie part en définitive de l'observation qu'un groupement humain établi sur un territoire s'organise en État, et se donne des autorités pour faire des règles et les faire respecter, en vue de permettre l'*épanouissement des membres qui le composent* ; et que, de même, deux ou plusieurs groupements humains constitués en États, par l'intermédiaire des mêmes autorités, se donnent ensemble des règles, y compris en coordonnant leurs dispositions « *mono-nationales* », de manière à permettre un *surcroît fondamental* d'épanouissement de leurs membres : car le rayon géographique de leurs libertés s'en trouve élargi à deux ou plusieurs territoires et l'effectivité de leurs droits mieux assurée.

5 – Il convient, pour le démontrer (II), de cerner d'abord les liens entre droit privé et droit public au sein d'une société dite « *interne* » (I), avant de formuler une synthèse (III).

I. – RELATIONS « *INTERNES* »

6 – Après avoir évoqué quelques définitions (A), on fournira un aperçu de l'expérience du droit par les sujets de droit que nous sommes (B). L'importance des relations entre autorités étatiques en vue de déterminer les droits et obligations des particuliers envers les autorités (C) et entre eux (D) sera ensuite relevée.

A. – Quelques définitions

7 – Le droit *privé* régit les relations entre *personnes privées*, se traduisant par un faisceau de *droits subjectifs* et d'*obligations réciproques* et *privés* : privés parce que les droits subjectifs reviennent à des particuliers *et* parce que les obligations nécessaires à les satisfaire incombent à d'autres particuliers.

La notion de droit *public* est apparemment plus large. Car celui-ci a pour objet à la fois les relations entre *personnes publiques* (ou personnes de droit public) et les relations entre une *personne privée* et une *personne publique*.

Le droit public régit, en Suisse, la relation entre la *Confédération* et les *Cantons* concernant le partage de leurs compétences : relations qui se traduisent par des *droits subjectifs étatiques* et des *obligations étatiques*. La « *Confédération* » est un sujet étatique, les Cantons sont des États : État de Vaud, État de Genève, qui est

même une République. La Constitution fédérale évoque la « *souveraineté* » des États-Cantons¹¹.

La Confédération a exercé son *droit subjectif* – de sujet-État – d'adopter des mesures anti-Covid. Les Cantons ont l'*obligation* de s'abstenir d'édicter des mesures incompatibles. Les relations des Cantons *entre eux* – entre l'État de Vaud et l'État de Saint-Gall – sont interétatiques. On peut les qualifier de relations *interétatiques internes* pour les distinguer des relations entre la Suisse et la France, qui sont des relations *interétatiques internationales*. Les relations entre l'État de New York et l'État du New Jersey sont également interétatiques (« *inter-state* »).

Le droit public accorde aussi aux êtres humains une série de droits, souvent dits « *fondamentaux* », opposables aux autorités publiques, lesquelles ont l'obligation de s'abstenir d'en entraver l'exercice : droit à la libre fixation de la résidence, droit à la liberté d'opinion, et tant d'autres. Ces règles nourrissent un autre pan des chartes constitutionnelles, placé en tête de celles-ci, ce qui trahit une hiérarchisation : les êtres humains qui forment un groupement vivant sur un territoire se constituent en État, et se donnent des autorités, et des lois, y compris sur les relations entre ces autorités, en vue de « *favoriser l'épanouissement de chacun dans une société harmonieuse* », pour citer la Constitution vaudoise. Emer de Vattel ouvre le « *Droit des gens* » en rappelant que « *Le But, ou la Fin de la Société Civile est de procurer aux Citoyens toutes les choses dont ils ont besoin pour les nécessités, la commodité et les agréments de la vie, et en général pour leur bonheur* »¹².

La personne privée est *sujet de droit public* car d'innombrables règles de droit public lui sont directement destinées, tout autant qu'elle est *sujet de droit privé*. Elle est sujet de droit *tout court*. Mais l'État-Confédération, et les États-Cantons, sont aussi des sujets de droit.

8 – La ligne de démarcation entre droit public et droit privé est-elle nette ? Le terme « *théorie* » vient du grec, « *theôrein* », qui signifie « *observer* ». Observons l'expérience des êtres humains.

B. – Droit public et droit privé dans l'expérience quotidienne

9 – Avec mon véhicule *privé*, je me suis placé, hier, sur la voie *publique*. J'ai exercé l'une de nos libertés les plus fondamentales, parfois dites *publiques*, la liberté de mouvement, opposable aux autorités qui ont l'obligation de s'abstenir de m'empêcher d'en tirer profit. J'ai respecté les règles de la circulation routière. Droit *public* ou droit *privé* ? On enseigne que c'est plutôt du droit *public*. Cependant, le Code de la route vise aussi les relations entre moi et le conducteur de la voiture à proximité : il a le droit de passer le premier car il s'est engagé dans le rond-point et j'ai l'obligation de respecter sa priorité. J'ai par la suite le droit de

11. *Const. fédérale suisse*, art. 3 : « *Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* ». La souveraineté des États-Cantons est affirmée par maintes Constitutions cantonales.

12. *E. de Vattel, Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliqués à la conduite & aux affaires des Nations & des Souverains* : Londres, 1758, § 15.

m'engager et le particulier au volant du véhicule venant de droite est obligé de me laisser passer.

J'arrive à la Coop¹³. Ses locaux font l'objet d'un contrat de bail commercial : plutôt droit *privé*. Mais ils sont ouverts *au public*. C'est pourquoi la Coop doit respecter une série de règles de droit plutôt *public* mais qui visent à protéger ses clients, personnes privées : accès des handicapés, portes anti-incendie, etc. Ses rayons débordent de marchandises. Il y a beaucoup de règles derrière chaque produit : marques, concurrence, sécurité des aliments. Droit *privé* ou droit *public*? S'agissant des règles sur la sécurité des aliments, c'est plutôt du droit *public*. Mais ces règles définissent ce qui peut faire l'objet d'un contrat de vente entre deux personnes privées. Elles ont un impact direct sur les relations *interindividuelles*.

Je passe à la caisse et conclus avec la Coop des contrats de droit *privé*. Je paie la TVA : droit fiscal – plutôt *public* – qui s'immisce dans la majorité des transactions privées.

10 – Je me rends ensuite à la Poste pour chercher un colis que m'envoie un fournisseur de Zurich. Les règles postales fédérales permettent aux personnes privées de faire parvenir d'un Canton à un autre la marchandise commandée par Internet contre paiement d'un émolument modeste : il n'y a plus, entre les Cantons, de droits de douane. En arrivant à la maison, je relève le courrier en y trouvant une facture que m'envoie mon assurance-maladie. Obligation de droit public ou de droit privé? Peu importe, car je dois l'honorer. J'ai changé de médecin récemment. Est-il compétent? Je me rassure en pensant que, pour pouvoir exercer, il a dû passer par une série de contrôles : sa profession est en effet fortement réglementée par des règles de droit plutôt public visant à protéger les personnes privées qui s'adressent à lui.

Quelques minutes après, Dialarme, société de sécurité privée qui fait l'objet d'une surveillance par les autorités publiques, m'appelle pour savoir si je suis intéressé à renouveler l'abonnement auquel j'ai souscrit auprès d'elle : contrat plutôt de droit privé mais qui implique l'intervention de la police. J'hésite : en Suisse, le droit pénal remplit assez bien sa fonction générale *de prévention*, de dissuader les malintentionnés d'aller jusqu'au bout de leurs mauvaises intentions. Le droit pénal est, enseigne-t-on, plutôt public. Mais une bonne partie de celui-ci vise à protéger les droits à l'intégrité, y compris patrimoniale, des particuliers à l'encontre d'atteintes que pourraient y porter d'autres particuliers, à empêcher que des humains malveillants violent mon domicile « *privé* ». Le droit pénal concourt lui aussi à définir les règles de conduite *interindividuelle*.

11 – Bilan intermédiaire : les activités humaines sont rendues possibles, sont facilitées et encadrées par un ensemble de règles dont la composante privée et la composante publique semblent souvent intégrées, comme les composantes d'une machine à café. Les activités les plus banales mobilisent du droit privé et du droit public et révèlent la dimension privée du droit public et la dimension publique du droit privé.

13. Société coopérative créée selon le Code des obligations suisses, dont le siège est à Bâle.

C'est ce que confirme une autre observation, capitale pour les développements qui suivent : pour que les droits et les obligations des personnes privées *entre elles*, et envers les *sujets étatiques*, soient précisés, il faut que soient précisés les droits et les obligations *réiproques* des *sujets étatiques*.

C. – Relations interétatiques nécessaires à la définition des droits des personnes privées envers les autorités

12 – Au début de la pandémie, il y a eu un accrochage entre l'État du Valais et la Confédération. Le Valais avait autorisé certains prestataires à offrir leurs services aux clients – les uns et les autres personnes privées –, la Confédération le leur avait prohibé : contrat de droit privé dont la loi cantonale autorisait la conclusion et la loi fédérale l'interdisait ; conflit *interétatique* de lois, car la Confédération est un sujet étatique, l'État du Valais aussi. Ces fournisseurs et leurs clients se sont demandé : « *Alors, avons-nous le droit de conclure ce contrat de service ou non ?* ». Aussi longtemps que les personnes privées concernées ignorent si c'est la Confédération qui a le *droit de légiférer*, ou bien le Canton, elles sont condamnées à ignorer quels sont leurs droits et leurs obligations.

Un autre exemple est tiré du droit fiscal. La compétence en ce domaine est, en Suisse, partagée entre la Confédération, les Cantons et les communes. Le Professeur Thomas Kadner, de l'université de Genève, m'a raconté que, quand son épouse a temporairement déménagé à Lucerne pour des raisons professionnelles, l'État de Genève a estimé que le couple formé par M. et M^{me} Kadner Graziano était encore domicilié à Genève, l'État de Lucerne qu'il était domicilié à Lucerne. Chaque État-Canton prétendait exercer la *compétence fiscale* : *conflit intercantonal de lois*, double imposition intercantonale interdite par la Constitution fédérale¹⁴. Seulement, aussi longtemps que les *États concernés* ne se coordonnent pas, les *personnes privées concernées* ne savent pas quelle est la *loi applicable*, quelles sont leurs *obligations* mais aussi leurs *droits* : car le droit fiscal confère aussi des droits subjectifs aux contribuables, par exemple de pratiquer certaines déductions. Il faut que M. et M^{me} Kadner Graziano sachent quel est le Canton qui a le droit de les imposer et quel est le Canton qui a l'obligation de s'abstenir de les imposer pour éviter un conflit de lois fiscales. Nous sommes face à l'enchevêtrement d'une relation de type « *publique-publique* » et d'une relation de type « *publique-privée* » : le règlement de celle-ci suppose le règlement préalable de celle-là.

D. – Relations interétatiques de droit privé et relations de type « *public-privé* »

13 – Il convient de montrer qu'une relation entre particuliers ne peut être réglée par le droit privé classique que si sont réglées une multitude de relations entre autorités. On peut les qualifier de *relations interétatiques internes en matière civile* : s'arrêter sur celles-ci facilitera l'examen des *relations interétatiques*

14. *Const. fédérale suisse, art. 127 al. 3.*

*internationales en matière civile*¹⁵. Considérons la *genèse* des lois de droit privé (1°) puis leur *mise en œuvre* (2°).

1° *Relations entre autorités étatiques dans la genèse des lois de droit privé*

14 – Commençons par un truisme : *le droit privé est lui aussi public quant à sa source*, aux autorités dont il émane. En Suisse, dans la majorité des domaines du droit privé, les Cantons ont accepté que la compétence revienne à la Confédération : règles de *répartition de la compétence législative*, de rang constitutionnel¹⁶. Le droit privé est même, en Suisse, « *super-public* » en ce sens qu'il provient des autorités helvétiques « *suprêmes* »¹⁷.

En s'accordant une petite diversion, au Venezuela, c'est un peu comme s'il y avait, depuis deux ans, deux Parlements : le Parlement fidèle à Nicolas Maduro et le Parlement qui soutient Juan Guaidó. Seulement, si deux Parlements font des lois de droit privé en prétendant les appliquer aux mêmes personnes – ici à la même population vénézuélienne –, ce n'est plus un État *de droit*, mais un état d'*anarchie*. Supposons une loi en matière de successions, faite par le Parlement fidèle à Maduro, qui dit à l'épouse survivante : « *vous avez le droit à recueillir la moitié de l'héritage de feu votre mari, l'autre moitié revient aux enfants du premier lit* » ; et une loi faite par le Parlement soutenant Guaidó, qui lui dit : « *vous avez le droit à 1/4 de l'héritage, 3/4 reviennent aux enfants* ». Madame sera tentée de brandir la loi faite par le Parlement Maduro qui lui donne le droit à la moitié, les deux enfants se réclameront de la loi du Parlement Guaidó qui leur donne le droit aux trois quarts. Aussi longtemps que le *conflit entre deux autorités législatives*, et le *conflit des lois civiles* qui en émanent, n'est pas résolu, la relation entre personnes privées n'évolue pas dans le droit privé. Car nos personnages ignorent quels sont leurs droits subjectifs et leurs obligations. Pour que l'épouse et les deux enfants profitent du droit privé, il faut que les deux Parlements aient réglé la relation *entre eux* quant à l'exercice de la *compétence* en prévenant le *conflit de compétences*, et qu'ils aient déterminé qui a le *droit de légiférer* dans tel domaine, ou pour telle catégorie de relations, et qui a l'*obligation de s'abstenir* de légiférer.

15 – Nous n'avons pas, en Suisse, deux Parlements, mais 27. Il n'existe toutefois qu'une seule Assemblée fédérale, encore que celle-ci soit composée de deux chambres : le *Conseil national*, qui représente le peuple, et le *Conseil des États*, qui représente, justement, ces États que sont les Cantons. Il s'agit de *deux autorités législatives* ayant des pouvoirs en principe égaux¹⁸. Il peut bien sûr y avoir des désaccords entre ces autorités sur la teneur que devrait avoir une loi de droit privé. Le Conseil national et le Conseil des États sont divisés au sujet de l'obligation alimentaire des parents envers les enfants majeurs : le Conseil national veut renforcer une telle obligation pour éviter que trop d'enfants

15. *Infra*, n° 44 s.

16. *Const. fédérale suisse*, art. 122, intitulé « *Droit civil* ».

17. *Const. fédérale suisse*, art. 148 al. 1 : « *L'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération...* ».

18. *Const. fédérale suisse*, art. 148, al. 2.

adultes dépendent de l'aide sociale¹⁹ ; le Conseil des États n'est pas d'accord. *Conflit de projets de lois*. Comment le surmonter ? Une série de règles de *coordination inter-camérale* s'en chargent. C'est là une coordination entre deux autorités législatives fédérales.

La naissance des lois de droit *privé* est donc le fruit de la mise en œuvre de règles sur la compétence législative des différentes autorités *publiques*. On n'a pas déterminé les droits et les obligations alimentaires des parents et des enfants tant qu'on n'a pas surmonté le conflit de projets de lois divisant les deux chambres du Parlement fédéral.

La mise en œuvre des lois de droit privé, une fois édictées par le Parlement fédéral, appelle aussi une coordination entre autorités.

2° Relations entre autorités étatiques dans la mise en œuvre du droit privé

16 – Il faut distinguer entre le fonctionnement *normal* de la grande majorité des pans du droit privé, qui n'implique pas d'intervention *effective* d'autorités judiciaires (a), et son fonctionnement *exceptionnel*, qui voit l'implication d'un juge et – plus exceptionnellement encore – d'une autorité d'exécution (b).

a) Fonctionnement *normal* du droit privé : présence latente des autorités judiciaires et d'exécution et mise en œuvre *privée* des relations privées

17 – Les lois de droit privé faites par le Parlement fédéral doivent être d'abord respectées par... les Parlements des Cantons ! Les premiers destinataires des lois que font les autorités législatives sont d'autres autorités législatives. En forçant un peu le trait, *le premier destinataire de la loi que fait l'État est l'État*.

En anticipant sur ce qui suivra, la doctrine du droit international public a tendance à croire et faire croire que, puisque la loi qu'un État fait avec un autre État – « *traité-loi* » – est destinée en premier lieu aux États qui la font, il serait impossible qu'une telle loi « *bi-nationale* » ait *également* des personnes privées pour destinataires. Or les règles de droit privé émanant des autorités d'un État ont *toujours* pour destinataires *aussi* les autorités de cet État. Il doit en être ainsi pour que de telles règles puissent se destiner aux personnes privées. Certains distinguent entre destinataires *primaires*, les autorités, et *secondaires*, les personnes privées²⁰. Cette terminologie fait penser à une priorité hiérarchique alors qu'elle n'est que chronologique. On peut lui préférer la distinction entre destinataires *intermédiaires* et destinataires *finaux*.

Imaginons un *de cujus* lausannois qui a laissé des biens à Lausanne et Genève. Si le Code civil fédéral attribue à l'épouse survivante la moitié de la succession, les autorités législatives vaudoises et genevoises ont l'obligation de s'abstenir de faire des lois cantonales qui lui diraient : « *Vous avez le droit de recueillir les trois quarts* ». Nous sommes face à des relations *interétatiques* entre plusieurs autorités

19. Motion 16.3212, *Entretien de l'enfant, Modification de l'article 277 CC afin de supprimer l'inégalité de traitement entre parents de jeunes en formation et parents de jeunes ne se formant pas*, déposée le 18 mars 2016 par L. Wehrli, approuvée par le Conseil national, 20 sept. 2017 et rejetée par le Conseil des États, 11 sept. 2018.

20. Pour une discussion, V. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto* : Giappichelli, Torino, 1993.

législatives qu'il faut régler pour régler des relations *interindividuelles* en matière successorale.

18 – Il existe d'autres destinataires étatiques du droit privé dont le rôle est tout aussi fondamental : les *juges*. C'est ce qui a déterminé quelques théoriciens du droit à affirmer que les *vrais destinataires des règles de droit sont les organes de l'État*²¹. On retrouve cette vérité apparemment paradoxale : *le destinataire immédiat de la loi de l'État est l'État*.

Si le Code civil suisse dit : « *l'épouse survivante a le droit à recueillir la moitié de l'héritage* », mais qu'un juge pouvait *s'en délier* et dire : « *la moitié, ici, c'est trop, je vous en donne un tiers, contentez-vous de cela* », il y aurait une instabilité généralisée. Le « *juge est soumis à la loi* », y compris de *droit privé* : les Constitutions le rappellent. De même que l'Assemblée fédérale a le droit de fixer des règles de droit privé et les autorités législatives cantonales ont l'obligation de s'abstenir d'en fixer qui pourraient être différentes, de même les autorités judiciaires des Cantons et de la Confédération ont l'obligation de respecter ces règles. *Droit privé « encerclé » par le droit public*, relations entre personnes privées autour desquelles gravite une multitude de relations entre États et autorités, nécessaires pour régler les relations entre personnes privées.

Le *droit d'action en justice* – ou droit d'accès à un tribunal – est consubstantiel à l'existence d'un État de droit. Il s'agit d'un droit subjectif qu'une personne détient à l'encontre de l'État. Le droit processuel civil est-il du droit public ou privé ? Avant le Code de procédure civile fédérale de 2011²², une violation de règles cantonales de procédure ouvrait un recours de *droit public* devant le Tribunal fédéral. Selon un ami, processualiste et magistrat, « *la procédure civile, c'est du droit public enseigné par les privatistes* »²³. Le droit subjectif à l'*exécution effective* est tout aussi fondamental. La Cour européenne des droits de l'homme insiste sur l'interdépendance entre droit au juge et droit à l'exécution²⁴. Je n'aurais pas de droit véritable si je ne pouvais pas obtenir l'objet de mon droit – somme d'argent, prestation de *facere*, remise d'un enfant – contre la volonté de la personne qui a l'obligation de le fournir. Le droit à l'exécution est lui aussi un droit que l'on détient à l'égard d'une autorité, celle qui a l'usage de la *force publique*, l'organe de contrainte.

J'ai l'obligation envers mes créanciers de payer mes dettes car les autorités, judiciaires et d'exécution, ont l'obligation envers mes créanciers, si elles sont saisies par eux, de me prescrire de leur verser cet argent puis de me contraindre à le faire. Une obligation de droit privé incombant à une personne privée n'existerait pas s'il n'existait pas une *obligation parallèle de droit public* – incombant à l'État au profit du titulaire du droit subjectif correspondant – d'en forcer l'exécution, au besoin par équivalent.

21. En suivant Rudolph von Jhering : *N. Bobbio, Teoria generale del diritto : Giappichelli, Torino, 1993, p. 93 s.*

22. Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011.

23. Il s'agit de Valentin Rétornaz.

24. *CEDH, 7 juin 2005, n° 71186/01, Fuklev c/ Ukraine, pt 84.* – *CEDH, 19 mars 1997, n° 25701/94, Hornsby c/ Grèce, pt 40.* – *CEDH, 7 janv. 2016, n° 39380/13, Vrtar c/ Croatie, pt 27.*

19 – C'est ce qui explique que l'écrasante majorité des relations que nouent les particuliers avec leurs semblables se déroule sans l'intervention *effective* des autorités judiciaires et d'exécution. *Plus les êtres humains sont à même de prévoir ce que dirait un juge s'il était saisi, moins il leur sera nécessaire de le saisir.* Dans la mesure où les règles applicables sont raisonnablement claires quant aux droits subjectifs et obligations qu'elles font naître, les êtres humains s'acquittent le plus souvent spontanément de leurs obligations visant à satisfaire les droits de leurs semblables. C'est la « *sécurité juridique* » qu'induit la « *prévisibilité du droit* », des règles de droit objectif et donc des droits subjectifs et obligations qui en résultent. « *Le droit est comme une route bien pavée sur laquelle on peut marcher avec assurance* »²⁵.

La majorité d'entre nous n'a affaire aux juges civils qu'une poignée de fois dans sa vie. « *Être partie à un procès, c'est souvent une expérience malheureuse, que l'on gagne ou que l'on perde* »²⁶, si bien que « *peu de personnes choisiraient de mettre leur pied dans un tribunal si elles pouvaient l'éviter* »²⁷. Si nous devons systématiquement saisir un tribunal à l'encontre de notre employeur pour savoir si nous avons le droit à un congé paternité et de quelle durée, traîner en justice notre voisin pour savoir si nous avons le droit de faire un barbecue sur notre terrasse, ou notre maison d'édition pour savoir si nous avons le droit de poster tel écrit sur le site Internet de notre université, la vie en société serait impossible. La première fonction des règles de droit en tant que *règles de conduite* est d'orienter précisément la *conduite des sujets de droit* et de *prévenir des litiges entre eux*. Parfois, bien sûr, pour connaître nos droits et nos obligations, nous devons consulter le règlement d'immeuble, le contrat d'assurance-maladie, le texte en ligne de la disposition applicable, engager un conseiller. Mais nous sommes fondés à nous attendre du cadre juridique – et des hommes et des femmes que nous chargeons de le mettre au point – qu'ils nous épargnent le plus souvent cette « *expérience malheureuse* » qui consiste à passer par un contentieux pour connaître nos droits et nos obligations. Un procès mobilise du temps, de l'argent – à la fois pour ses parties et les contribuables –, est source de tensions, de détresse, de blocages, provoque des reflux gastriques, compromet souvent les relations futures entre les parties²⁸.

Il convient aussi de reconnaître que si je reçois spontanément et à temps ce qui m'est dû par mon débiteur, l'effectivité de mon droit est *maximale*. Si je dois lui envoyer un rappel et qu'il s'exécute avec trois mois de retard, l'effectivité est *un*

25. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit* : LGDJ, Paris 1955, p. 313.

26. « *People don't litigate for fun. Lawsuits cost money. Worse, they are for most participants miserable experiences whether one wins or loses* », Stephen C. Yeazell, *Civil procedure* : Wolters Kluwer, 9 ed., New York, 2016, p. 299.

27. T. Bingham, *The Rule of Law* : Penguin, London, 2011, p. 123 : « *Few would choose to set foot in a court if they could avoid it* ».

28. Épuisée émotionnellement et financièrement après trois ans de procédure de divorce, encore en cours, une amie veut vendre la maison familiale. Elle reçoit une première offre qu'elle s'empresse d'accepter, et quelques jours après, une deuxième offre, 10 % plus élevée. « *Posso revocare l'accettazione della prima offerta?* ». J'évoque la perspective d'un procès l'opposant au premier offrant : « *Ah no ! Neanche per sogno. Non ne posso più di avvocati e giudici* ». Pour la grande majorité d'entre nous, gérer un procès à la fois, cela suffit, et c'est souvent déjà trop.

peu moindre. Si je dois le mettre aux poursuites, ce qui me coûte 100 CHF, l'effectivité est *encore moindre*. Si je dois l'assigner en justice – avancer des frais judiciaires, recruter et rémunérer un avocat – et que mon dû m'est versé après deux ans à la suite d'un jugement, mon droit subjectif menace d'être *beaucoup moins effectif*. Plus le procès se prolonge, plus il y a des chances que l'une des personnes décède sans en avoir vu la fin²⁹. Un droit subjectif qui nous est reconnu lorsque nous avons tiré notre révérence ne nous est pas utile.

Il y aura certes toujours des litiges entre personnes privées, mais il n'en demeure pas moins que le but premier des règles de droit privé est, par la sécurité juridique qu'elles leur apportent, de les réduire. Le constat selon lequel on ne parviendra jamais à prévenir tous les accidents de la route dispense-t-il les pouvoirs publics de s'efforcer d'en faire décroître leur nombre et leur gravité ? Les *décisions judiciaires* qui résolvent tel point de droit controversé fournissent à ce processus un apport fondamental : à partir d'un litige concret, les juridictions, notamment les cours suprêmes, concourent à préciser la règle générale destinée aux personnes qui seront parties à l'avenir à des relations analogues, laquelle concourra à empêcher le *retour des mêmes litiges*. Pour un litige *tranché*, beaucoup d'autres sont *prévenus*. L'« *expérience malheureuse* » par laquelle ont dû passer à tel moment deux personnes épargne à d'autres, à l'avenir, le même malheur. Une procédure m'oppose en ce moment à mon assurance-maladie, qui estime qu'elle n'a pas à me rembourser un nouvel implant d'oreille moyenne. Le temps et l'argent que j'ai investis³⁰, et que mon assurance a investis, serviront pour déterminer une fois pour toutes si ces futurs implants auront le droit au remboursement. Des centaines d'êtres humains – patients et conseils en assurance – bénéficieront dorénavant d'une telle certitude.

20 – Retenons que, selon le fonctionnement normal du droit privé, les relations entre personnes privées sont mises en œuvre *spontanément* par celles-ci sans qu'elles aient besoin de se faire de procès, ce qui suppose qu'elles connaissent leurs droits et obligations. *Le droit privé est privé car sa mise en œuvre ordinaire est « privée »*. Mais retenons aussi que chaque droit subjectif *privé* – d'un particulier envers un autre – suppose un droit subjectif *public* que le

29. Dans les deux dernières affaires internationales où j'ai dû consulter, une des parties est décédée au cours des multiples procédures parallèles qui se poursuivaient depuis *quatre et dix ans*. Le médecin d'une de ces personnes est convaincu que le stress dont elle avait fait l'expérience à cause de tels procès – qui, au bout de quatre ans, n'avaient même pas encore établi avec certitude quel était le juge compétent (monégasque ou suisse ?) – a favorisé la crise cardiaque qui l'a foudroyé à 68 ans. Et l'un de ses conseils de constater de manière un peu cynique : « *Maintenant, on change de chapitre du Code civil : on passe des régimes matrimoniaux aux successions* ». Si les avocats qui font du contentieux vivent du contentieux, les chercheurs et chercheuses devraient ne pas négliger l'impact que les procédures judiciaires ont sur la vie des êtres humains, leur santé mentale et physique, et leur portefeuille.

30. J'ai déjà sacrifié deux week-ends et dû rémunérer à hauteur de 610 CHF un conseiller. Le remboursement que je réclame est de 4 500 CHF. Si l'autorité compétente me donne entièrement gain de cause, la valeur de mon droit subjectif sera de 4 500 CHF *moins* 610 CHF, probablement d'ici là *moins* d'autres montants, et *moins* la valeur de la perte de jouissance de ma liberté au cours de deux week-ends (probablement plus d'ici là, et c'est pourquoi mon épouse me conseille depuis longtemps de laisser tomber). Lorsqu'il *entre* dans un prétoire, un droit subjectif, à supposer que son existence y sera établie, est un peu comme une voiture neuve qui *sort* du concessionnaire : il perd d'un seul coup une partie de sa valeur.

titulaire détient envers une autorité judiciaire, puis envers une autorité d'exécution, lesquelles ont l'obligation de coopérer pour le mettre en œuvre. Seulement, la dimension publique de la mise en œuvre du droit privé, qui impliquerait l'intervention effective d'une autorité publique, judiciaire ou d'exécution, n'est d'ordinaire pas visible, ne se déclenche pas³¹. Le premier but des règles de droit privé est de faire en sorte qu'elles demeurent le plus souvent possibles *latentes, virtuelles*.

John F. Kennedy disait des armes que plus elles sont efficaces, moins on a besoin de s'en servir³². Plus la composante publique de la mise en œuvre du droit privé – intervention du juge puis de l'organe de l'exécution – est efficace, moins elle doit se déclencher pour de bon.

b) Fonctionnement *exceptionnel* du droit privé : mise en œuvre *judiciaire* et nouvelles relations interétatiques de droit privé

21 – Il se peut que les personnes concernées par une relation interindividuelle ne soient pas à même de prévoir quels droits et quelles obligations seraient fixés par une décision judiciaire si l'une ou l'autre devait la solliciter. Pouvant avoir plusieurs causes, une telle imprévisibilité peut favoriser le contentieux.

Prenons une histoire vraie³³. Un père lausannois et une mère saint-galloise, parents de trois enfants, se séparent et luttent pour la garde : le père pour qu'ils vivent à Lausanne avec lui, la mère, pour qu'ils vivent à Saint-Gall avec elle. Litige entre personnes privées. Chacune détient le droit d'action en justice. À l'encontre de quel juge ? Monsieur saisit le juge de Lausanne : il pense qu'il y a plus de chances qu'il lui confie la garde. Madame saisit le juge de Saint-Gall : elle pense qu'il y a plus de chances qu'il lui confie la garde. Que se passe-t-il si les deux juges – et les deux États, de Vaud et de Saint-Gall dont les juges sont des organes – exercent la compétence ? Le juge de Lausanne peut dire : « *les enfants continuent d'habiter Lausanne auprès du père* » et le juge de Saint-Gall dire : « *les enfants habitent Saint-Gall avec la mère* ». *Conflit intercantonal de juridictions*. Qui au juste a le droit de garde sur les enfants ? L'État de Vaud dit : « *c'est le père* », l'État de Saint-Gall : « *c'est la mère* ». Et les enfants de se demander : « *qu'est-ce qu'on doit faire ? Doit-on aller à l'école à Saint-Gall ou bien à Lausanne ?* ». Les personnes privées ne bénéficient pas encore de droits de garde et de visite. On a besoin de règles qui distribuent la compétence, en déterminant si c'est le juge de Lausanne qui a le *droit de juger* et que le juge de Saint-Gall à l'*obligation de s'abstenir* de juger, ou l'inverse. Il est nécessaire de définir les droits et obligations des États-Cantons entre eux de régler cette *relation intercantonale publique* – pour régler cette *relation intercantonale privée*.

31. Certes, l'intervention d'une autorité peut être nécessaire pour réaliser certains *actes de droit privé*, tel le *mariage*. Mais il ne s'agit pas d'une autorité *juridictionnelle* statuant sur un *conflit de prétentions*. Même le divorce n'est point par essence contentieux. Les autorités de bien des États favorisent aujourd'hui les divorces *sans juge*, appelés « *divorces privés* », pour réduire la conflictualité entre époux et les coûts, financiers et humains, qu'elle entraîne.

32. « *For only when our arms are sufficient beyond doubt can we be certain beyond doubt that they will never be employed* » : discours d'investiture prononcé le 20 janvier 1961.

33. J'ai été consulté en l'affaire pour rendre un avis de droit au mois de février 2020.

22 – Ces règles de *coordination* se trouvent dans le Code de procédure civile fédérale et influent sur plusieurs relations : 1° d'abord, sur une *relation interétatique* : le juge de Lausanne a le droit de statuer car il a été saisi le premier et le juge de Saint-Gall l'obligation de surseoir à statuer ; ce sont là des droits et obligations étatiques, le juge de Lausanne étant un organe de l'État de Vaud, le juge de Saint-Gall de l'État de Saint-Gall ; 2° ensuite, sur une *relation de type « public-privé »* : le père a le droit d'action envers le juge de Lausanne, qui a l'obligation de statuer sous peine de déni de justice ; mais le père a aussi un droit subjectif envers le juge de Saint-Gall à ce qu'il s'abstienne de statuer s'il devait être saisi par Madame, celui-ci l'obligation correspondante de s'abstenir de statuer ; 3° enfin, sur une *relation de type « privé-privé »* : Monsieur a le droit subjectif envers Madame à ce que le litige soit tranché par le juge de Lausanne ; surtout, Monsieur et Madame auront, pour ce qui est de la garde et des visites, les droits et les obligations qu'aura fixés le juge de Lausanne.

Les *mêmes règles* qui répartissent la compétence sont des *règles de droit intercantonal public* – elles gouvernent la relation entre Cantons –, et des règles de *droit intercantonal privé*, car elles ont pour objet la relation entre le père lausannois et la mère saint-galloise, qui est appelée à se déployer sur les territoires de Vaud et Saint-Gall. Une relation intercantonale *privée* ne peut pas évoluer dans le droit, bénéficiant du droit privé, si la relation entre les Cantons – relation intercantonale *publique* – n'est pas réglée, s'il n'est pas précisé quel est l'État-Canton qui a le droit de juger et quel est l'État-Canton qui a l'obligation de s'abstenir de juger.

23 – Le juge de Lausanne a accordé le droit de garde au père. Une nouvelle relation interétatique entre autorité judiciaire vaudoise et autorité judiciaire saint-galloise surgit : obligation du juge de Saint-Gall de s'abstenir de rejurer l'affaire en reconnaissant la « *chose jugée* » vaudoise ; puis relation entre autorité judiciaire vaudoise et autorité d'exécution saint-galloise : l'État de Vaud a le droit d'obtenir de l'État de Saint-Gall la coopération à la mise en œuvre de la décision vaudoise sur le territoire de Saint-Gall : « *confiance mutuelle intercantonale* ».

L'abolition de l'*exequatur* intercantonal a supprimé la possibilité pour un Canton d'opposer l'*ordre public procédural* à la mise en œuvre sur son territoire des décisions émanant d'un autre Canton³⁴. Que se passerait-il s'il n'y avait pas une telle obligation de coopération d'un État en faveur d'un autre État ? Le droit de garde que le juge vaudois a accordé à Monsieur pourrait ne pas exister si les autorités de Saint-Gall avaient le droit de ne pas coopérer avec les autorités vaudoises. Les *relations entre autorités étatiques* sont une fois de plus nécessaires pour la mise en œuvre du *droit privé*. Mais la relation continue d'être avant tout une relation entre personnes privées. Monsieur, bénéficiaire de la décision vaudoise, a le droit à ce que Madame s'en exécute sur le territoire de Saint-Gall, Madame a l'obligation envers Monsieur de ramener les enfants à Lausanne. Pour

34. Avant le 1^{er} janvier 2011, il appartenait au droit cantonal de pourvoir à l'exécution des décisions « *extra-cantonales* » autres que pécuniaires.

qu'il en soit ainsi, une nouvelle relation de type « *public-privé* » se forme, entre une personne privée et l'autorité d'un autre Canton : droit à l'exécution forcée *transcantonale* que Monsieur détient envers l'organe ayant l'usage de la force à Saint-Gall.

Si l'existence d'une obligation de coopération incombant à l'autorité saint-galloise ne prête pas à controverse, et que Madame sait que l'autorité saint-galloise se verra obligée de forcer l'exécution de la décision vaudoise, il est probable que Madame remette les enfants à Monsieur sans attendre que la police vienne frapper à sa porte. L'écrasante majorité des décisions de justice sont exécutées spontanément. Plus l'appareil public de mise à exécution forcée est performant, moins il est probable que le bénéficiaire d'une décision doive le solliciter pour de bon.

E. – Quelques conclusions

24 – L'expérience quotidienne des êtres humains est celle d'un *continuum* entre droit public et droit privé. Bien des règles que nous qualifions de droit public – santé publique, circulation routière, droit pénal, et tant d'autres – influent sur la teneur des relations interindividuelles.

Inversement, pour prendre naissance et être mises en œuvre, les règles de droit privé font constamment appel au droit public, supposent des droits et obligations réciproques entre autorités publiques et des droits et obligations entre une personne privée et une autorité. Ces relations entre plusieurs autorités législatives, entre autorité législative et autorité judiciaire, entre plusieurs autorités judiciaires, entre autorité judiciaire et autorité d'exécution peuvent être qualifiées de *relations interétatiques en matière de droit privé*. *Le règlement des relations interétatiques de droit privé est nécessaire au règlement des relations interindividuelles de droit privé ; pour définir les droits subjectifs et obligations réciproques des personnes privées, il faut définir les droits et les obligations réciproques des autorités publiques et des États ou subdivisions de l'État dont elles relèvent*. Pour pouvoir se destiner aux personnes privées, les règles de droit doivent d'abord se destiner aux autorités de l'État : double *série de destinataires* et coïncidence entre auteur (État) et premier destinataire (État) des lois « internes ».

Mais le *fonctionnement normal* du droit privé a lieu sans que les juges doivent intervenir pour trancher un litige : conséquence de la *prévisibilité du droit* et de la *sécurité juridique* qu'aspirent à procurer aux êtres humains les règles de droit privé et les autorités chargées de les mettre au point, y compris les cours suprêmes. L'exercice du droit d'*action* demeure le plus souvent virtuel en ce sens que pour obtenir le respect de nos droits par nos semblables, nous avons rarement besoin de leur faire un procès, qui est une « *expérience souvent malheureuse* » même si l'on a gain de cause. La mise en œuvre *ordinaire* du droit privé intervient de manière *privée* puisqu'elle se traduit par des conduites des individus ne mobilisant pas pour de bon une autorité *publique* juridictionnelle. Dans les cas, minoritaires, où une décision de justice est nécessaire pour fixer les droits et les obligations réciproques des particuliers, une telle décision, devenue

définitive, est le plus souvent mise en œuvre *spontanément*, si bien que l'exercice du droit à l'exécution forcée, lui, peut demeurer virtuel. Les décisions concourent à la prévention du retour des mêmes litiges, à la sécurité juridique des justiciables susceptibles d'être parties à l'avenir à des relations analogues et la mise en œuvre *privée* de celles-ci.

Transportons-nous sur le plan international.

II. – RELATIONS INTERNATIONALES

25 – Un aperçu de notre vie quotidienne montre à quel point nous profitons tous les jours du droit international (A). Il convient alors de s'attarder sur la « *déshumanisation* » du droit international public opérée par la théorie du droit international public du fait de la mise à l'écart des *personnes privées* (B), puis sur la « *déshumanisation* » du droit international privé par la théorie du droit international privé du fait de la mise à l'écart de sa dimension *interétatique* (C). On fournira ensuite un échantillon d'instruments régissant à la fois les relations internationales entre États et leurs autorités, les relations internationales entre personnes privées, et les relations internationales entre autorités et personnes privées (D) en rendant compte enfin de l'expérience de l'Union européenne (E).

A. – Expérience quotidienne du droit international

26 – Je viens de recevoir 27 000 euros d'une société allemande. R ressortissant italien, j'y avais investi en 2016 en exerçant mon droit subjectif à la liberté transeuropéenne de circulation de capitaux. Mon placement a augmenté de 40 % en 5 ans. J'ai dû fournir mon IBAN, fruit d'accords entre États visant à rendre plus rapides et moins coûteux les paiements internationaux et la mise en œuvre des relations internationales entre personnes privées qu'ils supposent.

Je passe à la Poste chercher un colis venant d'Italie : ma sœur m'a envoyé des habits de bébé. L'Union postale universelle est l'une des plus anciennes organisations internationales³⁵. Les États participants ont *coordonné leurs systèmes postaux* en vue de permettre aux résidents d'un pays d'exercer leur liberté de communication transfrontière avec les résidents d'un autre. On imagine à quel point une telle organisation était importante avant Internet. Des soldats pouvaient continuer à alimenter leurs relations internationales familiales en écrivant à leurs épouses : lettres que pendant la Première Guerre mondiale, la Croix Rouge, autre organisation glorieuse, s'était chargée d'acheminer.

Deux jours auparavant, j'avais pu me promener en France. Des accords européens permettent aux occupants de voitures assurées en Suisse de franchir la frontière et de circuler dans l'Hexagone : système de la « *carte verte internationale* »³⁶. Une fois sur sol français, je suis entré en relation avec les personnes au volant de véhicules occupant la voie publique française. J'ai honoré mes obligations de respecter leurs droits de priorité, et les limites de vitesse. En vertu

35. La « *UPU* » est une institution de l'ONU dont le but est de favoriser la coopération des systèmes postaux du monde.

36. La Carte d'assurance internationale est émise par 47 bureaux d'assurance en Europe et dans différents pays méditerranéens, regroupés au sein d'une organisation faitière, le Conseil des Bureaux (CoB).

d'un accord de 2007³⁷, les autorités suisses se sont obligées à communiquer aux autorités françaises les adresses des détenteurs des voitures qui se font « *flasher* » en France. Les amendes m'arrivent à la maison.

Mon médecin réside en France. Des accords entre la Suisse et l'Union européenne lui ont permis d'ouvrir un cabinet à Nyon. Beaucoup d'instruments régissent le statut des frontaliers, en leur conférant par exemple un droit subjectif d'« option » concernant les lois sur l'assurance-maladie. La moitié (!) de la nourriture que l'on trouve en Suisse vient de l'étranger³⁸. Grâce à des *accords de libre-échange*, le prix des oranges italiennes est raisonnable. Si la Suisse et l'Indonésie vont aller de l'avant avec leur traité³⁹, l'on goûtera des crustacés de Bali. J'ai fait, en 2020, une réclamation à l'autorité fiscale cantonale en me prévalant de mon droit au respect de la Convention italo-suisse sur la double imposition. Les traités d'extradition entre la France et la Suisse prolongent l'efficacité dissuasive du droit pénal suisse et la protection de mes droits à la sécurité personnelle et patrimoniale, décourageant les résidents français de me cambrioler et s'abriter derrière la frontière (je vis à 10 kilomètres de la France). Les prises électriques de nos maisons sont soumises à des normes techniques internationales qui concourent à l'effectivité de notre droit à l'intégrité physique et à la santé, et de celui de nos enfants⁴⁰. Il en va ainsi de nombreux objets dont nous nous servons quotidiennement : *droit international des objets*. La musique qui nous donne tant de joie a pu être réalisée par les artistes que nous vénérons grâce à des traités leur conférant le droit subjectif international de s'opposer à la reproduction non autorisée par toute autre personne vivant dans des États « *partenaires* »⁴¹.

Je ne peux pas aller faire du ski à la Dôle, domaine transfrontalier dont le début des installations est situé en France, la plupart des pistes en Suisse⁴². J'espère que les deux pays concluront un accord, que la société gérant le domaine pourra l'ouvrir, et que je pourrais passer un contrat international de service en acquérant le droit de glisser sur ces pentes bi-territoriales. Il faudra surveiller la météo. Les nuages ne respectent pas les frontières. L'Organisation météorologique mondiale permet tous les jours à des millions d'êtres humains de planifier au mieux l'exercice de leurs libertés.

Voici une présentation « *humanisée* » du droit international. Ce n'est pas celle que donnent à lire les exposés du droit international⁴³.

37. *Accord entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relatif à la coopération transfrontalière en matière judiciaire, policière et douanière*, 9 oct. 2007.

38. *Union suisse des paysans, Comment la Suisse se nourrit-elle ? : Rapp. situation*, 2013, p. 7.

39. L'accord de partenariat économique de large portée entre l'AELE et l'Indonésie a été signé en décembre 2018.

40. L'Organisation internationale de normalisation, désignée sous son sigle « ISO », est un organisme international composé de représentants d'organisations nationales de normalisation de 164 pays.

41. Sur le plus important d'entre eux, *infra*, n° 75.

42. « *On ne comprend pas qu'une autorité française [pour contrer la diffusion de la pandémie au Covid-19] décide que les Suisses ne peuvent pas skier sur leur territoire. C'est une décision unilatérale* » : G. *Produit, responsable du tourisme de la région de Nyon : Indépendant*, 27 janv. 2021.

43. V. en revanche la brochure « *La Suisse et le droit international* » établie en 2017 à l'initiative de la Société suisse de droit international, Sect. II – « *L'importance du droit international pour les Suisses et la Suisse : Illustrations de la vie quotidienne* ». Il s'agit de 29 cas d'étude élaborés par des *non-spécialistes*

B. – Droit international public selon la théorie du droit international public : *déshumanisation* » du droit international

27 – Selon Clément Bachmann, « *les juristes n'ont pas leur pareil pour faire disparaître les choses* »⁴⁴. Les personnes privées ont tendance à « *disparaître* » de la théorie du droit international public (1°) pour des raisons qu'il s'agit d'exposer (2°).

1° Personnes privées écartées de la théorie du droit international

28 – Selon la théorie dominante, le droit international public s'intéresserait pour l'essentiel aux *relations entre les États*, et les organisations internationales qu'ils créent. L'« *État* » est entendu par cette théorie d'une manière telle que les relations internationales entre personnes privées *relevant de l'État A* et personnes privées *relevant de l'État B*, ne seraient pas des relations *entre l'État A et l'État B* : on y reviendra.

Mais attention : les relations internationales entre un *État A*, et ses autorités, d'une part, et, d'autre part, les *personnes privées* relevant notamment d'un *État B*, ne seraient en principe pas non plus du ressort du droit international public tel qu'il est classiquement défini. Si celui-ci s'occupait de ces relations internationales de type « *public-privé* », force serait au demeurant d'admettre que les personnes privées sont aussi des *sujets de droit international public*, comme elles sont *sujets de droit* (national) *public*. Or les *personnes privées* ne sont précisément pas, sauf exceptions, des *sujets de droit international public*. Le droit international public n'est donc pas, loin s'en faut, l'« *analogon* » du droit public prolongé dans un espace bi- ou multiterritorial. La catégorie de relations (internationales) de type « *public-privé* » – pourtant tout aussi essentielle, on l'a vu⁴⁵, à la notion de *droit public* que les relations de type « *public-public* » – tombe en dehors de la notion reçue de droit international public.

Le droit international public serait, selon ses spécialistes, le vrai *droit international*. Tant et si bien que l'expression « *droit international* » tout court tend à ne désigner que lui. Le droit international dit *privé* ne serait pas *vraiment* international mais *plutôt* « *interne* ». Seulement, celui qui cherche une analogie avec le droit dit *interne* est à nouveau perdu : le droit interne est à la fois *public* et *privé*, pourquoi, au juste, le vrai *droit international* ne serait, lui, que... *public* ?

(V. préface de Ch. Kaddous, p. 1) et montrant à quel point leurs trente protagonistes (Karl, Yvonne, Tino, Anne-Marie, Louis, Bernard, Beat, etc.) profitent au quotidien des *droits subjectifs* qu'ils tiennent de règles de droit international. Après avoir cherché en vain dans les ouvrages d'introduction une telle présentation humanisée, je suis parvenu à la conclusion que les spécialistes s'empêchent d'exposer le droit international au départ du point de vue des personnes ordinaires et des droits qu'elles en tirent car ils commencent par affirmer que ces personnes (Karl, Yvonne, Tino, Anne-Marie, etc.) ne sont pas des *sujets de droit international*, que celui-ci *ne leur accorde pas des droits subjectifs* sauf exceptionnellement (*infra*, n° 32). Un exposé humanisé du droit international a cependant emporté l'adhésion du Département fédéral des affaires étrangères, qui consacre une page de son site au « *Droit international au quotidien* » (« *Le droit international n'est pas que l'affaire des juristes : il intervient dans notre vie quotidienne* ») : www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/voelkerrecht-alltag.html.

44. C. Bachmann, *La légitimation de l'arbitrage international : thèse, université de Genève, 16 nov. 2020, p. 8*

45. *Supra*, n° 7.

Les personnes privées ne seraient donc pas des sujets de droit international *tout court*. Le droit international *tout court* ne s'occuperait pas – sauf exceptions – des relations internationales qui impliquent les êtres humains.

C'est là une théorie « *déshumanisée* » du droit international. On comprend pourquoi elle n'évoque pas souvent le profit que nous tirons du droit international.

29 – Cette théorie s'efforce depuis toujours à opposer, justement, le droit international au droit interne. « *Le droit international et le droit interne forment deux ordres juridiques distincts... La séparation est possible parce que l'un a pour sujet les États et les organisations internationales, tandis que l'autre ne concerne que les individus* »⁴⁶. L'affirmation est courante selon laquelle « *l'individu est... le sujet... de l'ordre juridique étatique, et l'État celui de l'ordre juridique international* »⁴⁷. Aussi la doctrine du droit international en vient-elle à proposer une théorie à la fois *unitaire* et *humanisée* du droit interne, sans s'embarrasser des distinctions entre droit public et droit privé, civil et pénal... Les individus seraient pour elle les vrais sujets de *tout le droit interne* : tout autant du droit privé que du droit public et, quant à celui-ci, et pour ce qui est de la Suisse, tout autant du droit *fédéral* public que du droit *communal* public, du droit *intercommunal* public, du droit *cantonal* public, du droit *intercantonal* public. Pourquoi en irait-il autrement du droit *international* public ? Pourquoi supposer ce « *plafond de verre* » ?

Cherchons au demeurant querelle à une telle présentation observant que si les personnes privées étaient les seuls *sujets du droit interne*, il n'y aurait pas d'État de droit, mais d'anarchie, et elles ne seraient sujets de droit *du tout* car elles ne pourraient pas profiter de leurs droits qu'aucune autorité publique ne leur aurait reconnu et ne pourrait faire respecter. Pour qu'elles le soient, il faut qu'elles aient créé des sujets de droit *étatiques*, désigné des autorités chargées de faire des lois et de les faire respecter, qu'ils aient renoncé à la violence *privée* en organisant l'exercice de la force *publique*. Dans la présentation du droit « *interne* » que fait la théorie du droit international, ces sujets que sont l'État, les États dans les États fédéraux et les autres personnes publiques *disparaissent*, tout comme les innombrables relations entre ces sujets étatiques et leurs droits et obligations étatiques réciproques. Ce « *narratif* » du droit interne peut alors paraître caricatural.

Toutefois si, en disant que les personnes privées sont les vrais sujets de droit, on veut signifier que toute l'activité normative de l'Assemblée fédérale ou du Grand Conseil vaudois a pour but de satisfaire aux intérêts des êtres humains qui concourent à former la « Suisse » ou le « Canton de Vaud », une telle affirmation paraît tout à fait acceptable. Les règles sur la répartition des compétences entre Confédération et Cantons ou les règles que se donnent l'État de Vaud et l'État de Genève pour l'entretien des berges de la Versoix ont en définitive pour

46. Tirée de Wikipedia, *verbo* « Droit international public », cette phrase semble bien résumer la pensée encore aujourd'hui dominante.

47. Ch. Dominicé, *La société internationale à la recherche de son équilibre* : RCADI, 2014, t. 370, p. 51.

bénéficiaires ultimes les personnes privées⁴⁸. On peut en dire autant, en Italie, de l'activité du Parlement, des Régions, des Provinces, et des règles qu'ils édictent, y compris celles qui ont pour objet les relations « *Stato-Regioni* ».

Mais pourquoi alors ne faudrait-il pas dire la même chose du droit que les autorités de *deux ou plusieurs* groupements humains organisés en États *posent ensemble*, qu'il ait pour objet le droit des Italiens de s'établir sur le territoire suisse et le droit des Suisses de s'établir sur le territoire italien, la coordination italo-suisse des systèmes fiscaux ou la gestion du Lac Majeur ? Pourquoi la règle posée par l'État de Vaud et l'État de Genève qui fixe en correspondance du tracé de la Versoix la frontière entre les territoires de ces deux États-Cantons aurait en définitive les êtres humains pour sujets, mais il en irait différemment de la règle posée par la France et la Suisse qui fixe au tracé de la Versoix – il s'agit de *la même rivière* – la frontière entre les territoires suisse et français ? La coopération *internationale* entre États en matière pénale, policière, de sécurité sociale poursuit en substance le même but que la coopération *interétatique interne* en ces mêmes matières, notamment entre États d'un *État fédéral*. N'est-ce contre-intuitif de soutenir que les individus sont les vrais *sujets de droit* des règles qui organisent l'entraide pénale entre *deux États-Cantons* – qui, on l'a vu, sont volontiers qualifiés de « *souverains* » – mais que ces mêmes individus n'ont pas la qualité de sujets de droit à l'égard des règles organisant l'entraide pénale *entre la Suisse et la France*, alors que les instruments en question ont un contenu tout à fait *semblable* ?

Vérifions alors comment la théorie du droit international aboutit à écarter les personnes privées du cercle des sujets de droit international.

2° Raisons de la mise à l'écart des personnes privées

30 – Quatre arguments principaux sont évoqués. Examinons-les successivement.

a) Premier argument : la capacité de conclure les traités

31 – Les personnes privées n'ont pas la *capacité de conclure des traités*⁴⁹. C'est l'argument le plus étrange : si pour être sujet de droit, il faut avoir la compétence pour *édicter* le droit, les personnes privées ne seraient pas non plus *sujets de droit interne*. Ce sont les autorités de l'État qui « *posent* » le droit, national comme international, bi- ou multinational. En Suisse, les *mêmes autorités* qui ont compétence pour faire des lois fédérales ont compétence pour faire des traités-lois : Conseil fédéral et Assemblée fédérale, auxquels il faut ajouter le peuple par référendum.

48. Le tracé de cette rivière « *franco-valdo-genevoise* » est long d'environ 22 kilomètres, dont 7 situés entièrement en Suisse, 4 sont franco-genevois, 8 franco-vaudois et 3 entièrement français. Elle prend sa source sur les pentes du Jura, dans l'Ain, où elle est appelée la *Divonne*, à proximité du golf de Divonne-les-Bains.

49. G. Hafner, *The Emancipation of the Individual from the State under International Law : RCADI*, 2013, t. 358, p. 352 : « *In classical doctrine only States and to certain extent also international organizations are entitled to create international law* ».

Parfois – et c'est en substance une variante du même argument – on précise que les personnes privées ne participeraient pas à l'*élaboration* du droit international. En Suisse, le droit subjectif des citoyens à proposer un référendum à l'égard d'un *traité* est le même qu'à l'égard d'une *loi fédérale*. Le 27 septembre 2020, 61 % du peuple suisse a décrété qu'il ne souhaitait pas que l'on mette fin aux accords helvético-européens sur la circulation des personnes. Le 6 mars 2021, mon épouse, sa mère, sa sœur, ont approuvé le traité de libre-échange entre la Suisse et l'Indonésie⁵⁰. Ce sont les milieux économiques suisses – personnes privées produisant des machines-outils ou des montres... – qui ont fait pression pour que le Conseil fédéral le négocie. Le droit euro-international résulte de l'activité d'une infinité de groupes *privés* d'influence, Bruxelles étant l'une des capitales mondiales du lobbying. Ce n'est point une mouvance récente. L'une des premières conventions à devenir quasi-universelle, signée à Berne en 1886, sur la protection internationale des droits d'auteur, n'a-t-elle pas été adoptée à l'instigation des *auteurs* et des associations privées qu'ils avaient créées pour la défense de leurs intérêts⁵¹ ?

b) Deuxième argument : les destinataires des règles de droit interétatiques et des droits et obligations qu'elles créent

32 – Les personnes privées ne seraient pas les *destinataires* du droit international car celui-ci ne leur attribuerait pas de *droits subjectifs et obligations*, sauf exceptions. C'est le grand argument. Formulons au préalable trois précisions.

La première est que beaucoup d'instruments internationaux n'ont pas pour destinataires directs les personnes privées. La Convention de Vienne sur le droit des traités ne leur est pas adressée⁵². Les accords constitutifs de l'Union postale universelle ou de l'Organisation mondiale de la météorologie non plus. Mais cela vaut pour beaucoup – *vraiment beaucoup* – de lois « *internes* ». La loi fédérale sur l'Assemblée fédérale n'a pas pour destinataires directs les personnes privées⁵³. La loi fédérale qui a créé la Poste ou l'Office fédéral de la météorologie non plus. Le droit interne se compose d'une variété infinie de règles d'organisation qui n'attribuent pas directement des droits subjectifs et obligations aux particuliers. Ceux-ci n'en restent pas moins, selon la théorie du droit international, des sujets de droit interne.

La deuxième précision consiste à rappeler que les lois dites « *internes* », pour se destiner aux personnes privées – *destinataires finaux* –, doivent se destiner d'abord aux autorités de l'État – *destinataires immédiats* – qui ont l'obligation négative de s'abstenir d'adopter des mesures susceptibles d'entraver l'exercice des droits subjectifs qu'elles accordent, et l'obligation positive de coopérer pour leur

50. *Const. fédérale suisse*, art. 141.

51. Ce que rappelle le site du Département fédéral des affaires étrangères, sous la rubrique « *Droit international au quotidien* » (V. *supra*, note 44 : www.eda.admin.ch/eda/fr/dfael/politique-exterieure/droit-international-public/voelkerrecht-alltag.html) : « *Mais à ce moment-là déjà, des auteurs se battaient pour établir leur propriété sur leurs œuvres, jetant les premiers jalons du système en vigueur aujourd'hui encore : la Convention de Berne est conclue en 1886 au terme d'une campagne menée par l'écrivain français Victor Hugo et l'Association Littéraire et Artistique Internationale* ».

52. *Conv. Vienne*, 23 mai 1969, sur le droit des traités, entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990.

53. *L. sur Assemblée fédérale (L. Parl)*, 13 déc. 2002 : RO 2003 3543.

mise en œuvre. Ce n'est pas parce que les autorités des deux États A et B sont les destinataires *immédiats* des règles de droit qu'ils inscrivent dans une loi *bi-étatique* que les personnes privées doivent disparaître comme destinataires *finaux* de ces règles.

33 – La troisième précision tient aux « *sources* » du droit international. Il s'agit d'abord des traités et instruments analogues, auxquels sont assimilables les instruments dits de « *droit dérivé* » édictés par des autorités créées par des traités. Un État n'est lié que par le droit interétatique auquel il a adhéré : principe du « *consensualisme* ». Chaque État a « *son* » droit international (public)⁵⁴ : la Suisse a « *son* » droit international – formé par les quelques 6 000 instruments auxquels elle a décidé d'adhérer, dont 75 % sont bilatéraux et 25 % multilatéraux⁵⁵ – et la Tunisie le sien.

Le catalogue traditionnel englobe la « *coutume* » et les « *principes généraux du droit international* », qui formeraient le « *droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale* »⁵⁶, parfois appelé *général*. Les personnes privées ne sont pas souvent destinataires des principes de droit international *coutumier*. Dès lors qu'au moment de nous demander si les personnes privées sont des sujets de droit international, l'équation se forme dans notre esprit : « *droit international = droit international général* », « *droit international = droit universel* », on comprend qu'on puisse pencher pour la négative. Mais c'est faire disparaître l'écrasante majorité du droit international *positif* sur lequel on reviendra dans un instant. Si, par « *droit interne* », on entendait les règles organisant les relations entre organes de l'État – lesquelles, par exemple, sont volontiers, au Royaume-Uni, d'origine coutumière – il faudrait conclure : « *la personne privée n'est pas un sujet de droit interne* ». Ne serait-ce faire disparaître la plus grande partie du droit « *interne* » ?

Comme un auteur l'a récemment rappelé dans un article au titre évocateur (« *Le "droit conventionnel" fait-il partie du droit international public ?* »), « *selon une manière de penser traditionnelle, bien ancrée encore dans les manuels du XIX^e siècle, le droit international n'est constitué que des règles de droit coutumier* »⁵⁷. Selon la « *tradition* », les *traités* seraient au droit international ce que les *contrats* sont au droit interne. Comme un « *Vertrag* » entre particuliers n'est pas porteur de règles générales mais de *normes individuelles*, un « *Vertrag* » entre États ne serait pas porteur de règles de droit international mais de normes internationales individuelles. Le droit régissant la formation des traités, le *droit des traités*, ce serait du droit international, les règles inscrites dans chaque traité ne le seraient pas.

Une telle analyse a le défaut de ne considérer que la *première* des deux dimensions d'un « *traité-loi* », la dimension « *traité* », ou composante *contrac-*

54. S. Sur, *La créativité du droit international* : RCADI, 2012, t. 363, p. 87-88.

55. Dép. fédéral des affaires étrangères DFAE, Direction du droit international public DDIP, *Guide de la pratique des traités internationaux* : éd. 2015, p. 4, note 2.

56. CPJI, France c. Turquie, 7 sept. 1927 (dite affaire Lotus), Série A, 10, p. 28.

57. R. Kolb, *Le « droit conventionnel » fait-il partie du droit international public ? Réflexions sur certaines mutations du droit international*, in *Droit international et Culture juridique, Mélanges offerts à Charles Leben* : A. Pedone, Paris, 2015, p. 139 s.

tuelle, et occulter la dimension « loi » (« traité-loi »), sa composante *législative*. Si, en tant qu'« accord de volontés » des autorités compétentes des États contractants, un traité comporte des *normes individuelles* entre ceux-ci, il peut, en tant que « loi », parfaitement comporter des *règles générales* et *abstraites* et s'adresser aux *personnes privées*. N'oublions pas qu'une loi bi-camérale renferme aussi un *accord de volontés* entre deux autorités législatives. Ce n'est pas pour autant qu'elle ne s'adresse pas aux personnes privées. Il y a, en Suisse, des lois intercantionales qui sont le fruit de l'accord de volontés des autorités législatives de ces États que sont les Cantons qui s'engagent réciproquement à les respecter. Mais ces lois interétatiques internes n'adressent pas moins aux particuliers qu'elles visent des droits et des obligations⁵⁸.

34 – La terrible ambiguïté signalée sur la notion de « droit international » persiste encore aujourd'hui. Ce terme désigne encore trop souvent, dans les manuels, le seul droit international *général*⁵⁹. L'idée répandue selon laquelle le droit international serait une « *law of nations* universelle » n'a de sens que si le « droit international » a pour objet les principes s'imposant à *tous les États*.

Il y a lieu de croire que les règles inscrites dans l'ensemble des traités et des instruments comparables, y compris du « droit dérivé », en vigueur dans le monde représentent entre 95 % et 99 % des règles interétatiques internationales⁶⁰. C'est là l'essentiel du *droit international* « positif » au sens propre de « posé » par deux ou plusieurs États, fruit d'un acte de *volition*, de l'activité normative de leurs autorités. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'importance du droit coutumier, qu'on peut assimiler à certaines règles de source *constitutionnelle*, parfois d'origine justement *coutumière*. Mais l'on peut qualifier les traités-lois et instruments comparables de *lois ordinaires de l'ordre international*. N'est-il pas paradoxal d'enseigner que le droit international est fondé sur le principe du consensualisme, tout en y englobant *uniquement* les règles qui *s'imposent* à tous les États sans qu'ils y aient expressément consenti ?

Si l'on considère l'essentiel du droit international positif, « *le particularisme* l'emporte » car « *il y a autant de droits internationaux que d'États* »⁶¹. La majorité

58. *Concordat sur l'exécution des peines privatives de liberté et des mesures concernant les adultes et les jeunes adultes dans les Cantons latins*, 6 avr. 2006.

59. Un exemple parmi d'autres : on lit sous la plume d'auteurs chevronnés qu'« *en dehors du principe de l'uti possidetis, le droit international ne dit pas grand-chose sur la manière dont sont déterminées les frontières entre les territoires des États* ». C'est pourtant à quoi s'adonnent une multitude d'instruments interétatiques. Ne faudrait-il alors pas dire l'inverse : « *Le droit international [qui englobe les conventions internationales, soit générales soit spéciales] : première des sources du droit international énumérées à l'article 38 alinéa 1 lit a) du Statut de la Cour internationale de justice] est particulièrement dense sur la manière dont sont déterminées les frontières entre les territoires des États* » ?

60. Bien sûr, les traités codifient parfois des règles *coutumières*. On tient compte, dans cette estimation, de la concordance spontanée entre deux règles mono-nationales édictées par deux États pour leur propre compte et ayant pour objet une relation humaine se déployant sur leurs territoires, qui est en tout cas assimilable à un *accord tacite*, lui-même source de droit international (*infra*, n° 59).

61. S. Sur, *La créativité du droit international* : RCADI, 2012, t. 363, p. 87-88. Un tel « *particularisme* » ne vaut donc pas uniquement pour le droit international *privé*. On ne saurait y discerner une différence entre droit international *privé* et droit international *public* (comme on le fait souvent : *supra*, n° 1). Ainsi, par exemple, J. Combacau et S. Sur, *Droit international public* : LGDJ, 13^e éd., 2019, annoncent d'emblée vouloir présenter le « *droit international public français* » (guillemets d'approximation en original).

des plus de 100 000 traités qu'évoquent les statistiques – qui ne comptent pas les dizaines de milliers d'instruments de droit dérivé – est *bilatérale*. La majorité du droit international *positif* est du droit *bi-national*. L'ensemble de règles bi-étatiques dont la Suisse et la France se sont dotées est déjà du droit international. Les autorités compétentes de ces deux États ont « *posé* » des règles dans les domaines les plus divers : coordination de leurs *territoires souverains* – de nombreux accords délimitent la frontière franco-suisse –, gestion des eaux transfrontalières, coordination de leurs systèmes fiscaux, de sécurité sociale. Les lois « *bi-nationales* » négociées par leurs Gouvernements et approuvées par leurs Parlements *font partie de l'ordre international* même si elles s'appliquent sur un territoire bi-national sur lequel vit le 0.9 % de la population mondiale. Les lois du Canton de Glaris ne font-elles pas partie de l'ordre juridique *suisse* même si elles s'appliquent à un territoire où ne vit que le 0.6 % de la population helvétique ?

35 – Les questions classiques quant aux relations que régit le droit international, à ses sujets, aux destinataires de ses règles et des droits et obligations qu'elles créent, à l'utilité du droit international, doivent être examinées à l'aune des règles inscrites dans des dizaines de milliers de traités-lois et instruments comparables. Beaucoup de ces dispositions ont, comme toute disposition d'une loi « *interne* » accordant des droits aux personnes privées, une *double série de destinataires* : les autorités des États qui font ces règles, destinataires *intermédiaires* ; et les particuliers relevant de leur « *champ d'application personnel* » : destinataires *finaux*.

Que l'on veuille bien parcourir l'« *Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes* », entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. L'article 1 précise que « *L'objectif de cet accord, en faveur des ressortissants des États membres de la Communauté européenne et de la Suisse, est : a) d'accorder un droit d'entrée, de séjour, d'accès à une activité économique salariée, d'établissement en tant qu'indépendant et le droit de demeurer sur le territoire des parties contractantes ; b) de faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes, en particulier de libéraliser la prestation de services de courte durée ; c) d'accorder un droit d'entrée et de séjour, sur le territoire des parties contractantes, aux personnes sans activité économique dans le pays d'accueil ; d) d'accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux* ». L'« *objectif* » qu'ont poursuivi les autorités de Suisse et des États membres est d'accorder une série de droits subjectifs aux personnes privées composant leurs peuples et leurs populations. L'article 3 est intitulé « *Droit d'entrée* », l'article 4 « *Droit de séjour et d'accès à une activité économique* », l'article 6 « *Droit de séjour pour les personnes n'exerçant pas une activité économique* », l'article 7 « *Autres droits* », l'article 5 évoque le « *droit de fournir un service* », l'article 7 lit a) rappelle le « *droit à l'égalité de traitement avec les nationaux* ». L'article 4 de l'Annexe I intitulé « *Droit de demeurer* » énonce que « *Les ressortissants d'une partie contractante et les membres de leur famille ont le droit de demeurer sur le territoire d'une autre partie contractante après la fin de leur activité économique* » ; l'article 5 évoque « *Les*

droits octroyés par les dispositions du présent accord ». Comment ces dispositions n'accorderaient-elles pas aux personnes privées des droits subjectifs si ces dispositions disent précisément leur accorder le « *droit de séjour* », le « *droit d'établissement* », le « *droit de fournir un service* », et évoquent les « *droits octroyés par le présent accord* » ?

Dans des milliers de conventions en matière fiscale, un « *article 1* » intitulé « *Personnes visées* », énonce : « *La présente Convention s'applique aux personnes qui sont des résidents d'un État contractant ou des deux États contractants* ». Dans les conventions en matière de sécurité sociale, un article intitulé « *Champ d'application personnel* » énonce : « *Sous réserve des dispositions contraires de la présente convention, celle-ci s'applique : a. aux ressortissants des États contractants ; b. etc.* ». Pour l'article 3 de la Convention de Berne sur les droits d'auteur, c'est-à-dire sur les *droits subjectifs des auteurs*, qui sont le plus souvent des personnes privées : « *1) Sont protégés en vertu de la présente Convention : a) les auteurs ressortissants à l'un des pays de l'Union, pour leurs œuvres, publiées ou non ; ...* ». Par les milliers de traités d'amitié, de commerce, de navigation, d'établissement, conclus depuis la Paix de Westphalie, les autorités des États contractants ont entendu accorder *une série impressionnante de droits subjectifs internationaux à leurs personnes privées, physiques et morales*⁶². La Cour internationale de justice a reconnu que même une Convention sur les relations consulaires peut créer des droits au profit des individus : « *La clarté de ces dispositions, lues dans leur contexte, ne laisse en rien à désirer* »⁶³. La « *clarté* » des « *dispositions* » inscrites dans milliers d'instruments « *ne laisse en rien à désirer* ».

Nous profitons quotidiennement des droits subjectifs internationaux que nous accordent ou concourent à nous accorder des règles de droit international.

36 – Et que dire des instruments adoptés au sein des Nations Unies qui s'intitulent « *Déclaration universelle des droits de l'homme* », « *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* », « *Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels* », « *Conventions sur les droits de l'enfant* », « *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* » ? Les « *droits* » dont il est question – « *droits de l'homme* », « *droits de l'enfant* », « *droits des femmes* » – ne reviennent-ils aux personnes privées composant les peuples qui se donnent les autorités qui y ont souscrit ? Bien sûr, il incombe aux autorités de ces États de les respecter et d'en assurer l'effectivité, si bien que ces dispositions se destinent d'abord à ces autorités. Mais c'est aussi le cas des dispositions inscrites dans les Constitutions nationales consacrant des droits subjectifs analogues.

Il est vrai que les personnes privées sont « *repêchées* » par la théorie du droit international dans *quelques domaines* : droits humains, justement, droit international humanitaire, droit des réfugiés. Mais la théorie du droit international a tendance à considérer qu'il s'agit d'*exceptions* confirmant la règle. La première, « *droit international des droits humains* », est vaste : si tous les êtres humains ont

62. *Infra*, n° 77, ch. 6.

63. CIJ, *LaGrand (Allemagne c/ États-Unis d'Amérique)*, 27 juin 2001, n° 77.

le droit à un tel respect, ne sommes-nous toutes et tous des sujets de droit international ? Pourquoi les *prisonniers de guerre* seraient des sujets de droit international, et non pas les *frontaliers* franco-suisses qui ont des droits et obligations résultant de maints instruments internationaux qu'ils exercent et honorent tous les jours ? Comment les enfants peuvent-ils être des sujets de droit international – la Convention de 1989 leur accorde une série de droits individuels – mais pas... leurs *parents* ? Lorsqu'il aura atteint 18 ans, mon nouveau-né Leonardo cessera-t-il d'être sujet de droit international pour ne devenir que sujet de droit interne ?

Ces conséquences fantaisistes nous dispensent de nous y appesantir.

c) Troisième argument : accès aux juridictions internationales

37 – Les particuliers ne seraient pas de vrais sujets de droit international car ils seraient impuissants à faire valoir devant une *juridiction internationale* les droits que leur accordent des règles interétatiques. Un tel argument appelle une précision et plusieurs objections.

La précision est que si le droit d'action est fondamental pour l'existence d'un droit subjectif, tout comme le droit à l'exécution forcée, un droit subjectif est – avons-nous rappelé⁶⁴ – d'autant plus effectif que la conduite nécessaire à le satisfaire est mise en œuvre *spontanément* par la personne qui en a l'obligation. Le fonctionnement *normal* du droit international helvético-européen implique que les autorités suisses s'acquittent spontanément des obligations qui en résultent envers les ressortissants de l'Union européenne : les autorités législatives s'abstiennent de faire des lois incompatibles avec mon droit d'établissement helvético-européen, les autorités de frontière me permettent d'entrer sur le territoire suisse, les autorités de douane y laissent transiter ma marchandise. Heureusement que les frontaliers n'ont pas à saisir un tribunal chaque jour pour savoir s'ils peuvent se déplacer entre la France et la Suisse, que les importateurs suisses et les exportateurs italiens d'oranges n'ont pas à attendre six mois avant qu'un juge suisse leur confirme qu'ils ont le droit de faire franchir la frontière à la périssable denrée. La mise en œuvre *normale* de l'écrasante majorité des règles de droit interétatique, et des droits subjectifs et obligations qu'elles créent, se fait en dehors des tribunaux. C'est leur *objectif premier*.

38 – En venant aux objections, rappelons d'abord que la première fois qu'un État a pu faire valoir devant une *juridiction internationale* des droits subjectifs qu'il prétendait tirer du droit international a été en 1872, lorsque les États-Unis ont assigné le Royaume-Uni devant le tribunal arbitral chargé de l'affaire dite de l'*Alabama*. Pourtant, la théorie du droit international tend à considérer que les États sont des sujets de droit international depuis que celui-ci existe, c'est-à-dire, selon ce qu'elle enseigne, au moins depuis la Paix de Westphalie. Pourquoi les exigences à remplir pour mériter une telle dignité devraient-elles différentes pour

64. *Supra*, n° 19.

les *personnes privées* et pour les *États* ? Démasquer ce « *deux poids et deux mesures* » ne suffirait-il pour disqualifier l'argument sous examen ?⁶⁵

La seconde objection consiste à observer que le « *juge national* » est le « *juge naturel du droit international* »⁶⁶. Si les autorités du contrôle des habitants de Vaud ne me livrent pas le permis d'établissement qu'elles devraient me livrer sur le fondement de l'Accord helvético-européen, je peux saisir le *juge cantonal*, qui est soumis au droit international en vigueur pour la Suisse. Le fait que je ne doive pas plaider à La Haye est en principe, pour moi, *un avantage*. Si j'estime que le juge cantonal a aussi violé mes droits subjectifs internationaux, je peux saisir l'autorité cantonale de recours⁶⁷. Un recours ultérieur pour *violation du droit international* est ouvert devant le Tribunal fédéral. Si l'Autorité fiscale cantonale taxe mes revenus locatifs italiens, je peux saisir la Cour administrative de Genève puis le Tribunal fédéral. J'espère bien sûr ne pas en arriver là : on risque d'en avoir pour deux ans de procédure, mon épouse a envie de parler d'autre chose que de fiscalité.

La troisième objection est tirée des traités sur la compétence internationale civile. Si je commande un objet par Internet d'une entreprise française et un problème surgit, la Convention de Lugano me dit : « *vous avez le droit subjectif de choisir entre le juge suisse de votre domicile et le juge français du défendeur* » : droit subjectif international d'*option* quant à l'exercice de mon droit subjectif international d'*action*. N'est-il quelque peu paradoxal de soutenir que je ne serais pas sujet de droit international au motif que je ne pourrais pas faire valoir mes droits devant un tribunal international alors qu'un instrument de droit international m'accorde le droit subjectif international de choisir de m'adresser à tel juge national ou tel autre ?

La quatrième objection consiste à rappeler qu'un traité quasi-universel prévoit le droit revenant aux particuliers engagés dans des relations internationales de soumettre leurs litiges à des *tribunaux arbitraux* de composition multinationale : la Convention de New York de 1958⁶⁸. Si un tribunal chargé d'un *arbitrage international* est un *tribunal international* – comme l'était le tribunal ayant statué sur l'affaire de l'*Alabama* – les personnes privées seraient des sujets de droit international dans la mesure où elles ont le droit de convenir de porter leurs

65. Bien que tous mes relecteurs et mes relectrices ont répondu : « *Cela suffit largement* », à tel point que certain-e-s, estimant un tel argument « *proprement absurde* », ont estimé aussi que les objections qui suivent n'étaient pas nécessaires, qu'« *elles allongent inutilement la démonstration* ».

66. C. Kessedjian, *Le tiers impartial et indépendant en droit international : juge, arbitre, médiateur, conciliateur* : RCADI, 2019, t. 403, p. 208 et s. Le constat est ancien selon lequel le juge national est aussi le juge naturel du *droit euro-international* (de la Communauté européenne et de l'Union européenne). Le fait que, pour faire valoir les droits subjectifs euro-internationaux qu'elles tiennent des traités constitutifs ou des règlements européens, les personnes privées de France ou d'Italie n'ont le plus souvent pas accès direct à des juridictions euro-internationales n'a pas empêché la CJCE de leur reconnaître très tôt la qualité de sujets du droit euro-international : V. not. arrêt *Van Gend en Loos* de 1963 (aff. n° 26/62), qui évoque un « *ordre juridique de droit international... dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants* ». Ici de nouveau, on voit mal pourquoi, pour leur reconnaître la qualité de sujets de droit international, il faudrait être plus exigeant.

67. L. sur le Tribunal fédéral (LTF), 17 juin 2005, art. 95 : RO 2006 1205.

68. *Infra*, n° 74.

différends internationaux devant de tels tribunaux internationaux. Des milliers de traités d'investissements comportent au profit de toute personne privée relevant d'un État contractant ayant investi dans l'autre État le droit subjectif international d'option consistant à faire valoir ses droits ou bien devant les juges de l'État-hôte ou bien devant un tribunal international arbitral. Les arbitrages internationaux opposant *deux particuliers* – typiquement dans le vaste domaine dit « *civil ou commercial* » – ou un particulier et un État sont *beaucoup plus nombreux* que les arbitrages opposant *deux États*. Ces tribunaux internationaux que sont les tribunaux internationaux d'investissement sont saisis beaucoup plus fréquemment par les personnes privées que par les États.

La cinquième objection est tirée d'un parallèle avec le droit dit interne. Le *droit fédéral* est normalement administré par les juges *cantonaux*, non par les juges *fédéraux*. Le juge cantonal est même assez souvent la *dernière instance* pouvant statuer sur les litiges ayant pour objet des droits résultant du *droit fédéral*⁶⁹. Si j'engage contre l'État de Vaud devant le juge cantonal une action en responsabilité fondée sur une violation du droit fédéral, un recours devant le Tribunal fédéral n'est souvent pas autorisé⁷⁰. Seulement, si je demeure un sujet de droit *fédéral* alors même que le droit fédéral qui m'accorde tel droit subjectif est administré par des tribunaux *cantonaux*, pourquoi ne serais-je pas sujet de droit *international* alors même que le droit subjectif international que m'accorde une convention helvético-européenne peut être invoqué devant les juridictions *nationales* ?

La sixième objection consiste à relever que si un juge *national*, y compris la *cour suprême* d'un pays, peut violer telle règle de droit *international* et bafouer tel droit subjectif international qu'elle confère à tel particulier, cela vaut aussi pour le droit *interne*. Alexandre Navalny cesse-t-il d'être *sujet de droit (interne)* parce qu'il n'a pas la possibilité de faire valoir devant les juridictions russes, à les supposer manipulées par le Kremlin, tel droit que lui accordent la Constitution ou d'autres lois russes ? Des milliers de personnes à travers le monde ne parviennent pas à obtenir à l'encontre des autorités gouvernementales et devant des tribunaux indépendants la protection de certains droits que leur accordent la Constitution ou les lois de leur État. La Cour européenne des droits de l'homme a été créée pour protéger les particuliers contre les violations commises par des autorités des droits subjectifs qui leur sont reconnus par le droit « *interne* ». N'est-ce pas là la preuve que les individus ne peuvent parfois pas faire valoir leurs droits subjectifs résultant du droit interne ? Un tel constat ne leur retire pas pour autant la qualité de *sujets de droit (interne)*. Pourquoi le constat que les personnes privées puissent parfois ne pas obtenir satisfaction devant les tribunaux de certains de leurs droits subjectifs internationaux devrait-il leur retirer la qualité de sujets du droit international ?

69. LTF, art. 74.

70. Pour les recours en matière de droit public, V. LTF, art. 85 : « *S'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable : a. en matière de responsabilité étatique si la valeur litigieuse est inférieure à 30 000 francs...* ».

39 – C'est ce qui nous conduit à la septième objection, qui, se rattachant à la première, est tirée du constat que *beaucoup d'États ne parviennent pas non plus, encore aujourd'hui, à faire valoir beaucoup de leurs droits, s'ils sont violés par d'autres États, devant des juridictions internationales*. C'est la faiblesse mille fois dénoncée du droit international, laquelle anime un courant dit parfois « *négationniste* » consistant à en remettre précisément en cause la qualité de *droit*. Si l'on devait retirer au droit international la nature de *vrai droit*, force serait de conclure que les États *eux-mêmes* ne seraient pas de *vrais sujets de droit international*.

Supposons que les autorités policières roumaines *ne s'acquittent pas de leur obligation de coopération* au profit des autorités suisses résultant d'un traité bilatéral⁷¹. Celles-ci ne peuvent saisir à l'encontre de celles-là ni un juge suisse – immunité de la Roumanie – ni un juge roumain. Pour s'adresser à la Cour internationale de justice (« *CIJ* »), il faut que la Suisse obtienne le *consentement* de la Roumanie. Les traités de ce type énoncent que « *tout différend dans l'interprétation ou l'application du présent Accord fait l'objet de consultations entre les Parties contractantes* ». La voie *judiciaire* n'est pas souvent ouverte. Même lorsqu'un traité permet de s'adresser à la CIJ, la saisine de celle-ci est souvent vécue comme « *un acte inamical* » par l'État défendeur. Les coûts d'une procédure à La Haye donnent le vertige à tel point qu'il a fallu créer un fonds pour les États démunis⁷². La CIJ tranche moins de quatre affaires par an, ce qui en dit long sur les obstacles, juridiques ou factuels, auxquels se heurtent les États. Beaucoup de violations du droit international au détriment des autorités des États ne peuvent en pratique se régler que par le canal diplomatique ou demeurent non réglées.

Pour reprendre un exemple évoqué, si l'autorité cantonale du contrôle des habitants cherche à m'empêcher de m'établir en Suisse, cela constitue tout à la fois la violation par une autorité administrative suisse du droit subjectif d'établissement revenant au ressortissant italien que je suis et le manquement de la Suisse à une obligation internationale qu'elle a contractée à l'égard de l'Italie. J'ai plus de chances d'obtenir justice, plus rapidement et à un moindre coût, en saisissant à l'encontre de l'autorité administrative suisse un *juge national suisse agissant comme juge naturel du droit international* que la République italienne n'a de chances d'obtenir justice à l'encontre de la Confédération helvétique devant une *juridiction internationale*⁷³. Les droits subjectifs *des États* résultant d'instruments internationaux à l'encontre d'autres États *sont souvent plus compliqués à faire valoir par la voie judiciaire* que les droits subjectifs résultant de ces mêmes

71. *Accord entre la Confédération suisse et la Roumanie, 19 sept. 2005.*

72. J.-M. Thouvenin, *Le rôle du juge international dans le règlement pacifique des différends*, *Curso de Derecho Internacional, Org. por el Comité Jurídico Interamericano y la Secretaría general de la OEA, 2004*, p. 59 s., p. 71.

73. Et quelle serait au juste cette juridiction internationale ? À supposer qu'il puisse réellement être saisi pour régler un tel cas particulier, et que l'Italie ait réellement envie de le faire, le « *comité mixte* » que l'article 14 de l'accord en question érige en « *responsable de la gestion et la bonne application* » de celui-ci n'a pas vraiment les pouvoirs d'une *juridiction*.

instruments *au profit des personnes privées* à l'encontre des autorités de ces mêmes États⁷⁴.

d) Quatrième argument : seuls les États évolueraient dans l'ordre international

40 – On lit parfois que les États évoluent dans l'*ordre international*, les personnes privées « *évoluent dans l'ordre interne* »⁷⁵.

Prenons la « Suisse », et ses composantes selon la théorie du droit international : 1) État-gouvernement, ou État-appareil étatique, y compris *service public* ; 2) État-peuple, c'est-à-dire l'ensemble des personnes qui ont la nationalité suisse, et État-population, c'est-à-dire l'ensemble des personnes *physiques ou morales* établies en Suisse, 3) État-territoire. Il faut reconnaître que ce sont les ressortissants et résidents suisses, y compris les personnes morales, qui peuvent *évoluer internationalement*, vivre à cheval des territoires de deux ou trois États, exercer leur profession sur deux ou trois territoires, créer des succursales sur les territoires d'autres États, faire parvenir leurs marchandises sur les territoires d'autres États. L'État entendu comme *ensemble d'autorités* ne peut pas faire grand-chose sur le territoire d'autres États. Le Président de la Confédération ne saurait exercer son mandat sur le territoire allemand, le Parlement fédéral se réunir en Italie, les Transports Publics Genevois gérer les transports desservant Annemasse. La partie d'un État formé par l'*appareil étatique* n'a pas le droit, sauf exceptions, de franchir la frontière pour exercer ses fonctions régaliennes ou des services publics. Cette part de l'« État » doit rester *tranquille chez elle*, confinée dans l'« *Inland* ». Un juge suisse est malvenu à exercer en Géorgie. Un entrepreneur suisse est bienvenu à ouvrir une usine en Géorgie. Quand on évoque « *l'activité internationale de l'État* », le gros de celle-ci est réalisé par les *personnes privées, composante constitutive de cet État*. Quand on parle du « *commerce extérieur de la Suisse* », qu'on lit que « *la Suisse exporte des montres aux États-Unis* », ce sont les personnes privées de Suisse qui font commerce avec, le plus souvent, les personnes privées d'autres États. Si une « *activité sociale qui... présente quelques attaches internationales nécessite... une réglementation interéta-*

74. On lit parfois que les personnes privées ne seraient que des sujets « *mineurs* » du droit international, alors que les États en seraient des sujets « *majeurs* ». Seulement, si le « *degré* » de la subjectivité internationale d'une catégorie de personnes se mesure à leur capacité d'obtenir *par la voie judiciaire* le respect des droits subjectifs internationaux que leur accordent des règles internationales, ne faudrait-il conclure que la subjectivité internationale des *personnes privées* est même *supérieure* à celle des *personnes-États* ? De plus, elle serait *plus ancienne* : ainsi définie, celle des États ne serait pas antérieure à l'arbitrage de l'Alabama (1872), alors que les traités d'amitié, commerce, de navigation, d'établissement et consulaires, ayant fleuri bien avant, qui accordent aux ressortissants de chaque État contractant toute une série de droits subjectifs internationaux – à exercer sur le territoire de l'autre État contractant – leur accordent aussi le droit subjectif international de faire valoir de tels droits, et bien d'autres, s'ils sont violés, devant les tribunaux de cet autre État. V. p. ex. *Traité conclu entre la Confédération suisse et les États-Unis de l'Amérique du Nord, 25 nov. 1850, art. 1*, l'un des plus anciens encore en vigueur en Suisse.

75. E. Lagrange, *L'efficacité des normes juridiques internationales concernant les personnes privées dans les ordres juridiques internes* : RCADI, 2012, t. 356, p. 275 : « *c'est dans l'ordre interne qu'évoluent les personnes privées* ».

tique »⁷⁶, ce qui expliquerait l'« *expansion du droit international* »⁷⁷, cette « *activité sociale* », ne sont-ce pas des personnes privées qui s'y adonnent surtout ?

Il semble alors que les personnes privées composant l'État-peuple et l'État-population sont – quant à leur vie et leurs activités – des *sujets de droit plus naturellement internationaux* que les *autorités* composant ce même État au sens d'appareil étatique, y compris ses services publics. Une grande partie du droit international que « posent » les autorités de Suisse – avec les autorités de France, de l'Union européenne, d'Indonésie... – est faite *précisément pour autoriser, faciliter et encadrer l'activité internationale multiterritoriale des personnes privées de Suisse*. C'est parce que l'État-appareil A est, quant au rayon de ses activités régaliennes, cantonné « à l'interne » de son *territoire* et ne peut, tout seul, rien permettre, empêcher ou régler sur les territoires des États B, C, D, etc., qu'il faut que les autorités de A *se coordonnent* avec les autorités des États B, C, D, pour, précisément, permettre aux personnes privées de A de se déplacer vers les territoires de ces autres États, y vendre des produits, y investir, y créer des succursales, les protéger contre les violations de leurs droits pouvant intervenir depuis les territoires de ces autres États, etc.

41 – Plus généralement, l'explication selon laquelle « *la fonction du droit international est différente de la fonction du droit interne* » car le « *droit international est en principe fait par les États pour eux-mêmes* »⁷⁸, non pas pour les personnes privées, physiques et morales, formant leurs peuples et populations – qui seraient les destinataires uniquement du droit *interne* – nous fait croire que le Conseil et le Parlement fédéraux, quand ils font une loi « *interne* », en la négociant âprement, agissent dans l'*intérêt des personnes privées* qui forment la Suisse ; mais quand le *même* Conseil et le *même* Parlement adoptent, en la négociant tout aussi âprement, une loi « *bi-nationale* » avec le Gouvernement et le Parlement français, pour régir, par exemple, le statut des frontaliers ou la coordination des systèmes de sécurité sociale, ou avec le Gouvernement et le Parlement d'Indonésie au sujet du libre-échange des marchandises, ils le feraient pour... *eux-mêmes* ? S'il en allait ainsi, ces autorités agiraient en violation de leur Constitution respective. Le principe selon lequel « *l'activité de l'État doit répondre à un intérêt public* » vaut lorsque l'« *activité de l'État* » a pour objet une loi helvétique tout autant que lorsqu'elle a pour objet une loi helvético-française. Les élus suisses et les membres du gouvernement suisse sont payés par les contribuables, et ils les représentent, quand ils adoptent une *loi interne*, et ils continuent d'être payés par les contribuables, et de les représenter, quand ils font une loi *helvético-étrangère* avec les membres du gouvernement et les élus d'un autre pays. Le Président Obama disait souvent que sa première obligation était de protéger les *droits subjectifs* des Américains à la sécurité (« *my highest duty is to*

76. R. Kolb, *Le domaine matériel du droit international, Liber amicorum Ch. Dominicé* : Martinus Nijhoff, Leyden, 2012, p. 49 s., p. 51.

77. C'est l'intitulé du cours général professé à l'Académie de La Haye par T. Treves (*The Expansion of International Law* : RCADI, 2019, t. 398).

78. S. Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law* : RCADI, 2001, t. 291, p. 849 : « *in principle international law is made by States for themselves* ».

protect the security of the American people »). Il le faisait en prônant l'adoption de lois internes pour les protéger contre des menaces internes et des lois *bi- ou multinationales* – avec des États partenaires – pour les protéger contre des menaces externes⁷⁹. L'objectif est le même : protéger le droit des Américains à la sécurité.

3° Quelques conclusions

42 – « *Mais qu'est-ce que donc le droit international ? Des siècles d'effort scientifique n'ont pas permis de cerner définitivement son objet et sa portée* »⁸⁰. « *Quant aux spécialistes, ils ne lui facilitent pas toujours la tâche en s'enfermant souvent dans des querelles scolastiques aussi obscures que vaines* »⁸¹. Aussi longtemps qu'on cherchera à en éclairer le sens en se limitant aux *sujets-États* et entendant les « *États* » d'une manière qui tend à retrancher les *personnes privées* qui en sont pourtant une composante constitutive, on le vide d'une grande partie de sa raison d'être, et on ne parviendra pas à en prédire et favoriser l'évolution.

La question de l'identité des *sujets* du droit international est cardinale et rejaillit sur la question de ses *objectifs*. Si on affirme que les « *États* » sont ses seuls sujets, on se trouve obligé, quand on explique *à quoi sert le droit international*, à ne pas évoquer les personnes privées pour éviter de se contredire⁸². On répond alors de manière vague qu'il sert à la « *coexistence des États* » ou à la « *sécurité internationale* »⁸³. N'est-ce pas comme répondre à la question « *À quoi sert le droit suisse ?* » qu'il sert « *à la coexistence des Cantons* » ou à la « *sécurité intercantonale* » ?

Les grandes étapes de l'accélération du droit international, à commencer par la Paix de Westphalie – qui visait à empêcher qu'une guerre qui aurait provoqué la mort de 20 à 30 % des êtres humains vivant en Europe puisse se reproduire – puis l'essor des traités d'amitié, de commerce et de navigation, Solferino, la multiplication des organisations internationales, la Société des Nations, les Nations Unies, les Communautés européennes, la Conventions sur les droits humains, la décolonisation, l'OMC, etc. – se sont déclenchées quand les êtres humains avaient été massacrés, leur propriété violée et qu'ils étaient entravés dans leur liberté de s'adonner à des activités internationales. Lorsque les groupements humains organisés en État, établis sur un territoire et souverains sur celui-ci seulement, se réunissent, par l'intermédiaire de leurs autorités, à deux ou plusieurs, pour faire du droit *ensemble*, c'est pour *l'épanouissement, le bien-être, la préservation, la protection et l'expansion* – y compris quant à leur assiette

79. Je pense par exemple à l'accord sur le nucléaire iranien signé le 17 juillet 2015 par les États-Unis, les autres États membres permanents du Conseil de sécurité, l'Allemagne, l'Union européenne et l'Iran.

80. R. Kolb, *L'image changeante du droit international public : Mélanges offerts par la faculté de droit de l'université de Genève à la Société suisse des juristes*, Zürich, 2012, p. 85.

81. S. Sur, *À quoi sert le droit international ?*, 4 juill. 2019 : <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/38777-quoi-sert-le-droit-international>.

82. V. toutefois la brochure *La Suisse et le droit international*, par la Société suisse de droit international, *supra*, note 43.

83. S. Sur, *À quoi sert le droit international ?*, 4 juill. 2019.

géographique de réalisation – des droits et libertés des êtres humains qui les forment. L'analyse – qui suivra – d'une sélection d'instruments interétatiques, à commencer par leurs préambules, le révèle de manière peu contestable⁸⁴.

Aussi longtemps que ses spécialistes persistent à ne pas discerner du droit international dans la liberté – qui résulte pour nous de maints instruments interétatiques – de voyager et nous établir au-delà des frontières de notre pays d'origine, d'y étudier ou d'y chercher un travail, dans notre liberté de créer des entreprises au-delà des frontières de notre pays d'origine et d'y investir notre argent, d'offrir nos marchandises et services au-delà de nos frontières d'origine, d'acheter des marchandises venant d'autres territoires, puis dans l'ordinateur que nous utilisons, le fromage que nous goûtons, le dispositif de ventilation artificielle qui sauve nos vies, il y a lieu de craindre que l'« *effort scientifique* » passera à côté du droit international *positif* et s'enlisera dans des « *querelles obscures et vaines* ».

« *Non seulement le peuple est devenu plus ignorant que jamais du droit international public. Il ne s'occupe plus de questions de ce type* »⁸⁵. N'est-ce pas là la conséquence de l'exposé déshumanisé qu'on en fait ? « *Vous nous dites que le droit international ne s'intéresse pas directement à nous. Pourquoi devrions-nous nous intéresser à lui, à ce que vous nous dites sur lui ?* ».

43 – La doctrine du droit international n'aurait pas de doutes quant à l'inclusion des *personnes privées* parmi les destinataires directs de beaucoup de règles internationales si elle s'intéressait au droit interétatique régissant les questions relevant du *droit international privé*.

C. – Droit international privé selon la théorie dominante du droit international privé : *déshumanisation* » du droit international privé

44 – Ce ne sont pas les États mais les personnes privées qui constituent les *vrais sujets des relations internationales* les concernant, c'est-à-dire les *vrais sujets du droit international privé* : c'est ce sur quoi insiste la théorie contemporaine du droit international privé. Les personnes privées y sont même naturellement qualifiées d'« *acteurs* » de la « *vie internationale* » et même parfois de l'« *ordre international* » et de membres de la « *société internationale* ». N'est-ce pas suffisant pour conclure qu'elles ont la qualité des sujets du droit international ? Qu'on en soit réduit à discerner les signes de l'émergence d'une telle qualité dans le droit international *humanitaire* ou dans le droit *pénal* international ou même dans le droit international des *droits humains* paraît chose étrange : si la subjectivité juridique des êtres humains que nous sommes, et des entreprises que nous créons, est, sinon maximale, en tout cas et pour ainsi dire « *double* » dans le droit (interne) *privé* – celui-ci régissant les relations entre *deux* particuliers au moins –, n'est-ce logique de rechercher *d'abord* dans les instruments de droit international *privé* la confirmation de la dignité de sujets de droit international qui est la nôtre ?

84. *Infra*, n° 64, 66-77.

85. R. Kolb, *L'image changeante du droit international public : Mélanges offerts par la faculté de droit de l'université de Genève à la Société suisse des juristes, Zurich, 2012, p. 77-89.*

L'obstacle tient au fait que le droit international *privé* ne serait pas du *vrai* droit international⁸⁶ : il semble y avoir, sur ce point, un certain consensus entre les théories en tout cas prédominantes du droit international public et du droit international privé implantées aujourd'hui. Si elle n'a jamais été tout à fait ferme, et se heurte au constat que des prestigieuses institutions comme l'Académie du droit international ou l'Institut du droit international n'ont jamais cessé d'englober dans le périmètre du droit international le droit international privé, cette conviction n'en explique pas moins le désintéret manifesté envers le droit international privé par la grande majorité des spécialistes contemporains de ce qu'eux-mêmes qualifient volontiers de droit international *tout court*⁸⁷.

Le raisonnement est à peu près le suivant : selon la théorie du droit international, celui-ci régirait – on l'a vu – les relations entre États et ne concernerait pas les personnes privées ; or (si l'on se fie à une telle définition) le droit international privé n'est pas du droit international car l'*objet* en est différent : relations entre personnes privées et non relations entre États ; il n'existe en tout cas pas de principes *communs* qui s'imposeraient à *tous les États* pour venir à bout du conflit de lois ou pour savoir si un État doit reconnaître les jugements en matière civile d'un autre ; en conséquence, chaque État est libre de se doter de ses propres règles : la Suisse a son droit international privé – l'essentiel

86. Pendant longtemps, le droit international privé a été considéré comme *plutôt* ressortissant au véritable droit international. Selon la vulgate répandue de nos jours, c'est jusqu'à environ la moitié du vingtième siècle que la doctrine dominante l'aurait chargé de résoudre un « *conflit de souverainetés* » suivant la conception parfois appelée « *publiciste* ». Cette idée est aujourd'hui largement tenue pour dépassée, sinon pour rétrograde, au nom du constat que ce serait plutôt au « *règlement satisfaisant* » d'un « *conflit d'intérêts privés* » qu'aspirerait notre discipline : conception parfois dite « *privatiste* ». Seulement, pour assurer un tel règlement satisfaisant, il faut bien que les États co-intéressés aient prévenu et résolu le conflit de compétences souveraines en matière de droit privé en coordonnant leur exercice. Les deux conceptions, *publiciste* et *privatiste*, sont parfaitement réconciliables en une conception qui relie les deux vérités partielles dont chacune est porteuse. Ce dont il est d'autant plus aisé de se rendre compte que l'on prend conscience de ce que le droit *privé* suppose, quant à sa *genèse* et sa *mise en œuvre*, la coordination de maintes autorités *publiques*, et des États fédérés d'un État fédéral : V. *supra*, n° 12 et s.

87. T. De Boer, *Living Apart Together : Relationships Between Public and Private International Law* (NIRL) 2010, 57(02) :183-207, p. 183, raconte avoir consulté la douzaine de manuels de droit international public figurant dans sa bibliothèque et avoir été surpris de constater qu'un *seul* évoque le droit international privé, les autres le passant totalement sous silence : « *The result was rather disheartening. Obviously, the topic of "private international law", or "PIL", or "conflict of laws", or "conflicts law", or "transnational law" is of no concern to scholars of public international law* ». Dans son cours général récemment paru (*Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité : RCADI*, t- 414, 2021, p. 57), A. Pellet dit de ce qu'il appelle lui aussi « *droit international "tout court"* » qu'il convient de le « *considér[er] comme étant celui des relations internationales* », et quelques lignes après, dit de ces « *relations internationales* » qu'elles englobent celles qui « *se nouent entre personnes ayant des nationalités différentes* ». Sujets des relations internationales de cette dernière catégorie, et du droit international privé destiné à les régir, les personnes privées ne devraient-elles être sujets du droit international « *tout court* » ? Une telle qualité, il faut certes moins s'attendre à ce qu'elle se manifeste dans les règles sur le recours à la force ou sur la délimitation des territoires de deux États que dans les règles interétatiques ayant précisément pour objet les relations internationales entre *personnes privées*, tout comme la qualité qui nous revient de sujets de droit interne est plus visible dans les règles sur la propriété privée que dans les règles organisant le fédéralisme suisse ou la délimitation des territoires de deux États-Cantons. Selon le mot d'une connaissance latino-américaine, qui a le goût des hyperboles (ce qui est parfois un peu exaspérant), « *ce n'est pas dans le Jura que les jaguars dévoilent leur qualité d'être vivants* ».

serait inscrit dans la « LDIP »⁸⁸ –, la Tunisie le sien⁸⁹. N'est-ce pas la preuve qu'il ne s'agit pas de droit international mais de droit *plutôt interne* ? Bien sûr, deux ou plusieurs États peuvent négocier des instruments comportant des dispositions *communes*. Mais la nature *interétatique* de la source du droit international privé ne lui serait point consubstantielle.

45 – Ce raisonnement, et notamment la mise à l'écart des *relations interétatiques* – et des droits subjectifs et obligations réciproques des États – *en matière privée*, a provoqué une série de paradoxes⁹⁰ (1°), tout comme la dénaturation du fonctionnement du droit *privé*, qui a éloigné le droit international privé de ses justiciables (2°) en le rendant susceptible de leur causer beaucoup de malheur (3°).

1° Quelques paradoxes

46 – Signalons ce qu'on peut appeler le *paradoxe du langage* (a), puis la notion paradoxale du droit international positif que retient la théorie contemporaine (b).

a) Le paradoxe du langage

47 – La terminologie spécifique au droit international privé semble bien lui prêter aussi une dimension *interétatique* : « *Chassez le naturel, il revient au galop... et dans les mots* ».

Règles de *conflit de juridictions* : « *conflit* » opposant les « *juridictions* » et les États dont elles relèvent. Ces règles aspirent à prévenir un tel conflit international *entre* juridictions en le tranchant dans la mesure du possible par avance. L'expression « *conflit (international) d'autorités* » signale une relation internationale *entre* autorités.

Règles de *conflit de lois* ou sur la *compétence législative* : règles qui distribuent entre les États la compétence pour fixer des règles générales et abstraites de manière à conjurer le *conflit de lois* et parvenir à une « *harmonie des solutions* » ou « *Gesetzesharmonie* »⁹¹. Ce sont les États et leurs autorités qui doivent « *harmoniser leurs lois* », en évitant qu'elles entrent en *conflit*. Selon un cours général de droit international public, « *le droit de plusieurs États à régler la même question crée une relation... entre eux* »⁹². La notion de « *compétence internationale* », législative et judiciaire, est primordiale dans la théorie du droit international *public*. Des spécialistes enseignent que celui-ci vise la *coordination des compétences entre les États*, le règlement des *conflits de compétences*⁹³.

88. L. fédérale sur le droit international privé, 18 déc. 1987 : RO 1988 1776.

89. L. n° 98-97, 27 nov. 1998, portant promulgation du code de droit international privé : JORT 1^{er} déc. 1998.

90. *Supra*, note 3.

91. Le mot est de Franz Kahn.

92. « *the right of several States to regulate the same matter creates a... relationship between them* » : K. Zemanek, *The Legal Foundations of the International System* : RCADI, 1997, t. 266, p. 74. – *V. supra*, note 2.

93. Sous « *Conflits de compétences* », J. Verhoeven affirme que « *C'est au droit international public qu'il appartient d'évidence de régler le conflit que suscite le cas échéant l'exercice concurrent par les États des*

Règles de *reconnaissance* : selon un manuel prestigieux de droit international public, la reconnaissance « est le procédé par lequel un sujet du droit international, en particulier un État, qui n'a pas participé à la naissance d'une situation, ou à l'édition d'un acte, accepte que cette situation ou cet acte lui soit opposable, c'est-à-dire admette que les conséquences juridiques de l'une ou de l'autre s'appliquent à lui »⁹⁴. Pourquoi un État reconnaît-il la décision d'un autre ? On invoque la « *confiance mutuelle* » : confiance entre États, non entre personnes privées qui, quand elles se font un procès, ne se font plus confiance. Une relation de confiance entre États, c'est une *relation entre États*. La « *comity* » est aussi appelée à la rescousse : relation d'amitié, de courtoisie, de bonne intelligence entre États⁹⁵.

Règle d'*entraide internationale*. L'entraide internationale est une *entraide entre États*, qu'elle soit civile, pénale ou fiscale. Selon certains, la reconnaissance des décisions relève aussi de l'entraide internationale⁹⁶. Le Rapport de la Convention de La Haye du 2 juillet 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale dit d'une telle convention qu'elle « *promeut... l'un des grands objectifs du droit international privé, l'entraide judiciaire internationale...* »⁹⁷.

Le TFUE évoque la « *coopération judiciaire en matière civile* » pour désigner l'ensemble des règles que se donnent les États membres dans tous les domaines classiques de notre discipline. Les règlements en la matière émanent d'une coopération interétatique tout autant qu'ils organisent une telle coopération. Selon un spécialiste du droit international public, « *l'objectif du droit international public est la coopération entre États* »⁹⁸.

La dimension interétatique transparaît de maints principes et méthodes : le principe de l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère renvoie à l'égalité des États ; les concepts de « *bilatéralisme* », « *multilatéralisme* », « *unilatéralisme* » sous-tendent des relations entre États. La « *coordination des ordres juridiques*

pouvoirs que recouvre la capacité qui leur appartient comme sujets de droit international », *Considérations sur ce qui est commun* : RCADI, 2008, t. 334, p. 55. – Ch. Tomuschat, pour ce qui est des conflits de prétentions à l'exercice de la compétence, législative et juridictionnelle, dit la même chose : « *Conflicting jurisdiction –... Reconciling conflicting jurisdictions... conflicting claims to jurisdiction... have to be settled in accordance with public international law* » (RCADI, 1999, t. 281, p. 57) ; « *On the whole... as to its inherent characteristics international law... a branch of the law designed to delimit areas of jurisdiction between sovereign States... Its main function... to assign competencies* » (p. 57). G. Abi-Saab considère qu'il revient au droit international public d'assurer « *la coordination des compétences étatiques simultanées ou l'agencement juridique de la coexistence des États* » (RCADI, 1987, t. 207, p. 79).

94. Nguyen Quoc Dinh, P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public* : Paris, 7^e éd., 2002, p. 490.

95. Des études récentes sur la « *comity* » en confirment l'importance : A. Briggs, *The Principle of Comity in Private International Law* : RCADI, 2012, t. 354. – T. Schultz et D. Holloway, *Retour sur la comity* : JDI 2011, doctr. 11, p. 863 s. ; JDI 2012, doctr. 6, p. 571 s.

96. O. Capatina, *L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale* : RCADI, 1983, t. 179, p. 318. – C. Tiburcio, *The Current Practice of International Cooperation in Civil Matters* : RCADI, 2018, t. 393.

97. *Conv.*, 2 juill. 2019 sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile ou commerciale, *Rapp. explicatif* par Francisco Garcimartín et Geneviève Saumier, HCCH, p. 48, n° 11.

98. R. Kolb, *Des problèmes conceptuels, systématiques et terminologiques en droit international public* : *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2001, p. 501-515, spéc. p. 502.

étatiques » est, selon une vue répandue, l'objectif du droit international privé⁹⁹. Le droit international public est *lui aussi* qualifié volontiers de droit de la coordination interétatique¹⁰⁰, de la coordination normative des États¹⁰¹. L'appellation « *droit erga-étatique en matière privée* » récemment proposée en remplacement de « *droit international privé* » traduit le positionnement de l'État du point duquel on se place *envers* (« *erga-*») les autres États tout à tour co-intéressés¹⁰².

« *Les mots sont rarement innocents* »¹⁰³.

b) Notion paradoxale du droit international positif

48 – Le droit international *privé* ne serait pas du vrai *droit international* parce qu'il n'existerait pas en ce domaine de principes *universellement* valables. Une telle affirmation appelle plusieurs remarques.

La première est qu'elle se ressent de la terrible ambiguïté, déjà signalée, de ce que recouvre l'expression « *droit international* »¹⁰⁴. La doctrine l'a réservée pendant longtemps aux principes s'imposant à *tous les États*. On trouve encore de nombreuses traces de l'équation « *droit international = droit international coutumier ou général = droit universel* » dans les manuels de droit international *public*. Il n'est pas étonnant qu'une telle notion informe l'esprit de bien des spécialistes du droit international *privé* et que leur réaction puisse être : « *Le droit international privé, ce n'est pas ça ; il n'y a pas de principes généralement acceptés sur la manière de trancher le conflit de lois ou de juridictions* ».

On a montré à quel point une telle notion est fallacieuse car elle fait disparaître la majorité du droit international *positif*, tout en occultant le fait que chaque État a son propre droit international et que le droit international *positif* est davantage un *droit bi-national* qu'un *droit universel*¹⁰⁵.

49 – En second lieu, du constat qu'il n'y a pas de principes organisant la coordination en matière civile qui susciteraient une adhésion universelle, croire pouvoir déduire que le droit international privé « *est plutôt du droit interne* », c'est méconnaître l'*essence même* du droit positif, y compris international. Le droit positif résulte précisément de l'absence d'un principe préexistant suffisamment univoque auquel l'on ne pourrait que se soumettre comme au tonnerre et

99. L'intitulé de trois « cours généraux » professés à l'Académie de La Haye l'atteste : P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé* : RCADI, 2007, t. 327. – A. van Struycken, *Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement* : RCADI, 2004, t. 311. – P. Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé* : RCADI, 1999, t. 276.

100. S. Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law* : RCADI, 2001, t. 291, p. 37 : « *What, then, is this international law ? Essentially, international law is a law of co-ordination* ». G. Abi-Saab évoque les « *références doctrinales fréquentes au droit international comme un droit de coordination* » : RCADI, 1987, t. 207, p. 79. – Ch. Rousseau intitule la « Deuxième Partie » de ses « *Principes de droit international public* » : *Le droit international est un droit de coordination* : RCADI, 1958, t. 93.

101. R. Kolb, *Des problèmes conceptuels, systématiques et terminologiques en droit international public* : *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2001, p. 501-515.

102. D. Boden, *Erga- : contribution sémantique et lexicale à une étude unifiée des relations entre ordres juridiques* : *Rev. crit. DIP* 2021, p. 5-42.

103. P. Lalive, *Tendances et méthodes en droit international privé* : RCADI, 1977, t. 155, p. 121.

104. *Supra*, n° 34.

105. *Supra*, n° 34.

à l'éclair. C'est parce qu'il n'y a pas, sur tel point, de loi « *prépositive* » non ambiguë qu'il faut faire une loi *positive*. *Moins le droit international général est explicite, précis ou contraignant, plus les États « posent » du droit international – justement – positif.* Le droit international coutumier est plutôt silencieux sur la manière dont la Suisse et l'Allemagne sont censées déterminer le tracé exact, à la dizaine de mètre près ou presque, de la frontière entre leurs territoires. C'est pourquoi une série d'accords helvético-allemands s'en occupent¹⁰⁶. Il n'y avait pas de règles imposant aux autorités suisses et italiennes d'autoriser la construction du tunnel du Grand Saint-Bernard pas plus qu'au sujet des coordonnées géographiques à partir desquelles il devait être construit. C'est pourquoi il a fallu aux États intéressés décider ensemble de le construire, de l'édifier par ici et non par-là, et déterminer si les travaux d'entretien ont lieu la nuit de dimanche à lundi ou de lundi à mardi. C'est en vain qu'on chercherait dans le droit international général des principes suffisamment spécifiques pour régir bien des questions concernant la gestion du Rhône. La conséquence en est que trente instances bi-nationales sont chargées de la mise en œuvre quotidienne des multiples accords franco-suisses permettant la navigation et la baignade et fournissant l'électricité à des milliers de résidents français et helvétiques.

Le constat que, s'agissant des relations privées engageant les territoires suisse et français, il n'y a pas un seul critère de coordination immanent à la nature des choses et « *prêt à l'usage* » pour prévenir les conflits franco-suisses de lois, n'autorise pas à conclure que la *France peut régler de telles relations comme cela lui chante* et la *Suisse peut les régler comme cela lui chante*. Un tel constat invite au contraire leurs autorités compétentes à *se coordonner* en choisissant librement, et en « *posant* », un principe de coordination qui leur agréé – et oui, qui leur « *chante* » à elles deux... – et qui, inévitablement, renferme *une part de subjectivité et d'arbitraire*.

Pourquoi, du reste, si l'absence de principes universels sur la manière de déterminer la frontière entre les territoires de deux États n'empêche pas de retenir qu'une telle détermination relève *naturellement* du droit international, l'absence de principes universels sur la manière de déterminer l'empire respectif de leurs lois ou juridictions civiles empêcherait-elle de retenir qu'une telle détermination relève *non moins naturellement* du droit international, du *bilatéralisme* interétatique ? Cela signifie seulement que, dans un cas comme dans l'autre, les autorités des États co-intéressés doivent engager une démarche *concertée*, faire du droit ensemble. Voilà tout.

Car comment un État peut-il régir, par son droit « *interne* », des relations qui ne sont précisément pas « *internes* » à son territoire, mais le *débordent* ?

2° La coordination interétatique asservie aux objectifs du droit privé

50 – L'idée qu'un État puisse à *lui tout seul* parvenir à régler des relations humaines qui se déploient pour partie en dehors de ses frontières est contre-intuitive (a). Le prétendu caractère « *mono-national* » du droit interna-

106. V. *supra*, note 59.

tional privé entraînerait pour les particuliers une insécurité juridique généralisée et l'impossibilité pour chaque État co-intéressé de prévenir et de résoudre un litige international entre eux (b). Pour que le droit international privé soit du droit *privé*, il doit être aussi *interétatique*, ce que renferme l'idée de coordination des systèmes (c). Les dispositions n'émanant que d'un État ou bien s'harmonisent spontanément avec celles de l'autre ou des autres État(s) co-intéressé(s), ou bien entrent en conflit avec elles et la relation internationale entre personnes privées menace d'évoluer dans le *non-droit* (d).

a) Le plus grand paradoxe : comment un État peut-il à lui *tout seul* régir les relations qui débordent *son territoire* ?

51 – En insistant sur la source « *nationale* » du droit international privé, bien des manuels font croire qu'un État peut tout seul régler une relation entre particuliers qui, quant à son espace de réalisation, occupe également une portion du territoire « *souverain* » d'un autre État au moins. C'est le plus grand paradoxe. Comment, par une loi fédérale faite à Berne, la Suisse peut-elle régler une vente de Saint Agur par une entreprise française à une entreprise suisse destinée à se déployer sur un espace bi-national englobant le territoire *français* et le territoire *helvétique* ? Comment l'Italie peut toute seule régler le sort d'un patrimoine situé pour partie sur le territoire *français* et pour partie sur le territoire *italien* ? Une « *activité sociale qui... présente quelques attaches internationales nécessite... une réglementation interétatique* »¹⁰⁷.

Un État A détient le *droit subjectif* – tiré de ses « *droits souverains* » – de régler les activités humaines, et les relations humaines, qui se déroulent *entièrement* sur son territoire. Un État B détient le même droit à l'égard des activités et relations se déroulant entièrement sur son territoire à lui. Pour ce qui est des activités et relations « *bi-territoriales* » – qui se déploient *à la fois* sur le territoire de l'État A et sur le territoire de l'État B –, il faut que les États A et B se coordonnent, pour les autoriser et en régler les aspects qui ne sont pas tels que chacun peut organiser comme il l'entend le « *segment* » se déroulant sur son propre territoire. La France et la Suisse ne coopèrent-elles pas pour que les mêmes trains (Léman Express, TGV Lausanne-Paris) ou bus urbains (Annemasse-Genève) puissent parcourir un trajet distribué en partie sur le territoire suisse et en partie sur le territoire français en permettant aux êtres humains de se déplacer entre les deux territoires ? Ou pour que le colis que j'envoie de Suisse parvienne à l'adresse de mon collègue de Paris ? De même, une activité commerciale générant une relation franco-suisse entre entreprises ou une succession internationale générant une relation franco-italienne entre membres de la même famille suppose une coordination normative entre les autorités des États co-intéressés pour définir les droits et obligations des individus concernés.

Car un État, on y a insisté¹⁰⁸, parvient à régler une relation entre particuliers lorsqu'il leur reconnaît des droits subjectifs et leur impose des obligations,

107. R. Kolb, *Le domaine matériel du droit international, Liber amicorum Ch. Dominicé : Martinus Nijhoff, Leyden, 2012, p. 49 s., p. 51.*

108. *Supra*, n° 22.

s'oblige à les respecter et parvient à les faire respecter. Pour qu'une personne privée ait un droit subjectif envers une autre – par exemple à la remise d'un bien – il faut, avons-nous dit ¹⁰⁹, que le titulaire détienne un *droit subjectif parallèle envers une autorité étatique* à ce que celle-ci coopère à sa mise en œuvre en « forçant » au besoin la personne privée obligée. Si la relation est franco-italienne, c'est que la conduite obligatoire doit intervenir pour partie sur le territoire français, par exemple car le bien s'y trouve. Or l'Italie ne peut pas, sans la coopération de la France, assurer la mise en œuvre d'une telle conduite bi-territoriale. *Car les autorités italiennes devraient mettre à la charge des autorités françaises l'obligation étatique parallèle de collaborer à la mise en œuvre d'une telle obligation individuelle pour la partie qui devrait avoir lieu sur le territoire français.* Dans la mesure où l'Italie n'a pas le droit *étatique* d'imposer à la France une telle obligation *étatique*, l'Italie ne saurait toute seule assurer l'existence d'une telle obligation *individuelle* pas plus que du droit *individuel* qu'elle vise à satisfaire.

Il est vrai que la théorie du droit international privé n'évoque pas souvent les droits et obligations des personnes privées.

b) Insécurité juridique « *quasi-programmée* » la « *déprivatisation* » du droit international privé

52 – Cette théorie part du postulat qu'une relation privée rattachée aux États A et B déclenche la vocation *simultanée* de leurs autorités à la régler – en y appliquant notamment leur propre loi – et que le *résultat* est différent si l'on retient la loi de A ou la loi de B. En insistant sur ce que « *l'État A a ses règles de droit international privé, l'État B les siennes* », elle s'accommode du fait que les *particuliers impliqués sont largement condamnés à ignorer leurs droits et obligations de droit privé*. Cela vaut d'abord aussi longtemps qu'*un litige ne les oppose pas*. Si l'État A peut désigner pour applicable sa loi, l'État B peut désigner la sienne. Même si les règles de l'État B désignent la loi de A, l'État B n'en a pas moins ses principes d'ordre public et ses lois de police qui, quand ils interviennent, modifient les droits et obligations résultant de l'application pure et simple de la loi de A.

La conséquence immédiate pour les justiciables d'une telle présentation est l'imprévisibilité des règles de droit *objectif* qu'ils sont censés mettre en œuvre et, par conséquent, de leurs *droits subjectifs* et *obligations* : absence quasi-programmée de *sécurité juridique*. « *En fait, la sécurité... n'est pas jusqu'à nouvel avis donnée dans notre domaine aux justiciables* » ¹¹⁰. Si le droit privé est une « *route bien pavée sur laquelle on peut marcher avec assurance* », le droit international privé ressemble – selon une image demeurée célèbre – à un « *marais lugubre rempli de bourbiers* » ¹¹¹.

109. *Supra*, n° 18 et 20.

110. Ph. Francescakis, P. Mayer, *Droit international privé* : Paris, 1977, *Rev. crit. DIP* 1977, p. 867.

111. W. L. Prosser, *Palsgraf Revisited*, *Michigan Law Review* 971 (1953) : « *Conflict of laws is a dismal swamp, filled with quaking quagmires, and inhabited by learned but eccentric professors who theorize about mysterious matters in a strange and incomprehensible jargon* ».

Accepter un tel exposé, c'est commettre un *contresens* sur la finalité primordiale du droit privé¹¹². Il y a lieu de craindre que la théorie d'un droit qualifié davantage de *privé* que d'*international* qui fait disparaître les droits et obligations réciproques des personnes privées et la sécurité juridique qui devrait en résulter pour elles, *ne pourra jamais, aux yeux des justiciables, être une théorie crédible du droit des relations privées internationales.*

53 – Les autorités judiciaires et d'exécution – avons-nous rappelé¹¹³ – dont l'intervention *effective* suppose une « *publicisation* » des relations privées, n'interviennent, en droit privé, normalement pas. Le droit privé est *privé* car sa mise en œuvre *ordinaire* est l'affaire des personnes *privées*. Le but premier des règles qui le composent est de s'adresser aux particuliers en orientant leurs conduites. Le droit d'une personne est d'autant plus *effectif* que la personne à qui incombe l'obligation vouée à le satisfaire s'en acquitte *spontanément*.

Cela devrait être aussi le fonctionnement *normal* du droit privé dans un contexte transfrontière. *La fréquence d'intervention des autorités judiciaires et des autorités d'exécution devrait être comparable dans les relations privées internes et dans les relations privées internationales du même type.* Quand une entreprise suisse entre en relation avec une entreprise française pour importer du Saint Agur, les contractants ne s'attendent pas à devoir se faire un procès : « *Vos droits et obligations varient selon l'État du point de vue duquel on se place. Il faut saisir un juge pour les connaître.* ». Le commerce international serait découragé si l'incertitude juridique devait augmenter de manière significative du fait de la nature internationale des relations entre personnes privées. Quand l'auteur d'un manuel de droit international privé se rend à une conférence à l'étranger et que son bagage est endommagé, ne serait-il un peu désespéré d'apprendre que la question de savoir s'il a le droit au remboursement ou non dépendra du juge qu'il saisira, ou qui sera saisi par la compagnie aérienne (« *Monsieur, comme vous l'enseignez, chaque État a ses règles de conflit, ses lois de police, etc.* ») ? Lorsque j'investis 20 000 euros en acquérant des parts d'une société allemande, je ne m'attends pas à devoir en actionner les dirigeants pour connaître mes droits et mes obligations. Eux ne s'y attendent pas non plus. Lorsqu'elle projette d'acheter un chalet à Megève, ma voisine ne s'attend pas à ce que si elle l'achète pour de bon, du fait que son patrimoine devient franco-suisse, elle ignorera quelle sera l'étendue de sa liberté testamentaire (« *cela dépendra du tribunal saisi* ») et, pire, que sa succession deviendra litigieuse (« *il faudra à vos enfants s'actionner en justice devant le juge suisse ou français pour connaître leurs droits* »). Un collègue médecin m'a récemment demandé s'il avait le droit de poster sur l'archive institutionnelle de l'université de Genève l'article qu'il venait de publier dans une revue anglaise : « *Si le droit suisse est applicable, oui, si le droit anglais est applicable, non.* ». « *Et quel est le droit applicable ?* ». « *Il faudrait commencer par savoir si un juge suisse est saisi ou un juge anglais est saisi* ». Il a été surpris et même irrité : « *Quelle réponse bizarre !* ». Il veut savoir s'il a le droit

112. Sur laquelle nous nous sommes attardés *supra*, n° 19.

113. *Supra*, n° 18 et 29.

subjectif de republication, pour l'exercer s'il l'a ; à défaut il s'abstiendra de le faire et passera à autre chose. Il ne veut pas *être en litige* avec sa maison d'édition. Il souhaite pouvoir continuer à collaborer avec elle.

« *Trop souvent... la doctrine raisonne quant aux problèmes du conflit de lois aux lieu et place d'un juge les envisageant sous leur aspect litigieux. L'hypothèse contentieuse imprime à cette branche du droit quelque chose d'inquiétant* »¹¹⁴. La nécessité de la saisine *effective* d'un « *for* », est, pour les justiciables « *inquiétante* », et largement contraire à leurs attentes primordiales¹¹⁵. Les procès coûtent de l'argent aux personnes et aux collectivités intéressées, sont sources de tensions, de paralysie, enveniment les relations humaines, compromettent les relations futures. L'omniprésence des autorités judiciaires dans le discours sur le droit international privé a conduit d'éminents auteurs à assumer pour ainsi dire de front la « *déprivatisation* » de la discipline en soutenant qu'*à la différence du droit privé, qui s'adresse aux personnes privées, le droit international privé s'adresse aux juges*¹¹⁶, et à y voir par conséquent du droit plutôt *public* assimilable au droit de la procédure civile¹¹⁷.

114. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé* : Paris, 1958, p. 118.

115. On rencontre parfois l'affirmation selon laquelle le droit international privé viserait à respecter les *attentes légitimes des particuliers*. Il n'est pas peu paradoxal que, tout en affirmant ceci, l'on continue d'adopter une vision « *foro-centrique* » et que l'on explique que l'on est obligé de raisonner au départ d'un *for* parce que chaque État « *co-intéressé* » a son propre droit international privé, raison pour laquelle, avant la saisine d'un *for*, il est souvent impossible pour les individus que nous sommes de savoir quelles règles de droit nous régissent. C'est précisément une telle impossibilité qui est contraire à nos attentes légitimes et communes, lesquelles requièrent que les autorités compétentes des États co-intéressés nous permettent de faire le plus souvent l'économie d'un litige pour avoir une certitude raisonnable quant à nos droits subjectifs et nos obligations.

116. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé* : LGDJ, 11^e éd., 2014. Une telle affirmation n'entraînerait-elle pas qu'*à la différence du droit privé* », dont nous profitons *tous les jours* (*supra*, n° 19), nous ne serions qu'*exceptionnellement* concernés par le droit international privé car il est heureusement rare que nous assignons devant les tribunaux les personnes privées avec lesquelles nous engageons des relations internationales ou que nous y sommes assignés par elles ? Les milliers d'entreprises helvétiques tournées vers l'exportation, les dizaines de milliers de frontaliers, les centaines de milliers de résidents de Suisse qui évoluent dans des familles internationales, mes amis qui vont souvent faire leurs courses ou chez le médecin en France voisine, vivent les relations internationales privées *au quotidien*, ou presque. Mais de l'idée que les (semi-)règles de droit international privé « *suisse* » ou « *français* » s'adressent non pas aux particuliers mais *aux juges*, qu'elles régissent l'activité des *prétoires*, il faudrait déduire que tout ce monde ne vit pas le droit international privé *au quotidien*, que celui-ci resterait même *marginal* dans leur – et dans notre – vie internationale. Une telle perception concourt à le *déshumaniser*, à l'éloigner de ses justiciables, qui seraient fondés à dire : « *Pourquoi devrions-nous nous intéresser à lui si ses spécialistes nous disent qu'il s'adresse aux juges et non pas à nous ?* ». Le droit privé, avons-nous rappelé, se donne une *double série de destinataires*, personnes privées, d'une part, et autorités publiques, d'autre part (*supra*, n° 17 s.) : et c'est parce que les juges en sont les destinataires intermédiaires que les destinataires finaux, les particuliers, ne doivent le plus souvent pas les mobiliser. Cela ne devrait-il valoir aussi pour les règles applicables aux relations privées internationales ? Lorsque mon épouse et moi nous sommes mariés, nous avons exercé notre droit subjectif – résultant des dispositions coordonnées de *conflit de lois* ayant cours en Suisse et en Italie – de soumettre notre régime matrimonial au Code civil suisse et nous ajustons à celui-ci la gestion de nos affaires, même italiennes ; tirant profit des dispositions opérant en Suisse et en Italie sur la *compétence internationale* des autorités administratives, nous avons exercé notre droit de solliciter le concours d'un officier de l'état civil suisse ; nous avons mis en œuvre les dispositions de *conflit de lois* régissant le nom des personnes mariées pour déterminer le patronyme que nous porterons sur le territoire helvético-italien et celui de nos futurs enfants (il y a des différences considérables entre le Code civil suisse, qui empêche mon épouse d'ajouter mon patronyme au sien, ce qu'elle aurait voulu faire, et le Code civil italien, qui impose même un tel

Seulement, si les règles de droit international privé de chaque État co-intéressé sont impuissantes à opérer avant la saisine d'un tribunal d'un de ces États, il faudrait conclure que les justiciables sont, à tout moment antérieur, laissés *sans direction*. Nous sommes aux *antipodes du droit privé* en tant qu'instrument de régulation des *conduites interindividuelles*, qui suppose que le « modèle » de conduite soit disponible pour les personnes privées au moment où elles sont censées « *situer [leur] action* »¹¹⁸.

54 – Faut-il croire qu'au moins lorsque la relation est devenue *litigieuse*, que le juge d'un des États co-intéressés en a été saisi et qu'il a prononcé une soi-disant *décision de justice*, les personnes privées bénéficient de droits et obligations dignes de ce nom ? Assurément non. L'État A est impuissant, par ses seules dispositions qui valent pour son territoire, non seulement à empêcher, avant toute saisine, l'autre État B co-intéressé de prétendre fixer lui-même les règles générales et abstraites en les adressant aux mêmes personnes mais aussi à a) empêcher, une fois que les juges de A ont été saisis, l'autre État B co-intéressé à *devenir lui aussi État du for* en acceptant de se saisir d'une « *contre-action* » en justice ; b) à empêcher l'État B d'émettre une décision contraire à celle émanant des juges de A ; c) à imposer à B de coopérer pour la mise en œuvre de la décision des juges de A sur le territoire de B ; d) à empêcher que la mise en œuvre de la décision des juges de A sur le territoire de A soit neutralisée par une décision contraire de B et sa mise en œuvre sur le territoire de B.

En somme, l'État A est impuissant, sans la coopération de l'État B, non seulement à *prévenir* un litige en fixant les droits et les obligations des personnes privées moyennant des règles générales et abstraites, mais aussi à le *trancher définitivement*, en leur attribuant des droits et des obligations moyennant ses décisions de justice. Inapte à leur assurer une sécurité juridique *préjudiciaire*, l'État A ne l'est pas moins à leur faire profiter d'une sécurité juridique *post-judiciaire*.

55 – Deux histoires récentes l'illustrent.

ajout) ; conformément aux dispositions de *reconnaissance* en Italie des mariages célébrés en Suisse et d'une convention destinée à me simplifier les démarches (*Accord entre la Confédération Suisse et la République Italienne sur la dispense de légalisation, l'échange des actes de l'état civil et la présentation des certificats requis pour contracter mariage, 16 nov. 1966*), j'ai fait valoir, par l'intermédiaire du Consulat italien de Genève – un envoi postal a suffi – mon droit d'obtenir le prolongement sur le territoire italien de ma qualité d'époux acquise en Suisse et d'en obtenir l'inscription dans les registres italiens de l'état civil. Le droit international privé aspire à organiser notre vie internationale privée de manière d'abord à nous épargner les incertitudes et les litiges, il œuvre à ce que cette catégorie des destinataires de ses règles que sont les *juges* intervienne le moins souvent possible. Il est vraiment du *droit privé*. Encore faut-il que les (semi-)règles des États co-intéressés soient *coordonnées* ou du moins *coordonnables*.

117. E. Hambro, *Relations between International Law and Conflict Law* : RCADI, 1962, t. 105, p. 8 : « *It is, therefore, not quite correct to call this branch of law private law. It is really more a part of the rules of public law concerning the sources of law to be applied by the tribunals* ».

118. B. Ancel, *Le principe de la bonne foi et les conflits de lois*, Homenaje J. González Campos : Eurolex Editorial, Madrid, 2005, p. 1217. – Sur ce que « *examiné dans l'optique de ce que devrait faire un juge* » et « *réduit à un droit des juges* », il est à « *craindre* » que « *le droit... ne soit menacé dans son essence même* », V. M. H. van Hoogstraten, *Droit international privé néerlandais et la question préalable*, *Mélanges Kolléwijn et Offerhaus* : *Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht*, Leiden, 1962, p. 223.

Un couple de ressortissants azéris vit entre Genève et Baku avant que des dissensions ne surviennent. Ils découvrent alors malgré eux que les désaccords probables entre la Suisse et l'Azerbaïdjan sur la manière de régler les conséquences financières de leur éventuelle désunion les incitent davantage à précipiter celle-ci, et à sa *judiciarisation*, qu'à la tentative d'une composition amiable. Redoutant de perdre la « *course vers le for* », Madame s'empresse d'engager, sur le fondement de la loi fédérale sur le droit international privé, une procédure en Suisse sollicitant la liquidation du régime qu'elle dit être la participation aux acquêts. *Suisse = État du for 1*. Comment, toutefois, la Suisse peut-elle, par une loi qui ne saurait lier les autorités azerbaïdjanaises, prévenir un *conflit helvético-azéri de compétences* ? Heurté par ce en quoi il voit un « *acte de guerre* », Monsieur ouvre peu après action sur le fondement des règles de droit international privé azéries en demandant au juge de Baku de dire que les époux ont vécu en séparation des biens. *Azerbaïdjan = État du for 2*. Si un procès est une expérience malheureuse ¹¹⁹, *deux procès* ayant le même objet sont une expérience *doublement* malheureuse et même *triplement* car ils peuvent se neutraliser mutuellement. Chaque époux a dû recruter deux séries d'avocats à qui il verse des milliers de francs chaque mois. Ces procédures et contre-procédures se prolongent marquant une *escalade* du conflit et entraînant une détérioration de la santé de nos protagonistes, et de leur enfant. Les contribuables azéris et suisses financent deux machines judiciaires onéreuses. Pour la décision suisse définitive, les époux ont vécu en régime de participation aux acquêts, et Madame se voit, notamment, attribuer la totalité de « *leur* » collection de montres de luxe. La décision azérie les attribue à Monsieur : les époux ont, pour elle, vécu séparés des biens. Qui détient le *droit subjectif de propriété sur ces objets* ? Pour la Suisse, « *Ils appartiennent à Madame* ». Pour l'Azerbaïdjan, « *Ils appartiennent à Monsieur* ». Comment, après tout ce temps et cet argent investi, *privé* et *public*, le litige qui les oppose est-il tranché ?

Une double ressortissante, suisse et brésilienne, a eu une petite fille d'un ressortissant brésilien quand elle vivait au Brésil. Madame s'est engagée envers Monsieur à ne pas lui réclamer des aliments. Quelque temps après, elle rentre à Genève avec sa fille et se demande si elle est liée par son engagement. Selon le droit brésilien, la renonciation aux aliments est valable, selon le droit suisse, elle ne l'est pas. La LDIP, qui ne vaut que pour le territoire suisse et ne lie en rien les autorités brésiliennes, se borne à dire : « *le juge genevois est compétent du fait de la résidence de la fille et, s'il est saisi, il appliquera le droit suisse du fait de la même résidence* ». À la suite d'un procès ayant coûté aux contribuables suisses 4 000 CHF, le juge genevois condamne le père à verser à la mère 750 CHF mensuels. Comme la question relève de la LDIP, il n'y a pas d'instrument par lequel le Brésil s'est obligé à reconnaître la décision suisse. En l'espèce, le Brésil ne la reconnaît pas. Résultat : la petite fille est à l'aide sociale *helvétique* (non pas *brésilienne*...).

119. *Supra*, n° 19.

La coopération des autorités brésiliennes serait nécessaire alors même que la décision suisse pouvait être exécutée en Suisse. Si le père a des biens en Suisse, la mère peut en avoir au Brésil. Si, pour la Suisse, le père doit 750 CHF, la mère peut compter sur les autorités suisses pour obtenir une telle somme en la prélevant sur les biens suisses du père. Mais si, pour le Brésil, cette somme n'est pas due, le père ne devrait-il pouvoir compter sur les autorités brésiliennes pour obtenir, en la *contre-prélevant* sur les biens brésiliens de la mère, la restitution d'une somme équivalente ?

56 – J'ai échangé récemment avec une spécialiste : « *oui, en effet, les droits subjectifs privés, selon la vulgate du droit international privé, eh bien... ils n'existent pas !* »¹²⁰.

Voilà un bien grand paradoxe. Car cette théorie commence par écarter le plan *interétatique* précisément en vue de valoriser le plan *interindividuel*. Mais puisque le droit privé définit les droits subjectifs et les obligations des personnes privées, et qu'un État sans la coopération de l'autre État « *co-intéressé* » ne peut pas les établir et en assurer le respect, les règles de droit international privé d'un État n'ont pas, selon l'exposé traditionnel, pour objectif d'établir et assurer le respect de ces droits et obligations. On leur invente une *autre mission* : dire au juge du for s'il est compétent ou non, lui dire, s'il est compétent, quelle loi il doit prendre pour base de sa décision, et quelles décisions étrangères sont reconnues chez lui et lesquelles ne le sont pas. Ainsi exposée, cette théorie, qui produit les conséquences signalées, éloigne le droit international privé de ses justiciables. Même des juristes non-spécialistes finissent par ne pas la comprendre, par redouter ce « *marais lugubre* »¹²¹.

c) Le caractère *privé* du droit international privé suppose son caractère *interétatique* : la *coordination interétatique* des systèmes de droit privé

57 – Il semble alors que, pour qu'il fasse profiter des bienfaits du *droit privé* les êtres humains, le droit international privé doit être également « *international*. Plus il se veut « *privé* », plus il faut qu'il soit « *international* ». Ces deux qualités sont *interdépendantes*. La poursuite de la « *reprivatisation* » du droit international privé passe par la redécouverte de sa dimension *interétatique*, par sa « *ré-internationalisation* ». Mais « *international* » ne signifie pas « *provenant d'un principe universel prépositif, le même pour tous les États* ». Bien sûr que non. Le gros du droit international *positif*, on l'a vu¹²², ce n'est pas ça. « *International* » signifie « *interétatique* », *posé ensemble* par deux ou plusieurs États *co-intéressés*, ce qui englobe – la précision est de taille et on y reviendra – la situation d'une concordance *spontanée* de leurs dispositions de source certes mono-nationale

120. Il s'agit d'Ilaria Pretelli.

121. Selon l'image de W. L. Prosser – *supra*, note 111, *Palsgraf Revisited*, *Michigan Law Review* 971 (1953) – souvent reprise ; avec une énergie particulière, M. Bogdan, *Private International Law as Component of the Law of the Forum* : *RCADI*, 2011, t. 348, cit., p. 28. Pour d'autres raisons qui « *éloigne[n]t le droit international privé de ses justiciables* », V. B. Ancel, *Éléments d'histoire du droit international privé* : Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 19.

122. *Supra*, n° 33 s.

mais qui tendent à la coordination¹²³. Affirmer que les règles de droit international privé résultent d'une démarche et d'une activité normative *interétatiques*, ne revient-il pas à souligner l'objectif de la *coordination interétatique* des systèmes de droit privé, qui prolonge l'idée d'*harmonie internationale des lois* ou *solutions* héritée de la tradition, et la philosophie dite du « *bilatéralisme* » et du « *multilatéralisme* » ?

Cela signifie que pour que les contrats franco-suisse, les successions franco-italiennes ou les relations familiales helvético-brésiliennes évoluent dans le *droit privé*, les autorités des États co-intéressés *doivent* coordonner l'exercice de leurs compétences *selon des principes de coordination qu'elles « posent » ensemble*. Il faut que ces autorités précisent a) quel est celui des États co-intéressés (Suisse ou Brésil ? Suisse ou France ?) dont les autorités législatives ont le *droit de fixer* à l'égard de telles relations internationales *les règles applicables de droit privé* et quel est l'État qui a l'obligation de *s'abstenir* de les fixer et l'*obligation* de laisser opérer sur son territoire les règles fixées par l'autre État, et ce à fin de prévenir le *conflit de lois*, et l'épargner aux personnes privées, étant entendu que les États peuvent exercer *conjointement* leur compétence législative en posant des *règles multinationales « uniformes »*¹²⁴ ; b) quel est l'État qui a le droit subjectif de *juger* les litiges et quel est l'État qui a l'obligation de *s'abstenir de les juger* ou *rejuger*, et c) qui a l'obligation de mettre en œuvre les décisions prononcées par les juges de l'autre État, et ce à fin de prévenir le *conflit de juridictions* et *décisions* ; bien sûr, les États intéressés ont également le loisir de coordonner l'exercice de la compétence juridictionnelle en autorisant les particuliers à soumettre leurs litiges à des tribunaux multinationaux, de type notamment *arbitral*.

Mais – on se permettra d'y insister tant ce point disparaît du discours « *foro-centrique* » habituel – le *fonctionnement normal du droit international privé* devrait, à l'instar du *fonctionnement normal du droit privé*, permettre aux particuliers de s'épargner, dans la grande majorité des relations internationales qu'ils nouent, de devoir se faire des procès en vue de connaître leurs droits et obligations du fait que les États co-intéressés ont, en amont, réglé entre eux la question de savoir quel État a le droit subjectif de les fixer moyennant ses règles de droit privé et quel État a l'obligation de s'abstenir de les fixer. *La coordination interétatique entre autorités a pour premier objectif de diminuer les cas d'intervention effective des autorités judiciaires et d'exécution*, ce qui est conforme à l'intérêt des particuliers et des collectivités co-intéressés. La recherche de l'*harmonie interétatique* des solutions est asservie d'abord à l'*harmonie interindividuelle*, à la prévention des guerres judiciaires entre les personnes privées concernées. C'est là la conséquence de la prise au sérieux de l'idée que le droit international *privé*, c'est du *droit privé*, et de l'objectif de la « *reprivatisation* » de la discipline : s'il s'agit du *droit privé*, sa mise en œuvre devrait pouvoir être largement « *privée* »,

123. *Infra*, n° 59 s.

124. La France et la Suisse ont accepté de soumettre les contrats franco-suisse de vente de marchandises à un ensemble de règles interétatiques inscrites dans la Convention de Vienne de 1980 : *V. infra*, n° 73.

l'implication des autorités *publiques judiciaires* et *d'exécution* devrait y demeurer le plus souvent *virtuelle, latente*.

58 – Quant au *fond* du critère de la coordination et de l'harmonie évoquées – parce qu'il n'y en a pas un seul qui s'impose « *prépositivement* » à tous les États –, celui qu'un *couple* d'États choisit *positivement* peut différer de celui que choisit un autre *couple* d'États. La Suisse et le Brésil peuvent s'accorder sur la résidence de la personne qui sollicite les aliments, la Thaïlande et le Vietnam sur la résidence de la personne à l'encontre de laquelle les aliments sont demandés. Le rattachement qu'un *groupe d'États 1* – par exemple de l'Union européenne – retient pour parvenir à la coordination s'agissant des relations entre leurs personnes privées peut être différent de celui qu'un *groupe d'États 2* adopte de son côté pour parvenir à la coordination s'agissant des relations entre leurs personnes privées. Concernant les relations entre personnes privées engageant les territoires d'un État du premier groupe et d'un État du deuxième groupe, ces deux groupes doivent prévoir des mécanismes de coordination ultérieurs¹²⁵.

Il en résulte que chaque État ou groupe d'États, pour rechercher la *coordination* avec le nombre le plus grand possible de leurs homologues, est fondé à se doter des règles à *géométrie variable*. Cette variabilité est inhérente à l'idée même de coordination. Nous nous coordonnons tous les jours avec plusieurs personnes et le principe de coordination que nous sommes prêts à adopter peut être différent selon leurs différentes personnalités, goûts, agendas, etc. Pour passer du temps avec Philippe, je lui propose une baignade dans le lac, à Alan, qui préfère la montagne, une promenade dans les Alpes. S'agissant d'organiser une réunion, je propose à mon collègue Makane le lundi, car ni moi ni lui avons cours le lundi, à ma collègue Michelle le mardi, car je sais qu'elle a cours lundi et moi mercredi et jeudi.

Il n'est alors pas étonnant que, pour définir qui entre la Suisse et l'Italie a le droit de fixer les règles de droit privé à l'égard des successions italo-suisse – et de fixer les droits et obligations des particuliers concernés –, la Suisse s'est accordée avec l'Italie sur le rattachement à la nationalité du *de cuius*, et que, pour définir qui entre la Suisse et les États-Unis a le droit de fixer les règles applicables aux successions américano-suisse, la Suisse s'est accordée avec les États-Unis sur le domicile¹²⁶. La France et l'Italie, tout comme les autres États liés par le règlement Successions, ont convenu d'un critère de coordination pour régler le *conflit franco-italien de lois successorales* qui, en l'absence de *professio iuris* par le *de cuius*, est sa *résidence habituelle*¹²⁷. Mais s'agissant des successions qui concernent la France et le Japon, la France est prête à se prévaloir d'un rattachement différent et soumettre les successions laissées par un Français

125. G.P. Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé* : Schulthess, Zurich, 2014, spéc. p. 200 s.

126. *Conv. d'établissement et consulaire entre la Suisse et l'Italie*, 22 juill. 1868, art. 17 al. 3. – *Traité conclu entre la Confédération suisse et les États-Unis de l'Amérique du Nord*, 25 nov. 1850, art. VI.

127. *PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, dit Successions*, art. 20 : *JOUE* n° L 201, 27 juill. 2012, p. 107. – V. *infra*, n° 81.

résidant au Japon à la loi française de sa *nationalité* si un tel critère favorise la coordination normative franco-japonaise¹²⁸.

Quel est, au juste, le statut d'une « *loi* » de droit international privé de source *interne* ?

d) Le statut des dispositions de droit international privé de source interne : du *semi-droit*

59 – Pour le comprendre, il convient au préalable de rappeler à quel point la *coordination des unilatéralités étatiques* est consubstantielle au droit international. S'il est vrai que celui-ci est largement fondé sur le principe du *consensualisme*, un État ne donne-t-il pas son consentement au moyen d'un *acte unilatéral* prenant souvent la forme d'un instrument de droit « *interne* » ? Un traité entre deux États résulte de l'*accord* de deux *lois mono-étatiques* émanant souvent de leurs Parlements respectifs – ou actes normatifs équivalents – qui approuvent *le même texte*. Les relations internationales entre un État A nouvellement proclamé et un État B ne prennent-elles pas naissance de la *concordance* entre l'acte unilatéral de l'État A – souvent en la forme d'une *loi mono-nationale* – qui proclame l'indépendance et *revendique la plénitude de compétences* sur tel territoire, et un acte unilatéral de l'État B – souvent aussi en la forme d'une *loi mono-nationale* – qui *reconnaît* un tel État et une telle *revendication de compétence* ?¹²⁹ L'« *international* » semble bien en ce sens surgir de la somme de deux ou plusieurs « *mono-nationalités* » concordantes, de l'accord de deux ou plusieurs « *semi-internationalités* ».

N'hésitons dès lors pas à affirmer que, par rapport à l'*objet* qu'elle se donne – relations privées engageant tantôt à la fois l'État A et l'État B, tantôt à la fois l'État A et l'État B, tantôt à la fois l'État A et l'État C, tantôt à la fois l'État A, l'État B et l'État C, etc. –, *la loi de droit international privé de l'État A n'est, pour l'essentiel, pas encore du droit, mais du semi-droit.*

Supposons que le Brésil, par une disposition *mono-nationale*, s'*oblige* à s'abstenir de soumettre à la loi brésilienne la relation privée helvético-brésilienne et s'*oblige* à reconnaître l'existence, en en prolongeant la protection sur son territoire, des semi-droits et semi-obligations résultant du Code civil suisse. Se réalise une coordination *spontanée* entre tel article de la LDIP valant pour le territoire suisse, qui dit : « *la loi suisse est applicable du fait de la résidence de l'enfant* », et tel article de telle loi brésilienne valant pour le territoire brésilien, qui dit lui aussi : « *la loi suisse est applicable du fait de la résidence de l'enfant* ». D'un tel accord entre deux dispositions mono-nationales, et entre les autorités suisses et brésiennes qui les ont posées, prend naissance une *règle de droit interétatique*. Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir la littérature internationaliste sur l'« *accord tacite* » – résultant de la concordance entre *comportements*

128. *Règl. Successions, art. 24.*

129. *Les relations bilatérales entre la Suisse et l'Italie* se sont développées à partir de la combinaison de la loi du Parlement du Royaume d'Italie, qui a proclamé l'unité et l'indépendance de l'Italie (la « *Legge n° 4671* » du 17 mars 1861, qui est devenue la « *Legge n° 1* » du 21 avril 1861, la première loi du Royaume d'Italie), et de l'arrêté des Chambres fédérales ayant prononcé la reconnaissance par la Suisse de l'État italien nouvellement constitué.

étatiques concluants –, sur l'*engagement unilatéral*, l'*acquiescement*, la *coutume bilatérale*. En l'absence d'un traité ou instrument semblable, la combinaison entre la *revendication unilatérale* d'une compétence par un État A et la *reconnaissance unilatérale* par un État B du bien-fondé d'une telle revendication a été à plusieurs reprises jugée *source de droit international* par la Cour internationale de justice¹³⁰.

Qui plus est, une telle concordance entre actes unilatéraux provenant des États co-intéressés est susceptible de créer un véritable *droit subjectif international* au profit de Madame et une véritable *obligation internationale* à la charge de Monsieur. Si Monsieur sait que les autorités judiciaires suisses et brésiliennes appliqueraient le droit suisse, qu'elles invalideraient la renonciation aux aliments consentie par Madame, et qu'elles lui prescriraient de verser entre 700 et 800 CHF, il y a des chances qu'il n'attendra pas que Madame l'assigne pour accepter de s'acquitter de sa dette alimentaire que les intéressés peuvent alors arrêter à 750 CHF. Ce dénouement à l'amiable semble bien conforme à l'intérêt bien compris de tout le monde : Madame obtient tout de suite et sans passer par de longues procédures ce à quoi elle a le droit ; les contribuables brésiliens et suisses économisent des ressources publiques ; quant à Monsieur, on voit mal l'intérêt qu'il aurait à résister à des procédures dont il est aisé de prévoir qu'elles le condamneraient à verser, tout à la fois, à Madame les aliments, majorés d'intérêts, au tribunal une somme correspondant aux frais de justice, à son propre avocat une somme à titre d'honoraires, etc.

En supposant que, malgré l'accord entre la Suisse et le Brésil sur l'applicabilité du droit suisse, celui-ci laisse subsister une incertitude sur le *quantum*, que Monsieur soit prêt à verser 500 CHF et Madame prétende 1000 CHF, que Madame doive saisir un juge suisse, que celui-ci fixe le montant à 750 CHF et que le Brésil s'oblige à reconnaître une telle décision et à en prolonger l'efficacité sur son territoire, la concordance spontanée entre deux actes internationaux unilatéraux – la Suisse *revendique la compétence internationale* à ce sujet et prononce une décision ; le Brésil *accepte une telle revendication de compétence* et reconnaît une telle décision – aboutit à forger un couple de droits subjectifs et d'obligations dans la sphère de Madame et de Monsieur. Une fois la décision suisse prononcée, il y a des chances que Monsieur n'attendra pas à être assigné au moyen d'une action en *exequatur* au Brésil et qu'il s'exécutera spontanément car il sait que les autorités brésiliennes prêteront leur appui à sa mise en œuvre sur le territoire brésilien.

60 – Des spécialistes de droit international public rappellent que les *actes internationaux unilatéraux* sont une réalité fondamentale des relations internationales¹³¹. Ceux qui nous intéressent ici ont *vocation normative* : l'État A souhaite *régler* des situations et activités qui engagent le territoire de cet État A et le territoire d'un autre État B. Ils sont *unilatéraux* par leur *source* mais

130. CIJ, 27 janv. 2014, *Différend maritime (Pérou c/ Chili)*. – CIJ, 15 juin 1962, *Temple de Préah Viéhar (Thaïlande c/ Cambodge)* : Rec. CIJ 33. – V. p. ex. G. Distefano, *Accord tacite, ou l'univers parallèle du droit des traités*, QIL, *Questions of international law, Zoom-in* 18 2015, 17-37.

131. P. ex. S. Sur, *La créativité du droit international* : RCADI, 2012, t. 363, p. 173 s.

internationaux par leur *objet*. Ces mêmes spécialistes citent entre autres le refus par un État A de *reconnaître* un mariage célébré dans un État B¹³².

On est fondé à classer au sein de la catégorie des *actes unilatéraux internationaux à vocation normative* l'ensemble des dispositions inscrites dans une loi nationale par lesquelles l'État dont elles émanent *revendique une compétence* au profit de ses autorités judiciaires (« *mes autorités ont le droit de juger les litiges résultant de telles et telles relations* ») ou législatives (« *mes autorités ont le droit de fixer les règles de droit privé – ma loi est applicable – à l'égard de telles et telles relations* ») ou accepte de *reconnaître* la compétence législative et judiciaire d'un autre État et le fruit de son exercice. Ce n'est pas parce qu'elles proviennent d'un *seul État* que de telles dispositions ne relèvent pas des relations *entre États* ; ce n'est pas parce qu'elles relèvent des relations entre *États* qu'elles ne relèvent pas *aussi* des relations internationales *entre particuliers*. Tout au contraire, le règlement des relations *entre États et leurs autorités* est – on l'a répété *ad nauseam*¹³³ – nécessaire au règlement des relations entre *personnes privées*.

Pourquoi alors est-il assez peu question d'« *actes unilatéraux* » dans la théorie dominante des sources du droit international ? Car un acte international de ce type ne suffit pas à créer du droit. L'acte, revêtant la forme d'une « *loi d'Israël* », par lequel la Knesset déclare que telle portion du territoire appartient à l'État d'Israël ne suffit pas à être qualifié de « *droit* » par rapport à son objet. Le Conseil législatif palestinien peut, par un acte prenant la forme d'une loi également mono-nationale, déclarer que le *même territoire* revient à la Palestine. Deux actes mono-nationaux contraires par lesquels les autorités de chacun des États « *co-intéressés* » revendiquent la compétence sur le même territoire, le même secteur d'activité humaine ou la même catégorie de relations interindividuelles, ne « *posent* » pas du droit alors même que chacun de ces actes se dénommerait « *loi de cet État* » ; au contraire, le conflit, irrésolu en droit, entre ces deux actes normatifs et les États dont ils émanent risque de cristalliser l'*absence permanente de droit* à l'égard d'un tel secteur d'activité et de telles relations humaines que chaque État co-intéressé prétend régir. *Un acte international provenant d'un État ayant vocation normative a, justement, vocation à créer du droit international, mais il ne peut le créer tout seul*. La *juridicité* d'un tel acte dépend de la *réaction* de l'autre ou des autres État(s) co-intéressé(s)¹³⁴.

Si le Brésil ne reconnaît pas la légitimité de la revendication par la Suisse de la compétence législative ou judiciaire à l'égard de la relation helvético-brésilienne évoquée, qu'il ne reconnaît pas la décision suisse, et dit : « *C'est à moi – à ma loi – de fixer les règles de droit à l'égard de cette relation, à mes juges de trancher les litiges* », il n'y a pas de *concordance* mais *conflits* entre deux *actes étatiques unilatéraux*, c'est-à-dire *conflit helvético-brésilien de lois*, et risque d'un *conflit de juridictions et décisions*. La relation internationale privée menace d'être *juridique-*

132. S. Sur, *La créativité du droit international* : RCADI, 2012, t. 363, p. 174.

133. *Supra*, n° 13 s.

134. V. le *dictum* de la CIJ dans l'affaire des *Pêcheries (Royaume-Uni c/ Norvège)*, 18 nov. 1951 : « *La délimitation des espaces maritimes a toujours un aspect international ; elle ne saurait dépendre de la seule volonté de l'État (...) telle qu'elle s'exprime dans son droit interne* ».

ment non réglée : pour le Brésil, Monsieur n'a pas l'obligation de payer 750 CHF, pour la Suisse, Madame a le droit de recevoir de lui cette somme. Aussi longtemps que les États co-intéressés ne tranchent pas le désaccord *entre eux* sur la question de savoir quel État a le droit subjectif de fixer les règles de droit privé et quel État a l'obligation de s'abstenir de le faire en laissant opérer sur son territoire les règles édictées par l'autre et prêtant appui sur son territoire à la mise en œuvre des droits et obligations individuels qui en résultent, le désaccord *entre Madame et Monsieur* quant à leurs droits et obligations peut ne pas être tranché *par le droit*. Les autorités des deux États doivent régler la relation internationale *entre elles* si elles veulent régler la relation internationale entre *leurs personnes privées*.

61 – Il ne suffit pas, à l'appui de l'idée que le droit international privé *positif* serait du *droit interne*, de brandir telle ou telle loi nationale : « *M. Romano, regardez la LDIP!* »¹³⁵. Je connais cette loi et, pour l'avoir enseignée et pratiquée depuis quinze ans, je me suis heurté à sa faiblesse congénitale qui tient à ce que, ne valant que pour le *territoire suisse*, et pour les autorités *suisses*, elle ne peut pas, à elle seule, *positivement régler* une relation entre particuliers qui *déborde le territoire suisse*. Il s'agit d'un acte unilatéral international qui prétend à la *juridicité* mais dont la juridicité – la vocation à être du *droit positif* à leur égard – dépend de l'attitude de l'autre État *co-intéressé*. Le règlement au sens du droit privé de ces relations internationales privées résulte de la *concordance* de la *semi-règle* posée par la Suisse et de la *semi-règle* posée par le Brésil, la France, l'Italie, dont il résulte une règle *interétatique*¹³⁶.

135. Ou d'invoquer – comme le fait *M. Bogdan, Private International Law as Component of the Law of the Forum : RCADI, 2011, t. 348* – telle ou telle disposition *mono-nationale* posée par les autorités d'un État qui ne s'est pas doté d'une loi « *organique* » de droit international privé. Par ses semi-règles se prétendant de compétence *internationale* mais ne valant que pour son territoire *mononational*, la Suède ne peut que célébrer un mariage *suédois*, sans pouvoir garantir aux particuliers intéressés – supposons une Suédoise et un-e Marocain-e ou un-e Italienne – l'existence de droits subjectifs et obligations véritables sous l'angle par exemple de l'entretien réciproque, du régime matrimonial, de la vocation héréditaire, etc. C'est du jeu *interétatique* de la semi-règle suédoise revendiquant une *compétence internationale* et de la semi-règle de l'État co-intéressé lui accordant la *reconnaissance* que se forment un mariage *international* et les droits subjectifs et obligations résultant de celui-ci pour les personnes privées. Le domaine dit du « *statut personnel* » est le terrain d'élection de la « *dialectique* » (le mot est de S. Sur) des *actes unilatéraux à vocation normative*. Des règles *euro-internationales* tirées des traités constitutifs de l'Union peuvent cependant imposer aux autorités des autres États membres – l'Italie – de reconnaître sur leur territoire le mariage – entre une Suédoise et une Italienne – célébré par les autorités suédoises sur le leur : *CJUE, 5 juin 2018, aff. C-673/16, Coman : JurisData n° 2018-012579 et CJUE, 14 déc. 2021, aff. C-490/20, V.M.A., évoqués infra, n° 82*.

136. Le Parlement fédéral est en train de modifier le Chapitre 6 de la LDIP pour essayer de le *coordonner* au règlement Successions et faire progresser la *sécurité juridique* en faveur des êtres humains titulaires de patrimoines helvético-européennes (franco-suisse, hispano-suisse, etc.) et des êtres humains susceptibles d'avoir des droits subjectifs *mortis causa* à l'égard de ces patrimoines et leur épargner, et épargner aux contribuables, des *conflits de compétences*. Les expressions « *sécurité juridique* » et « *conflits de compétence* » figurent des dizaines de fois dans les documents de travail et les séances parlementaires. – V. déjà *Cons. fédéral, 14 févr. 2018, communiqué de presse : www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-69778.html* : « *Réduire au maximum les conflits de compétence en matière de successions internationales entre la Suisse et d'autres États, c'est offrir aux citoyens davantage de sécurité juridique* ». – V. ég. Rapp. explicatif à l'avant-projet (de janv. 2018) où on lit que « *les justiciables profiteront (...) de plus de liberté et sécurité juridique* » et que « *les progrès en matière de sécurité juridique profitent également de façon générale à l'économie* » (p. 37), passage repris par le « *Message* » du 5 juin 2020 (p. 38).

Retenons alors que, si la loi mono-nationale de droit international privé d'un État n'est pas *vraiment du droit international*, c'est parce que *ce n'est pas vraiment du droit* ; c'est du *semi-droit*, de source mono-nationale et par là semi-internationale, qui, en s'accordant avec le semi-droit, de source également mono-nationale, c'est-à-dire semi-internationale, de l'autre État co-intéressé, forme, avec lui, du droit bi-national, de source bi-étatique, qui est déjà du droit international.

L'inconvénient de se fier à l'espoir d'une coordination *spontanée* est toutefois évident. Si l'État A dit : « *je veux me coordonner avec l'État B, mais selon un principe que je choisis moi-même* », et l'État B dit : « *je veux me coordonner avec l'État A, mais selon un principe que je choisis moi-même* », le risque est que le principe choisi unilatéralement par chacun est *différent* de celui choisi tout aussi unilatéralement par l'autre, que les deux États A et B ne se coordonnent pas et des conflits entre leurs lois, leurs juridictions et décisions peuvent surgir et frapper les particuliers concernés. Si l'État A parvient à se coordonner spontanément avec l'État B – les deux considèrent que le rattachement le plus approprié est le *domicile* –, l'État A et l'État B ne parviennent pas à se coordonner avec tout autre État – Z, Y, X... – qui considère que le « *bon* » critère est la *nationalité*. Force est cependant d'admettre qu'un progrès considérable du nombre des relations internationales dont les êtres humains qui y participent bénéficient de la *concordance entre les semi-règles* posées par les États A et B, A et C, etc. – et par conséquent de la possibilité de tirer profit de *droits subjectifs et obligations véritables* – a été réalisé depuis que les États co-intéressés ont permis, moyennant leurs semi-règles, à ces mêmes parties, ou à l'une d'elles, de *choisir* entre les rattachements antagonistes celui qui désigne la loi qui leur est applicable. Pour le cas où un tel droit subjectif d'option n'aurait pas été exercé, le potentiel qu'offre l'adoption par les États de *semi-règles subsidiaires ou à la deuxième puissance* reste à exploiter.

Supposons une succession mobilière laissée en Suisse et en Égypte par un Égyptien musulman vivant entre les deux pays qui n'a pas fait de *professio iuris*. La discordance entre les semi-règles de conflit *primaires* – selon lesquelles le droit suisse est, pour la Suisse, applicable à tous les biens, le droit égyptien pour l'Égypte – traduit la prétention de chaque État co-intéressé à l'exercice de la *compétence législative*. Une telle discordance ne pourrait-elle pas être résorbée par des rattachements *subsidiaires* qui soumettraient par exemple au droit suisse la part de la succession qui, au jour du décès, se trouve en Suisse, au droit égyptien celle qui se trouve en Égypte ?¹³⁷ En cas de discordance entre de telles semi-règles subsidiaires suisse et égyptienne, il est logique d'en appeler à des semi-règles *ultérieurement subsidiaires*. Des milliers de conventions mobilisent,

137. Selon les résultats de l'enquête que j'ai menée, au cours de presque dix ans, dans la jurisprudence ayant dû se prononcer sur le conflit *négalif* de règles de rattachements – situations de *renvoi* ou *conflits de renvoi* –, de telles semi-règles *subsidiaires* ont en réalité déjà été largement posées par les juges français, anglais, espagnols et allemands (G.P. Romano, *Le dilemme du renvoi en droit international privé* : Schulthess, Zurich, 2014). Les conflits *positifs* de rattachements, ou conflits *positifs* de compétence législative, appellent un traitement semblable.

pour prévenir un conflit de *lois fiscales*, une « cascade » de rattachements comportant un jeu de pas moins de quatre critères hiérarchisés¹³⁸.

Constatons alors que le *progrès de la coordination interétatique en matière civile* est assez largement passé – et gageons qu’il passera *de plus en plus* – par une *coordination organisée* au moyen de la négociation d’instruments bi- ou multilatéraux, y compris les instruments régionaux et bi- et multirégionaux et les décisions des cours internationales « *dérivées* » de tels instruments car chargées de concourir à fixer les droits et obligations internationaux des États de manière à fixer les droits et obligations internationaux de leurs personnes privées. L’exemple le plus réussi d’une telle coordination organisée résulte sûrement des règlements que se sont donnés les États membres de l’Union européenne, qui s’inspirent volontiers des Conventions adoptées au sein de la Conférence de La Haye.

Il convient, avant de le montrer, de s’attarder sur ce que les situations d’*absence de droit* résultant d’un conflit international de lois et décisions peuvent provoquer beaucoup de malheur humain.

3° Malheur humain résultant de la conviction que le droit international privé est du droit interne

62 – Racontons une autre histoire¹³⁹ : mère suisse, père tunisien, deux enfants en bas âge ; si leur résidence est située à Zurich, ils entretiennent des contacts avec les deux pays et les deux familles. Le père les emmène en Tunisie pour les vacances. À la fin de celles-ci, il se sépare de Madame et retient en Tunisie les enfants, dont il revendique la garde. La mère s’y oppose : les enfants doivent continuer à vivre en Suisse auprès d’elle. Désaccord entre personnes privées quant à leurs *droits et obligations de garde et visite*. Mais la relation est appelée à se déployer dans un *espace international* qui engage les territoires de deux États.

La théorie du droit international public a tendance à dire : « *le droit international public ne s’intéresse pas à cela* ». Elle laisse penser que le droit international – car le droit international public serait pour elle le *vrai* droit international – *ne règle pas cette relation interindividuelle* et, par conséquent, que celle-ci peut être réglée par chaque État *au moyen de son droit interne*. La théorie de droit international privé s’en fait l’écho : « *c’est une question de droit international privé ; elle peut être du ressort du droit national* ». Une telle relation serait donc prise en charge, côté suisse, par le droit international privé *suisse*, côté tunisien, par le droit international privé *tunisien*. La LDIP suisse dit : « *Les juges suisses sont compétents du fait de la résidence habituelle des enfants* ». Madame saisit les juges zurichois qui lui confient la garde. La LDIP tunisienne dit : « *Les juges tunisiens sont compétents du fait de la nationalité des intéressés* ». Monsieur saisit les

138. V. p. ex. *Conv. entre la Confédération suisse et la République arabe d’Égypte en vue d’éviter les doubles impositions en matière d’impôts sur le revenu*, 20 mai 1987 : RO 1988 1307. – Pour une analyse, V. G. P. Romano, *Successions internationales et (semi-)loi fédérale sur le droit international privé : quelques défis* : *Swiss Review of International and European Law (SRIEL)* 2018, vol. 28, n° 2, p. 183-212.

139. La dernière décision publiée en l’affaire est *Obergericht Zurich*, 31 août 2016, LC150021, disponible sur le site du pouvoir judiciaire zurichois : <https://www.gerichte-zh.ch>.

juges tunisiens qui lui confient la garde. Les deux États intéressés sont *en désaccord* entre eux. La conviction selon laquelle le droit international privé serait du droit plutôt national astreint à dire : « *C'est normal, chaque État intéressé a son point de vue sur la compétence des autorités, le droit applicable, et sa vision de l'ordre public international* ». Qui a le droit subjectif de garde ? Qui a le droit de visite ? Où est-ce que les enfants doivent vivre ? Cette famille helvético-tunisienne évolue dans un état d'*anarchie internationale*¹⁴⁰. Les deux États, Tunisie et Suisse, du fait qu'ils font les choses à leur tête, au lieu d'entreprendre une démarche interétatique, privent ces êtres humains des bienfaits du *droit privé*.

Comment les choses se sont-elles passées ? Il y a eu une dizaine de procédures. Les contribuables suisses et tunisiens ont dépensé des sommes colossales. Le père a été extradé du Maroc vers la Suisse et y a purgé une peine de prison pour enlèvement. Les enfants sont restés en Tunisie, auprès des grands-parents paternels, et ils n'ont plus remis les pieds en Suisse. La mère, *persona non grata* en Tunisie, a dû cesser d'aller leur rendre visite. Constat du juge de Zurich¹⁴¹ : « *Les enfants sont en Tunisie sans leurs parents, leurs parents en Suisse sans les enfants* »¹⁴². On voit à quel point les deux décisions contraires se sont « *néantisées* » : car les enfants *de facto* n'ont été confiés ni à la mère ni au père. La mère, au comble du désespoir, *se suicide*. Issue tragique, mais pas rare, comme le prouve une série de documentaires sur les terribles conséquences des *désaccords entre États* sur le sort de ces enfants bi-nationaux¹⁴³.

140. Plusieurs cas *franco-allemands* semblables ont, vers la fin des années 90', fait l'objet d'échanges au plus haut niveau des deux États. Au cours d'une conférence de presse tenue le 1^{er} décembre 1998 à Potsdam par le Chancelier allemand, G. Schröder, le Président J. Chirac et son Premier ministre L. Jospin, J. Chirac a déclaré comme suit : « *Nous ne pouvons pas conserver une situation où de tels faits peuvent intervenir parce que là c'est la loi de la jungle, en tous les cas, ce n'est plus l'État de droit* ». Voici les remarques de L. Jospin : « (...) *les collaborateurs des deux ministres [de la justice : Élisabeth Guigou du côté français] vont se retrouver, avant Noël, pour examiner les dossiers en cours dans un esprit commun. Nous allons peut-être (...) proposer à des parlementaires français et allemands de faire une sorte de mission de médiation (...) Les deux pays envisagent (...) de s'engager à appliquer par anticipation ce que l'on appelle la convention de Bruxelles 2 (...). Le pas en avant de cette convention (...) est qu'il donnera désormais la compétence à un seul tribunal (...). On n'aura plus ce conflit de droits. On n'aura plus ces deux justices qui réagissent selon leurs critères, leurs habitudes ou leurs formes juridiques* ». Pour le texte de la conférence de presse, V. www.vie-publique.fr/discours/147596-conference-de-presse-de-m-jacques-chirac-president-de-la-republique-d. On sait qu'une certaine doctrine évoque la nature *anarchique* des relations internationales. Il semble bien que le droit international ait pour objectif de faire *progresser* les relations internationales *juridiques* et *régresser* les relations internationales *anarchiques*. S'ils demeurent irrésolus en droit, des conflits de compétence en matière *civile* – ces « *conflits de droits* » dénoncés par Lionel Jospin – traduisent des relations *interétatiques anarchiques* (chaque État dit : « *C'est à moi de régler cette affaire* »), ce qui entraîne des relations *interindividuelles anarchiques*, c'est-à-dire la « *loi de la jungle* » dénoncée par Jacques Chirac.

141. « *Die Beklagte ist ihrerseits faktisch daran gehindert, nach Tunesien zu reisen... das EDA der Beklagten seit 2013 empfiehlt, nicht mehr nach Tunesien zu gehen, weil ihre persönliche Sicherheit nicht mehr gewährleistet erscheint* » (Obergericht Zurich, 31 août 2016, LC150021, p. 48).

142. « *Die Kinder sind... ohne Eltern in Tunesien und die Eltern ohne Kinder in der Schweiz* » (Obergericht Zurich, 31 août 2016, LC150021, p. 48).

143. Pour un documentaire en anglais, V. « *Heartbroken Father's Heroic Quest To Be Reunited With Kidnapped Daughter* », où Alison Shalaby, de *Reunite international*, raconte qu'au cours des premières semaines de 2018, « *trois parents se sont déjà ôtés la vie* ». – Pour un documentaire en allemand, v. « *Wenn Eltern ihre Kinder entführen. Hallo Deutschland 13.10.2013* », sur le cas de Oliver Weilharther, pris dans l'étau d'un conflit entre l'Autriche, pays de sa mère, et le Danemark, pays de son père ; et le journaliste auteur du documentaire de se demander « *Wie kann es dazu kommen, dass die beiden Eltern in ihren Heimatländern das alleinige Sorgerecht zugesprochen* ».

La conviction que le droit international privé peut être du *droit interne* aboutit au *non-droit international privé* et va jusqu'à *détruire* les êtres humains. Apothéose de la *déshumanisation*.

63 – Si notre discipline relève d'un droit « *savant* », qualificatif qui désigne le concours attendu de la doctrine – à travers l'influence de ses idées – à la formation du droit international privé, c'est qu'une responsabilité *sociétale* nous incombe en tant qu'auteurs, en tant qu'« *influenceurs* » selon un mot à la mode. Si nous professons que chaque État peut « *poser* » son droit international privé, *positif* justement, et sous-entendons que c'est du « *droit* » à part entière, nous créons une ambiance intellectuelle qui n'incite pas les autorités des États « *co-intéressés* » à s'efforcer de se coordonner. Beaucoup de responsables législatifs ont tendance, pour ce qui est des relations privées à travers les frontières, à se laisser orienter par ce qu'ils lisent chez les auteurs. Même en droit, il est des croyances fallacieuses qui entraînent, outre le gaspillage d'argent public, beaucoup de détresse, et de décès.

Il y a quinze ans, j'étais attablé dans la cuisine de l'Institut suisse de droit comparé avec un chercheur égyptien, fils d'un membre du Gouvernement de ce pays, et je lui ai demandé pourquoi l'Égypte avait adhéré à si peu de Conventions visant les relations privées internationales. Sa réponse a été à peu près celle-ci : « *Pourquoi devrions-nous le faire ? Le droit international privé, c'est du droit national. Chaque État est libre d'avoir le sien : ses règles de conflit de juridictions, de conflit de lois, son ordre public. Allez voir les premières pages du Dicey & Morris* »¹⁴⁴. Une telle idée constitue sûrement un maillon de l'enchaînement de causes à effets qui a, par exemple, entraîné le drame de la famille helvético-égyptienne dont la mère, Jacqueline Kummer, suisse, n'a retrouvé sa fille, Kadisha, suisse et égyptienne, déplacée par son père vers l'Égypte, qu'au bout de *six ans*, après avoir dépensé 200 000 francs, et grâce en définitive aux échanges qu'elle a su provoquer entre le Président de la Confédération Berset et le Président égyptien Al-Sissi¹⁴⁵. Occultée par la théorie du droit international privé, la dimension *interétatique* de cette affaire est revenue *au plus haut niveau* des deux États co-intéressés mais quand le mal avait été fait. Heureusement que nous, les chercheurs, sommes à l'abri des demandes en responsabilité des victimes des croyances que nous répandons¹⁴⁶.

bekommen » ? ; pour un documentaire en français, v. « *Enlèvement parental : leur enfant a été kidnappé au Japon – Ça commence aujourd'hui* », 13 sept. 2019, sur les drames des enfants franco-japonais, et de leurs parents, résultant en substance de *conflits franco-japonais d'ordres publics*, qui ne sont que la conséquence de ce que, comme nous l'enseignons, « *chaque État a sa conception de l'ordre public international* ». Ces émissions, et des dizaines d'autres semblables, sont disponibles sur Youtube.

144. Selon M. Bogdan (*Private International Law as Component of the Law of the Forum : RCADI, 2011, t. 348, p. 34*), les premières pages de pratiquement tous les manuels disent la même chose : « *droit international privé ? droit international* » ; « *droit international privé = composante du droit du for* ». V. *supra*, note 5.

145. RTS (Radio-télévision Suisse romande), « *Jamais sans ma fille* », *Mise au point*, 16 oct. 2020 (disponible sur le site de la RTS).

146. Si nous avons le pouvoir d'*influencer* le développement du droit international privé, et que nous enseignons que le droit international privé est une *composante du droit du for*, que *chaque État a le sien*, que *c'est bien du droit*, force est de conclure que les conséquences que déploient sur la santé

64 – En revenant aux familles helvético-tunisiennes, pour leur épargner la situation d’anarchie signalée et les souffrances qu’elle peut engendrer, il faut que la Suisse et la Tunisie se coordonnent. C’est ce que ces pays ont fait depuis le 1^{er} décembre 2017¹⁴⁷ en adhérant à la Convention de La Haye de 1980 sur les enlèvements d’enfants¹⁴⁸ : *loi multiétatique*, qui est aussi *helvético-tunisienne*. Un tel instrument régit à la fois les relations entre *États et leurs autorités* (i), les relations internationales entre *personnes privées* (ii) et les relations internationales entre, d’une part, les *États et leurs autorités* et, d’autre part, leurs *personnes privées* (iii).

mentale, physique et financière des êtres humains et des collectivités les *conflits des lois de droit international privé* nous sont – à nous, représentants de cette doctrine – en partie imputables. R. David, *Le droit du commerce international – Réflexions d’un comparatiste sur le droit international privé* : Paris, 1987, p. 22, dit à propos de situations semblables qu’elles « *choque[nt] la raison et constitue[nt] une vergogne pour les juristes* », et va jusqu’à se demander si « *concernant les relations internationales, [les spécialistes] ont été à la hauteur de leur tâche* ». – A. Pellet, *Le droit international à la lumière de la pratique : l’introuvable théorie de la réalité* : RCADI, 2021, t. 414, p. 136, rappelle le « *cri de cœur* » du procureur américain au Tribunal de Nuremberg qui aurait écrit dans son journal intime : « *God save us from professors* », et écrit à son tour que certains « *juristes font penser aux Diafoirus, ces médecins qui, dans la pièce de Molière, Le malade imaginaire, préfèrent laisser le malade mourir selon les règles que le guérir malgré elles* ». Il y a lieu de penser que beaucoup de détresse humaine aurait été épargnée à d’innombrables *personnes privées* – et le gaspillage de bien des ressources *publiques* aurait été épargné aux *collectivités* – si la conscience avait été acquise plutôt de ce qu’un État ne peut pas tout seul régler *au sens du droit privé* des relations se déployant entre son territoire et le territoire d’un autre État, que tout ce qu’il peut, à lui tout seul, produire, c’est du *semi-droit international privé*, que la discordance entre *semi-droits internationaux privés* est susceptible de plonger dans l’anarchie les justiciables pris au piège de ces *conflits de lois de droit international privé*. L’incitation qu’en auraient tiré les « *décideurs* » d’un État A (à l’instar des présidents, chanceliers, Premiers ministres, parlementaires de France et d’Allemagne, évoqués, *supra*, note 140) à redoubler d’efforts pour poursuivre la coordination avec le plus grand nombre d’autres États et au profit du plus grand nombre de relations internationales privées et des particuliers qui y participent, aurait été beaucoup plus impérieuse. De même qu’aurait été beaucoup plus forte l’incitation qu’en auraient tiré les spécialistes à seconder les décideurs dans cette entreprise proposant de nouveaux outils, plus affinés, de coordination. L’empressement que manifestent les autorités de bien de pays à adhérer à des instruments interétatiques est faible : « *Pourquoi devrions-nous renoncer à notre propre conception de la justice du droit international privé ? Les spécialistes mêmes enseignent que c’est du droit national, que chaque État a son droit international privé, son ordre public, qu’il a notamment le loisir de le mettre en œuvre lorsque ses juges sont saisis* ». Les relations familiales entre les États *européens* et les États du *monde musulman* sont par exemple trop souvent source d’anarchie et de souffrances indescriptibles pour les enfants et les adultes impliqués. Si les « *savants* » que nous sommes commençons par mettre en garde les autorités de « *nos* » États (les professeurs *suisses* en s’adressant aux autorités *suisses*, les professeurs *égyptiens* aux autorités *égyptiennes*, etc.) en leur disant : « *Attention ! Tout ce que nous pouvons ici produire par nos dispositions, c’est du semi-droit* », le progrès du droit des relations privées internationales, et le progrès humain qui s’y attache, s’en trouverait sûrement *accélééré*. Car nos autorités sauraient d’autant moins se contenter d’un *semi-droit* que celui-ci peut vite basculer dans le *non-droit*. Nos enfants ne sont-ils en droit de réclamer de nos autorités le bénéfice d’un *droit véritable* ? Les affaires dont il est question marquent, en effet, la *violation* crasse par les États co-intéressés de leurs *obligations internationales* à l’égard de « *leurs* » enfants inscrites à la Convention des Nations Unies de 1989. Pour quelques idées visant à réduire la fréquence de telles violations, V. G.P. Romano, *Vers des tribunaux transnationaux pour les familles transnationales ? L’exemple de la responsabilité parentale* : *La Semaine judiciaire*, 2019, vol. 141, n° 9, p. 245-280.

147. Date d’entrée en vigueur de la Convention pour la Tunisie. La Suisse y est partie depuis 1984.

148. *Conv. La Haye, 25 oct. 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants*. – On est fondé à voir en ce traité la concrétisation d’une obligation contractée par la *totalité* des États membres des Nations Unies – à l’exception des États-Unis – moyennant l’adoption de la Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant de 1989 (*art. 11*).

(i) *Relations entre États et leurs autorités.* La Tunisie s'est engagée envers la Suisse à tenir les déplacements ou les rétentions dont il est question pour *illicites*. Les *autorités législatives tunisiennes* ont l'obligation de s'abstenir d'adopter des mesures qui remettraient en cause une telle illicéité. Le premier objectif qu'ont eu à l'esprit les Gouvernements et Parlements suisse et tunisien est *préventif*: *dissuader celle ou celui qui serait tenté de perpétrer un enlèvement de passer à l'acte*. Si l'enlèvement d'un enfant de Suisse vers la Tunisie devait avoir lieu pour de bon, se déclenchent d'autres obligations de la Tunisie : les *autorités centrales tunisiennes* doivent localiser l'enfant, favoriser son retour *volontaire*, plus rapide et moins coûteux qu'un retour *forcé* ; en cas d'échec de la procédure amiable, les *autorités judiciaires* tunisiennes doivent pouvoir être saisies et ordonner le retour et les *autorités d'exécution* tunisiennes veiller à la mise en œuvre de la décision qui le prescrit¹⁴⁹. D'autres droits et obligations réciproques entre autorités sont détaillés par la Convention. La Tunisie conserve cependant le *droit subjectif* envers la Suisse de ne pas ordonner le retour dans des circonstances exceptionnelles¹⁵⁰. Il se peut que, dans telle espèce particulière, les autorités tunisiennes pensent qu'elles ont le *droit* de ne pas ordonner le retour alors que les autorités suisses estiment que les autorités tunisiennes ont l'*obligation* d'ordonner le retour. De tels désaccords peuvent générer des complications diplomatiques. Les États-Unis ont, depuis l'affaire *Goldman*, envisagé, à l'égard des États qui ont tendance à se soustraire à leurs *obligations internationales* de restituer les enfants déplacés illicitement du territoire américain, une série de mesures de *rétorsion* : on menace de retirer les visas aux membres de la famille du parent enleveur¹⁵¹ ou de couper *l'aide au développement*. À la suite de plusieurs enlèvements d'enfants euro-japonais vers le Japon sans que le retour ne soit ordonné, le Parlement européen a récemment adopté une résolution comportant une protestation ferme¹⁵². Nous sommes « *en plein* » dans les relations entre États dans leur dimension, si on l'ose dire, la plus crue.

(ii) *Relations internationales entre personnes privées.* La « *Convention a pour objet... de faire respecter effectivement dans les autres États contractants les droits de garde et de visite existant dans un État contractant* »¹⁵³. Ce traité prescrit à l'un des États co-intéressés, ici la Tunisie, de reconnaître et prolonger sur son territoire le *droit subjectif de garde* qu'accorde l'État de la résidence de l'enfant, ici la Suisse. Il s'agit du droit de garde de la mère à l'encontre du père à ce que celui-ci s'abstienne de réaliser des actes pouvant l'entraver, mais aussi d'un droit de

149. *Conv. La Haye 1980, art. 7.*

150. *Conv. La Haye 1980, art. 13.*

151. *Public Law 113-150, Sean and David Goldman International Child Abduction Prevention and Return Act of 2014.*

152. *PE, rés., 8 juill. 2020 sur l'enlèvement parental international et national d'enfants de l'Union européenne au Japon, 2020/2621RSP.* L'un des considérants rappelle les échanges survenus au sommet des États concernés : « *le président français Emmanuel Macron, le Premier ministre italien Giuseppe Conte et la chancelière allemande Angela Merkel se sont entretenus avec le Premier ministre japonais Shinzo Abe au nom de parents français, italiens et allemands et... les ambassadeurs européens au Japon ont écrit une lettre commune au ministre de la justice du Japon...* ».

153. Selon la notion que retient la Convention (*Conv. La Haye 1980, art. 5*), le « *« droit de garde » comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence* ».

l'enfant à l'encontre du père à ne pas être « *déraciné* » unilatéralement du milieu où il vit. Un tel droit de garde, pour exister, doit pouvoir être exercé par leurs titulaires à la fois sur le territoire *suisse* et sur le territoire *tunisien*, et être opposable au père lorsqu'il se trouve *en Suisse* et lorsqu'il se trouve *en Tunisie*, et par conséquent, être opposable aux *autorités tunisiennes* comme aux *autorités suisses*. Il s'agit d'un *droit subjectif international*. La protection des droits subjectifs de l'enfant et de la mère a lieu d'abord moyennant imposition au père d'une obligation internationale de *s'abstenir* de déplacer l'enfant de Suisse vers la Tunisie, ou de l'y retenir, sans le consentement de la mère. Un déplacement de l'enfant vers la Tunisie – ou une rétention en Tunisie – violerait un tel droit international de garde. Si un enlèvement a lieu, se déclenche un couple de droits subjectifs et d'obligations *de remplacement* : la mère acquiert le droit subjectif international d'exiger du père qu'il assure le rapatriement de l'enfant en Suisse, au père incombe l'obligation internationale d'assurer un tel rapatriement. En cas de violation d'une telle obligation subsidiaire, la mère se voit reconnaître le droit subjectif international ultérieurement subsidiaire d'actionner le père devant la justice tunisienne.

(iii) *Relations internationales entre personnes privées et États*. En cas d'enlèvement, la mère a le droit subjectif international d'obtenir des autorités tunisiennes *judiciaires* une décision de retour, sauf circonstances exceptionnelles¹⁵⁴. Une fois prononcée une telle décision, si celle-ci n'est pas mise en œuvre volontairement par le père, la mère a le droit envers les autorités tunisiennes d'*exécution* d'obtenir leur concours à la mise en œuvre forcée de son droit subjectif international *au retour* désormais établi. La mère se voit de plus reconnaître le droit international d'obtenir l'*assistance judiciaire*¹⁵⁵. La Tunisie a accepté de contracter, à la charge de ses propres autorités et au profit de la mère, les obligations étatiques correspondantes¹⁵⁶.

65 – Instrument de droit international *privé* ou instrument de droit international *public* ? Les règles inscrites dans la Convention de 1980 sont du *droit international public* en ce qu'elles ont été faites ensemble par les États et créent des droits et obligations *entre les États* et *leurs autorités* dont la violation entraîne la responsabilité internationale de l'État qui la commet ; mais elles sont aussi du *droit international privé* en ce qu'elles régissent les relations multiterritoriales entre personnes privées en coopérant à la détermination et au respect de leurs

154. Sauf dans les circonstances détaillées à l'art. 13 (*Conv. La Haye 1980*).

155. *Conv. La Haye 1980, art. 25*.

156. Les cas sont de plus en plus nombreux où le parent « *abandonné* », estimant que ses droits d'obtenir la coopération des autorités de l'État-refuge ont été violés par celles-ci, a actionné cet État, membre du Conseil de l'Europe, devant la CEDH (pour une « *fiche thématique* » non-exhaustive, www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_fra.pdf). Et voilà que, de par leur droit de saisir une juridiction internationale, même les spécialistes du droit international *public* sont prêts à reconnaître que ces parents sont – exceptionnellement ajoutent-ils volontiers – des *sujets du droit international*. La relation internationale litigieuse oppose certes ici une personne privée et les autorités publiques d'un État. Mais le grief articulé par le requérant à l'endroit de l'État défendeur consiste à ne pas avoir contraint une *autre personne privée* à s'exécuter des obligations internationales *privées* qui lui incombaient, de ne pas enlever l'enfant et de le restituer. À l'origine de ce contentieux international « *public-privé* » réside un contentieux international « *privé-privé* » : enchevêtrement entre relations *privées* et relations entre *personnes privées et États* (*supra*, n° 12 et s.).

droits subjectifs internationaux et leurs *obligations internationales* réciproques ; elles sont enfin du *droit international public-privé* en ce qu'elles régissent les relations internationales entre un particulier co-intéressé et les autorités d'un État co-intéressé.

Qui sont les *sujets* des relations internationales visées, les *destinataires* de ces règles interétatiques, des *droits subjectifs* et *obligations* qu'elles créent ? À la fois les *États co-intéressés* – et leurs différentes *autorités* – et les *personnes privées co-intéressées*.

Des dizaines de milliers d'instruments appellent une analyse semblable.

D. – Échantillon de traités-lois : relations internationales entre États, entre personnes privées et entre États et personnes privées

66 – Les États qui les adoptent organisent tout à la fois des relations internationales « *publiques* » entre eux et leurs *autorités*, en fixant les droits et obligations *étatiques* réciproques ; des relations internationales de type « *public-privé* » entre, d'une part, leurs *personnes privées, physiques ou morales*, et, d'autre part, leurs *autorités publiques* ; des relations internationales de leurs personnes privées *entre elles* en fixant les droits et obligations *individuels* réciproques.

Les droits subjectifs que les particuliers retirent de tels instruments sont *privés* dans la mesure où ils supposent des *obligations individuelles* incombant à d'autres particuliers, et *publics*, dans la mesure où ils supposent des *obligations étatiques* incombant à des *autorités*. Surtout, de tels droits subjectifs des personnes privées sont *internationaux* en ce sens que leur titulaire peut s'en prévaloir sur une aire *bi- ou multiterritoriale* – l'assiette géographique de leur mise en œuvre est bi- ou multiterritoriale – et que, pour leur réalisation, ils doivent être opposables aux *autorités de deux ou plusieurs États* dont ils supposent la coordination ; selon les cas, de tels droits subjectifs supposent également la coopération d'une *personne privée* qui consiste en une série de conduites devant intervenir sur les territoires de deux ou plusieurs États.

Il sera dans ce qui suit question d'un échantillon de ces instruments de droit interétatique.

1° Traités sur la liberté du commerce et le libre-échange des marchandises

67 – « *La croyance dans les vertus du commerce international est à l'origine du droit international moderne* »¹⁵⁷. Les traités sur la liberté de commerce entre communautés humaines indépendantes ont fleuri avant la Paix de Westphalie. Il s'agit, depuis celle-ci, d'« *actes d'État à État stipulant des droits en faveur de leurs nationaux* », et particulièrement « *le droit des marchands de venir et de séjourner dans le pays et d'y amener leurs marchandises* » : « *formule [qui] constituera jusqu'à nos jours la base fondamentale de toutes les conventions commerciales* »¹⁵⁸. À l'origine du « *droit international moderne* » résiderait la volonté des autorités des États d'accorder à leurs « *marchands* » des *droits subjectifs* destinés à être exercés

157. Nguyen Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public* : 7^e éd., Paris, 2002, p. 1112.

158. B. Nolde, *Droit et technique des traités de commerce* : RCADI, 1924, t. 4.

bi- ou multi-territorialement. Le « *droit international moderne* » serait né précisément pour conférer des droits subjectifs aux *opérateurs privés* alors pourtant que la théorie dominante enseigne le contraire.

68 – La Suisse et l'Union européenne ont signé un accord de « *libre échange* », en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1973¹⁵⁹. Celui-ci organise les relations entre les *États* en tant qu'*ensembles d'autorités*. La Suisse s'engage à ne pas taxer les voitures ou les mozzarellas provenant d'Italie et l'Italie s'engage à ne pas taxer des montres ou les gruyères provenant de Suisse. Plus précisément, les autorités législatives suisses ont contracté l'obligation internationale de s'abstenir d'adopter des lois introduisant des impôts sur les voitures italiennes, les autorités législatives italiennes l'obligation de ne pas faire des lois qui diraient à l'ensemble des entreprises suisses qui exportent du gruyère et des entreprises italiennes qui l'importent : « *vous avez le droit d'en exporter respectivement importer 100 tonnes en une année ; une fois ce quota atteint, tout contrat italo-suisse supplémentaire de ce type sera interdit* ».

Une telle loi « *multinationale* » favorise la multiplication des relations helvético-européennes entre *personnes privées*. Quand on parle du « *commerce extérieur de la Suisse* » – on se permettra d'y insister – ce n'est pas la Suisse en tant qu'appareil étatique qui fabrique et exporte, mais la Suisse en tant qu'ensemble de *personnes privées*. Ce n'est pas le Conseil fédéral qui produit des montres mais Chopard et Omega. Dans les expressions fréquentes : « *les relations commerciales entre la Suisse et l'Union européenne se portent au mieux* », le terme « Suisse » désigne aussi et surtout les opérateurs privés. Le traité en question permet donc aux entreprises, suisses et italiennes, d'« *échanger librement* » : un acheteur suisse a le droit subjectif international d'acheter d'un vendeur italien autant de mozzarella qu'il le veut, celui-ci le droit de lui en vendre autant qu'il le veut. De telles conventions visent à *augmenter les échanges helvético-européens*, le nombre et le volume des *contrats helvético-européens de vente de marchandises*.

L'accord en question organise à cet effet des relations internationales de type « *public-privé* ». Les autorités douanières suisses sont obligées de permettre à l'exportateur italien de faire transiter la marchandise en s'abstenant de la taxer à l'entrée du territoire. L'exportateur italien a le droit envers les autorités suisses à ce qu'elles s'abstiennent d'empêcher la marchandise de circuler sur le territoire suisse.

Grâce à ce traité, les résidents suisses ont le droit, à un prix raisonnable, d'acheter à la Migros ou à la Coop des *produits italiens*, ce qui augmente leur liberté personnelle. Selon le mot d'un ami valaisan, « *s'il n'y avait pas ce genre de traités, en Suisse, on ne mangerait que des pommes de terre !* ».

2° *Traités sur la liberté de circulation, d'établissement et de prestation de services*

69 – Les êtres humains depuis toujours souhaitent aussi avoir la liberté de circuler *eux-mêmes*. Des centaines de traités d'amitié, d'établissement et

159. *Accord entre la Confédération suisse et la Communauté économique européenne, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} janvier 1973.*

consulaires accordent aux ressortissants d'un État contractant des droits subjectifs de circulation, séjour et établissement sur le territoire d'un autre État contractant.

Nous avons évoqué l'accord sur la liberté de circulation entre la Suisse et l'Union européenne¹⁶⁰. Celui-ci organise d'abord les relations *entre États et leurs autorités*. Les autorités législatives suisses s'obligent envers les autorités italiennes à s'abstenir de faire des lois empêchant les ressortissants italiens de séjourner sur le territoire suisse ou d'y être recrutés par des entreprises suisses. Les autorités italiennes s'astreignent aux abstentions correspondantes.

Comme le démontrent de tels exemples, ces accords interviennent aussi dans les relations internationales de type « *public-privé* ». Ce sont les personnes privées – comme moi-même : ressortissant italien – qui se voient attribuer le droit subjectif de *s'établir* en Suisse et d'être recrutés par des entreprises ou des personnes de droit public suisses. Le droit subjectif d'un ressortissant italien de circuler en Suisse est opposable aux autorités fédérales de douane qui doivent s'abstenir de l'empêcher d'entrer et aux autorités cantonales de police qui doivent s'abstenir de le raccompagner à la frontière. Si nos personnages trouvent un travail auprès d'une entreprise à Genève, ils ont le droit d'obtenir des autorités genevoises un *permis d'établissement*.

Le traité dont il est question aboutit à *multiplier les relations internationales entre personnes privées*. Un touriste résidant en Italie qui séjourne en Suisse engage une série de *relations interindividuelles* avec des résidents suisses : il est obligé de s'abstenir de leur nuire sur les routes suisses comme sur les pistes suisses de ski (« *neminem laedere* ») ; il conclut une série de contrats internationaux italo-suisse : bail de courte durée passé sur AirBnB, contrat international de restauration, etc. Si les entreprises suisses ont le droit de recruter les ressortissants italiens et ceux-ci le droit de se faire recruter par celles-là, c'est que ces personnes privées ont le droit de conclure entre elles un *contrat italo-suisse de travail*. Un avocat de Paris a le droit d'offrir ses services à une société suisse, celle-ci le droit de mandater celui-là : *contrat franco-suisse de mandat*.

3° Conventions sur la double imposition

70 – Il en existe plus de 4 000. La Suisse en a conclu une centaine. Prenons la Convention avec l'Italie de 1976¹⁶¹ : les États contractants « *reconnais[s]ent que la conclusion d'une Convention dans ce domaine contribue à stimuler le développement ordonné des relations économiques entre les deux pays dans le contexte d'une coopération plus poussée* ».

La Suisse et l'Italie ont entendu régler l'exercice de la *compétence fiscale*. La Suisse a acquis le *droit subjectif international*, opposable à l'Italie, de taxer, du fait de ma résidence suisse, mes revenus professionnels, y compris ceux qui viennent d'Italie. L'Italie a l'*obligation internationale* à l'encontre de la Suisse de s'abstenir

160. *Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, 21 juin 1999, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002.*

161. *Convention entre la Confédération suisse et la République italienne en vue d'éviter les doubles impositions, 9 mars 1976.*

de prétendre taxer ces revenus. L'Italie a le droit subjectif international de taxer mes revenus *locatifs* d'un immeuble à Milan, la Suisse l'obligation de s'abstenir de les taxer¹⁶². Les autorités compétentes ont des droits et obligations étatiques réciproques quant à l'échange de renseignements.

En réglant les relations internationales entre leurs autorités, les deux États ont entendu régler aussi les relations internationales entre leurs ressortissants et résidents, d'une part, et leurs autorités, d'autre part. L'article 1 énonce que la Convention « *s'applique aux personnes qui sont des résidents d'un État contractant ou de chacun des deux États* ». Les premiers « *bénéficiaires* » de la Convention sont des personnes privées. Comme Thomas Kadner a le droit subjectif intercantonal opposable à l'administration fiscale des États de Genève et Lucerne de ne pas être taxé deux fois – droit subjectif dont la source est le droit fédéral¹⁶³ –, de même j'ai le droit subjectif international, dont la source est le droit helvético-italien résultant de ce traité de 1976, de ne pas être taxé à la fois par l'Italie et par la Suisse. J'ai le droit subjectif d'exiger que l'« *Agenzia delle entrate* » s'abstienne de taxer mes revenus professionnels provenant d'Italie et l'obligation de verser en Suisse les impôts car la Suisse a le droit subjectif qui m'est aussi opposable de me taxer à ce sujet. J'ai le droit subjectif de prétendre que l'Administration fiscale suisse s'abstienne de taxer les revenus locatifs italiens car j'ai l'obligation de verser l'impôt sur de tels revenus à l'Administration fiscale italienne.

Le but d'une telle convention est de stimuler les relations internationales entre *personnes privées*. Si le fait d'accepter un mandat d'un cabinet italien entraîne que mon honoraire sera taxé à la fois *en Italie et en Suisse*, je ne l'accepterais pas, et cette relation professionnelle internationale ne se nouerait pas.

4° *Accords sur la sécurité sociale*

71 – La liberté internationale d'établissement et de prestation d'un travail serait compromise si les personnes qui souhaitent les exercer étaient soumises aux législations de deux États et devaient payer des cotisations de *sécurité sociale* auprès de leurs organismes respectifs, ou qu'en cas de déménagement, elles perdaient des expectatives de droit déjà accumulées. La Suisse a conclu des conventions de sécurité sociale avec une cinquantaine d'États, tout en acceptant, dans les rapports avec l'Union européenne, depuis le 1^{er} avril 2012, d'être liée par le règlement sur la « *coordination des systèmes de la sécurité sociale* »¹⁶⁴. Cet instrument fixe « *des règles communes pour protéger les droits en matière de sécurité sociale des personnes se déplaçant dans l'UE ainsi que... en Suisse* »¹⁶⁵. Le règlement couvre « *toutes les branches classiques de la sécurité sociale* » : des droits aux

162. *Convention entre la Confédération suisse et la République italienne en vue d'éviter les doubles impositions, 9 mars 1976, art. 6 al. 1.*

163. *Supra*, n° 12.

164. Les dispositions du *PE et Cons. CE, règl. (CE) n° 883/2004, 29 avr. 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : JOCE n° L 166, 30 avr. 2004, p. 1 et de son règlement d'application PE et Cons. CE, règl. (CE) n° 987/2009, 16 sept. 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale : JOCE n° L 284, 30 oct. 2009, p. 1*, s'appliquent à partir du 1^{er} avril 2012.

165. Ainsi la synthèse fournie par <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10521>.

prestations de maladie, vieillesse, invalidité, etc.¹⁶⁶ Les « *bénéficiaires* » sont les employés, indépendants, fonctionnaires, étudiants, les retraités et les personnes sans emploi.

Les États ont entendu d'abord régler les *relations internationales entre leurs autorités et institutions de sécurité sociale*. Ils se coordonnent en répartissant la « *compétence* » à soumettre la personne qui travaille par exemple dans deux États à leurs règles sur la sécurité sociale¹⁶⁷. Si une ressortissante française ayant travaillé au Crédit Agricole de Lyon pendant dix ans se voit offrir un poste de directrice à Genève, la Suisse aura le *droit subjectif* envers la France de la soumettre à sa propre législation, la France s'étant *obligée* de s'abstenir de continuer à la soumettre à la sienne. La Suisse et la France, leurs autorités et institutions, ont l'obligation de se fournir une « *entraide administrative* »¹⁶⁸. S'il s'avère qu'un ressortissant italien a touché une prestation en Suisse à laquelle il n'avait pas droit et que l'Office cantonal suisse décide qu'il doit la restituer et qu'une telle décision administrative devient exécutoire, ou qu'elle est confirmée par une décision du Tribunal des assurances sociales, les autorités italiennes seront obligées à la mettre en exécution sur sol italien : principe de la *reconnaissance mutuelle* en matière de sécurité sociale¹⁶⁹.

Ce texte organise les relations internationales entre les personnes privées, d'une part, les États et leurs institutions de sécurité sociale, d'autre part. Les « *bénéficiaires* »¹⁷⁰ sont « *tous les ressortissants de l'UE (et leur famille) qui sont couverts par la législation de sécurité sociale d'un pays de l'UE* » ; ce sont eux qui, justement, « *peuvent bénéficier de ces règles de coordination* »¹⁷¹... Le centre d'information AVS et AI énonce qu'« *une convention bilatérale de sécurité sociale détermine les droits et les obligations d'un ressortissant d'un État partie à la convention en ce qui concerne la sécurité sociale de l'autre État* »¹⁷². Notre directrice de banque a le droit subjectif opposable aux autorités françaises d'être exonérée des cotisations à la sécurité sociale en France et le droit d'exiger que ses précédentes périodes d'assurance dans d'autres pays soient prises en considération lors du calcul de prestations auxquelles elle peut prétendre. Elle a au demeurant le droit subjectif international d'obtenir les allocations familiales alors même que les membres de sa famille résident en France¹⁷³.

166. Règl. (CE) n° 883/2004, art. 3.

167. Règl. (CE) n° 883/2004, art. 11 al. 1 : « *Les personnes auxquelles le présent règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre* ».

168. Règl. (CE) n° 883/2004, art. 76. – V. Décision A1, 12 juin 2009 concernant l'établissement d'une procédure de dialogue et de conciliation relative à la validité des documents, à la détermination de la législation applicable et au service des prestations au titre du règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil : JOCE n° C 106, 24 avr. 2010, p. 1.

169. Règl. (CE) n° 883/2004, art. 84 : « *Recouvrement de cotisation et répétition des prestations* ».

170. Synthèse fournie sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10521>.

171. Synthèse fournie sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ac10521>.

172. Centre d'informations AVS/AI, <https://www.abv-iv.ch/pl890.f>

173. Règl. (CE) n° 883/2004, art. 67.

5° Convention de Lugano

72 – Les traités de libre-échange et de libre circulation des personnes ne parviendraient pas à leur but si les personnes privées avaient, en exerçant de telles libertés, des difficultés à connaître et faire valoir leurs droits réciproques résultant de la loi civile. Si je suis titulaire d'une entreprise italienne de pièces détachées, que le fait de les vendre aux entreprises suisses me vaut une augmentation significative du risque de contentieux, et que celui-ci peut générer deux procédures dans les deux pays et déboucher sur un *conflit italo-suisse de décisions* – la décision italienne me dit « *Ton contractant te doit de l'argent* », mais la décision suisse me dit : « *Non, il ne te le doit pas* » – je peux hésiter à m'engager dans des opérations pouvant entraîner une telle insécurité juridique.

La Convention de Lugano¹⁷⁴ organise d'abord les relations *entre États contractants* en distribuant la *compétence judiciaire* « *dans l'ordre international* », comme l'évoque le préambule, et prescrivant la *reconnaissance* mutuelle de leurs décisions. Dans telle catégorie de situations, c'est la Suisse qui a le *droit de juger*, et l'Italie l'*obligation de s'abstenir de juger*. Dans telle autre catégorie, c'est l'Italie qui a le *droit de juger* et la Suisse l'*obligation de s'en abstenir*. En cas de saisine *parallèle*, c'est le juge premier saisi, et l'État contractant dont il est l'organe, qui a le droit de statuer sur sa propre compétence, et le juge saisi en deuxième lieu l'obligation de surseoir à statuer. La Suisse s'oblige envers l'Italie à reconnaître et mettre à exécution sur le territoire suisse les décisions de justice émanant d'Italie, et l'Italie s'oblige envers la Suisse à reconnaître et mettre à exécution sur le territoire italien les décisions émanant de Suisse.

Ces relations interétatiques sont asservies à l'organisation des relations entre *personnes privées* et *autorités étatiques*. Si l'entreprise suisse a saisi le juge suisse du lieu d'exécution à l'encontre de l'entreprise italienne, l'entreprise suisse a le *droit subjectif* envers le juge suisse à ce qu'il statue sur le fond – droit d'action *auprès de ce juge-là* – et le *droit subjectif* envers le juge italien à ce qu'il *s'abstienne de statuer* sur le fond d'une « *contre-action* » que l'entreprise italienne serait tentée d'engager en Italie. Si elle obtient une décision suisse qui condamne l'entreprise italienne à lui verser des dommages-intérêts, l'entreprise suisse a le droit à ce que les autorités italiennes accordent l'*exequatur* puis coopèrent à la mise en œuvre « *forcée* » de la décision suisse : relation internationale de type « *public-privé* ».

Le but ultime est de faire régresser les désaccords entre les États contractants au sujet des droits et obligations résultant pour les personnes privées de relations helvético-européennes. Un résident suisse qui achète par correspondance un cosmétique venant de France a le droit envers le vendeur français de voir un éventuel contentieux réglé en Suisse et le droit de prétendre de la société française qu'elle s'exécute de la décision suisse sur le territoire français. La société française saura que les autorités françaises et suisses s'accordent pour prêter leur concours à la mise en œuvre des obligations qui lui incombent d'après les règles de droit que retiendrait un juge suisse. Si bien qu'elle n'attendra le plus souvent

174. *Conv. Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, 30 oct. 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (*Conv. Lugano II*).

pas d'être assignée en justice, mais orientera spontanément sa conduite selon ce que dirait le juge suisse s'il était saisi.

Il est vrai que la Convention de Lugano ne comporte pas des règles sur le droit applicable. Il convient de se tourner vers deux instruments des Nations Unies.

6° Deux Conventions des Nations Unies

73 – La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale des marchandises conclue en 1980 régirait, selon des statistiques récentes, 80 % du commerce mondial¹⁷⁵. C'est là du droit qui est tout aussi *parfaitement international* – l'ONU n'est-elle pas au cœur de l'ordre international ? – qu'il est *parfaitement privé*. Un tel instrument désavoue de manière particulièrement éclatante la conviction répandue que le domaine du *droit privé*, c'est du ressort du *droit interne*, car les individus évolueraient dans l'*ordre interne*¹⁷⁶. Et il désavoue de manière non moins éclatante la conviction que le droit international, en ce qu'il attribue des droits et des obligations *aux États*, n'attribuerait pas des droits et des obligations également *aux personnes privées*, si ce n'est de manière exceptionnelle. Comment le 80 % du commerce mondial peut-il évoluer... dans une *exception* ? En parcourant le début du texte, on y constate immédiatement les *deux séries de destinataires* qu'il se donne, appelés « *États-parties* » et « *parties* » tout court, autrement dit les *contractants-États* et les *contractants-personnes privées*¹⁷⁷.

En se situant à la fois et tout naturellement sur le plan *interétatique* et sur le plan *interindividuel*, le préambule évoque le « *nouvel ordre économique international* », et les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies visant à le promouvoir, l'« *égalité* », les « *avantages mutuels* » et les « *relations amicales entre États* ». L'objectif qu'ont poursuivi les négociateurs est de proposer un instrument de droit matériel multi-national aux personnes privées engagées dans le commerce international : un droit « *neutre* » concourant « *à l'élimination des obstacles juridiques aux échanges internationaux* » et prévenant le *conflit entre les lois de leurs pays* en matière contractuelle.

Les États participants ont entendu régler d'abord les relations internationales entre *eux et leurs autorités*. Prenons les contrats internationaux de vente entre contractants établis en Suisse et contractants établis en Chine. La Chine s'est obligée à ne pas tenir le Code civil chinois¹⁷⁸ – et la Suisse s'est obligée à ne pas

175. F. Ferrari, *Forum Shopping Despite Unification of Law* : RCADI, 2021, t. 413, p. 52.

176. *Supra*, n° 40.

177. Régissant la catégorie des *relations internationales* sûrement la plus fournie, cette convention est pourtant plutôt négligée à la fois par la théorie du droit international *public* – sans doute car les « *vendeurs* » et « *acheteurs* », justement « *parties tout court* », y occupent une place plus centrale encore que les « *États-parties* » – et par la théorie du droit international *privé*, qui a l'habitude de considérer les choses de manière contentieuse au départ d'un « *for* » et, pendant longtemps, a réduit la discipline à la « *théorie des conflits de lois* ». Ce qui « *ne rentre pas dans les cases* » de notre construction intellectuelle, nous ne l'y intégrons pas : c'est notre grand défaut de chercheurs (V. en dernier lieu, A. Pellet, *Le droit international à la lumière de la pratique : l'introuvable théorie de la réalité* : RCADI, 2021, t. 414, p. 136). Seulement, la théorie qui ne reflète pas une tranche de la réalité qu'il aurait, en raison de son importance, fallu « *observer* » (*theôrein*), et dont il aurait fallu rendre compte en l'édifiant, risque de perdre en crédibilité.

178. Pour ce qui est des contrats conclus après son entrée en vigueur, intervenue le 1^{er} janvier 2021.

tenir le Code suisse des obligations – pour applicables à ces contrats helvético-chinois.

Le règlement des relations *interétatiques* est asservi au règlement des relations internationales entre *particuliers*. L'objectif ultime que se donne ce grand traité est de favoriser le « *développement du commerce international* » pratiqué par des personnes privées relevant des États contractants. La Convention comporte des règles multinationales sur les *droits subjectifs* et les *obligations* de l'acheteur et du vendeur. Leur structure et langage ne diffèrent guère d'un code national. Il s'agit cependant de droits subjectifs *internationaux* et des obligations *internationales* car le flux des marchandises et le flux financier en sens contraire interviennent entre les territoires de deux États et, en tout cas, entre deux parties établies sur les territoires de deux États¹⁷⁹. Le vendeur peut invoquer les droits subjectifs résultant du traité à la fois sur le *territoire chinois* et sur le *territoire suisse* et à l'encontre des *autorités chinoises* et des *autorités suisses*.

Pour ce faire, les relations internationales entre *personnes privées d'un État* et *autorités de l'autre État* sont aussi prises en charge. Une entreprise suisse a le droit subjectif de prétendre que les autorités chinoises judiciaires s'abstiennent de soumettre un tel contrat sino-helvétique au droit chinois et qu'elles définissent les droits et obligations internationaux des contractants sur le fondement de la Convention.

74 – La Convention des Nations Unies de 1958 sur la reconnaissance des sentences arbitrales est un texte presque *universel*. En célébrant le quarantième anniversaire de celui-ci, Kofi Annan a prononcé une allocution célébrant du même coup le « *triomphe du droit international* »¹⁸⁰. L'objectif que poursuivent les États est de favoriser le commerce entre les nations. Reprenons les contrats entre sociétés établies en Suisse et sociétés établies en Chine. Il arrive assez souvent qu'aucun contractant, en cas de difficultés, ne souhaite devoir plaider devant les juges du pays de l'autre¹⁸¹.

Ce texte organise les relations internationales *entre États* car la Suisse et la Chine se sont engagées à reconnaître et donner effet aux clauses arbitrales insérées dans ces contrats sino-helvétiques. La Chine s'est obligée envers la Suisse à ne pas exercer, moyennant ses autorités judiciaires, le *droit de juger* les litiges résultant de tels contrats, la Suisse s'est obligée à ne pas exercer, moyennant ses autorités judiciaires, le *droit de juger* ces mêmes litiges. Si le tribunal arbitral prononce une décision en Angleterre – où les contractants ont fixé son siège –, la Chine s'est obligée envers la Suisse à la reconnaître et mettre à exécution sur le territoire chinois, la Suisse s'est obligée envers la Chine à la reconnaître et mettre à exécution sur le territoire suisse.

179. *Conv. Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Vienne, 11 avr. 1980, art. 1.

180. « *Vous vous êtes réunis pour réaffirmer l'attachement de la communauté internationale à la Convention de New York, mais aussi au droit international, l'un des grands piliers de la mission mondiale des Nations Unies* ».

181. E. Gaillard, *L'apport de la pensée juridique française à l'arbitrage international* : JDI 2017, var. 2, p. 529, spéc. p. 530.

Mais cet instrument se situe aussi sur le plan des relations internationales *entre personnes privées*. Les deux contractants se voient reconnaître par les deux États le *droit subjectif international* de convenir d'une clause arbitrale soumettant leurs controverses à des arbitres de leur choix. S'ils en décident ainsi, ils acquièrent l'*obligation réciproque* de s'abstenir de saisir le juge de leur pays. Comme le disait Pierre Lalive, le premier objectif d'une clause arbitrale consiste à *prévenir les litiges entre les parties*, en supprimant des incitations à la course vers le for. La Convention décourage la mauvaise foi, d'autant que la clause arbitrale est souvent assortie d'une clause de *médiation* incitant d'abord les parties à régler leur différend à l'amiable. Si une procédure arbitrale devait avoir lieu, une fois la sentence émise, du fait que les autorités suisses et chinoises se sont engagées à prêter leur appui à sa mise en œuvre, il y a de fortes chances que la sentence consacre, dans la sphère des personnes privées, des droits subjectifs et obligations internationaux *dignes de ce nom*.

Pour qu'il en soit ainsi, la relation entre une *personne privée relevant d'un État et les autorités de l'autre État* doit bien évidemment aussi être réglée. Le contractant suisse a le droit de prétendre que le juge chinois, s'il est saisi par le contractant chinois, se dessaisisse de l'affaire. Le contractant chinois qui détient une sentence qui lui est favorable a le droit envers l'autorité suisse d'*exequatur* d'exiger qu'elle la reconnaisse sur le territoire helvétique et envers l'autorité suisse d'exécution d'exiger qu'elle l'y exécute.

7° Instruments sur la protection internationale des droits d'auteur

75 – La protection internationale de la propriété intellectuelle revêt une importance capitale pour la bonne marche des relations internationales. Déjà citée, la Convention de Berne compte 176 pays adhérents¹⁸². Le Préambule se situe une fois de plus sur le double plan, interétatique et interindividuel : « *les pays de l'Union [sont] également animés du désir de protéger d'une manière aussi efficace et aussi uniforme que possible les droits des auteurs...* ». Les États créent une « *Union* » pour reconnaître et protéger les droits subjectifs de leurs auteurs – personnes privées le plus souvent, parfois de droit public, tel un centre universitaire – dans l'espace formé par l'« *union* » de leurs territoires. Un droit subjectif de propriété *intellectuelle* est un droit que le titulaire détient *erga omnes*, opposable « *au monde entier* », en anglais : « *against the whole world* ». Un tel droit suppose l'*obligation* de toute personne de s'abstenir de réaliser des actes contrevenant à l'exclusivité qu'il assure.

Prenons le livre « *A Promised Land* ». Même en l'absence d'un instrument interétatique, les États-Unis ont certes le droit « *souverain* » de protéger les droits de Barack Obama sur le *territoire américain*. Mais les autorités américaines sont à elles seules impuissantes à créer au profit de Barack Obama un droit vraiment *erga omnes*, à l'encontre de *toute personne du monde*. Ils ont besoin de la *coopération* des autres États pour qu'un tel droit subjectif soit opposable aux êtres

182. *Supra*, n° 31 : *Conv. Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques révisée à Paris, 24 juill. 1971, entrée en vigueur pour la Suisse le 25 sept. 1993.*

humains opérant sur *leurs territoires à eux*¹⁸³. À défaut d'une telle coopération, les autorités américaines sont dans l'impossibilité de protéger les droits de Barack Obama à l'encontre des atteintes pouvant être apportées, par exemple, sur le territoire *suisse* par des résidents *suisses*.

On comprend que la Convention – c'est son but *intermédiaire* – organise d'abord les relations *entre États et leurs autorités*. La Suisse s'est obligée envers les États-Unis à reconnaître, en la prolongeant sur le territoire suisse, l'existence des droits de propriété intellectuelle « *américaine* », par exemple les droits des auteurs américains de livres publiés aux États-Unis. Aussi la Suisse s'est-elle engagée envers les États-Unis à s'abstenir d'attribuer de tels droits à d'autres personnes. De leur côté, les États-Unis se sont obligés envers la Suisse à reconnaître, en les prolongeant sur le territoire américain, les droits des auteurs suisses sur des livres publiés en Suisse.

Ce traité vise également – c'est sa finalité ultime – les relations internationales entre *personnes privées*. Barack Obama détient le *droit subjectif* de revendiquer également sur le territoire suisse son droit d'auteur né aux États-Unis ; autrement dit, il détient le droit subjectif envers tout particulier résidant en Suisse de s'opposer à la reproduction de son livre sur le territoire suisse. J'ai envers Barack Obama l'obligation correspondante de m'abstenir d'un tel acte. Andrea Bonomi ou Marc Voltenauer, lorsqu'ils publient un livre auprès d'éditions helvétiques, acquièrent le droit subjectif d'empêcher l'exploitation de leur œuvre non seulement sur le territoire suisse et à l'encontre de résidents suisses, mais également sur les territoires des autres 175 États contractants du fait de leurs résidents.

Pour que Barack Obama ait un droit opposable aux *personnes privées suisses*, il faut qu'il ait un droit opposable aux *autorités suisses*. La Convention lui accorde le droit subjectif international d'être admis « *devant les tribunaux des pays de l'Union à exercer des poursuites contre les contrefacteurs* », le droit d'obtenir la « *saisie* » des « *œuvres contrefaites* », etc.¹⁸⁴

8° Protection et promotion des investissements

76 – Trois mille traités bilatéraux sur « *la promotion et la protection réciproque des investissements* » ont vu le jour au cours des dernières décennies. La tendance est répandue à apprécier ce pan du droit international sous l'angle de l'*arbitrage* auquel peut donner lieu une opération d'investissement. Cette perspective *contentieuse* n'est pas vraiment conforme aux attentes premières des personnes qui investissent¹⁸⁵, et des personnes qui « *reçoivent* » l'investissement, souvent des collectivités publiques. Une entreprise suisse souhaitant acheter des actions détenues par un ressortissant de Géorgie dans une société de Géorgie se résoudrait probablement à ne pas conclure un tel contrat international d'*acquisition* si elle savait qu'il y a de fortes chances qu'une telle opération

183. S. Mpazi, *Intellectual Property: Cross-Border Recognition of Rights and National Development: RCADI*, 2015, t. 372, p. 333 et s.

184. V. p. ex. *Conv. Berne*, art. 15 et art. 16.

185. Selon la définition de l'« *investisseur* » fournie par les traités : V. art. 1 « *Définitions* ».

l'entraînera devant un tribunal, même arbitral. Le premier objectif que poursuivent les États contractants consiste à fixer les droits subjectifs internationaux et les obligations correspondantes des *sujets de droit concernés* : personnes privées, autorités des États, autres personnes de droit public.

Prenons précisément l'Accord entre la Suisse et la Géorgie¹⁸⁶. Les autorités helvétiques se sont engagées à ne pas adopter des lois pouvant diminuer la valeur des investissements consentis sur le territoire suisse par des personnes privées de Géorgie, tout en préservant le « *droit de légiférer* », et d'adopter certaines mesures, dans l'intérêt public¹⁸⁷. Les autorités géorgiennes ont contracté les obligations réciproques. Des dispositions concernent les différends entre la Suisse et la Géorgie au sujet de l'interprétation de l'Accord¹⁸⁸.

Celui-ci vise aussi et surtout les relations internationales entre personnes privées d'un État contractant et les autorités de l'autre. Un investisseur suisse se voit attribuer une série de droits internationaux auxquels correspondent des obligations – *positives et négatives* – des autorités de Géorgie. Inversement : les autorités de l'État-hôte ont des droits *opposables* aux investisseurs, qui sont obligés d'en tolérer l'exercice. Les autorités géorgiennes sont obligées de traiter avec diligence les demandes de permis formées par l'investisseur¹⁸⁹ ; celui-ci a le droit à voir son propre dossier traité avec diligence. Les autorités de l'État-hôte ont l'obligation de s'abstenir de prendre des mesures entravant la « *gestion, l'entretien, l'utilisation... l'accroissement ou l'aliénation* » de l'investissement, de manière à satisfaire le droit subjectif de l'investisseur au respect de l'intégrité de celui-ci¹⁹⁰. Les autorités géorgiennes ont le droit d'exproprier l'investissement en certaines circonstances, auquel cas l'investisseur a le droit de recevoir une indemnité équivalente à la valeur marchande¹⁹¹. Les autorités de l'État-hôte ont l'obligation de ne pas entraver le « *libre transfert* » des profits, l'investisseur le droit de les rapatrier¹⁹². L'investisseur se voit aussi accorder un droit international d'*option* quant au tribunal devant lequel il pourra exercer son droit international d'*action* : tribunal international arbitral ou tribunal judiciaire de Géorgie. Si l'investisseur opte pour un tribunal arbitral, l'État-hôte s'oblige à se soumettre à la compétence arbitrale et à s'abstenir d'exercer le *droit de juger* par ses propres autorités. Un tel mécanisme aspire à motiver l'État-hôte à ne pas violer ses propres obligations en escomptant la bienveillance de ses tribunaux. La majorité de ces traités n'ont donné lieu à aucune procédure arbitrale.

Ces accords multiplient les relations internationales entre *personnes privées*. Un « *investissement* » peut se traduire par une vente entre *particuliers* : une entreprise suisse achète des parts d'actions d'une société géorgienne. Établie sur le territoire géorgien, la société suisse, ou sa succursale, commencera par embaucher des

186. *Accord entre la Confédération suisse et la Géorgie concernant la promotion et la protection réciproque des investissements entré en vigueur par échange de notes le 17 avril 2015 (Accord Conf. Suisse et Géorgie)*.

187. *Accord Conf. Suisse et Géorgie, art. 9 « Droit de réglementer »*.

188. *Accord Conf. Suisse et Géorgie, art. 11 : « Différends entre les Parties contractantes »*.

189. Par ex. *Accord Conf. Suisse et Géorgie, art. 4 al. 2*.

190. *Accord Conf. Suisse et Géorgie, art. 4 « Protection, traitement »*.

191. *Accord Conf. Suisse et Géorgie, art. 6 « Dépossession, indemnisation »*.

192. *Accord Conf. Suisse et Géorgie, art. 5 « Libre transfert »*.

résidents de Géorgie : *contrats internationaux de travail*. Les États cherchent à attirer les investissements car ils sont *bons pour l'emploi*. Une société suisse qui crée une usine en Géorgie conclut une série de contrats internationaux : construction, assurance, etc., et offre aux résidents de Géorgie des services : *contrats internationaux de services*. Les entreprises helvétiques peuvent aussi se voir confier la distribution d'eau dans une ville de Géorgie : relation internationale entre une *personne privée suisse* et une *personne de droit public géorgienne*.

Il convient de dresser un bilan.

9° Bilan : pertinence d'une théorie unitaire du droit international

77 – L'analyse menée jusque-là semble bien confirmer l'utilité d'une théorie *unitaire* du droit international dépassant les clivages entre sa dimension *publique* et sa dimension *privée*. Une telle théorie rend mieux compte du droit international *positif*.

1) Les instruments passés en revue organisent un réseau complexe de relations *croisées* entre une multitude de *sujets de droit* : relations entre États pris dans leur ensemble, relations internationales entre autorités spécifiques relevant d'États différents – relations internationales entre *juridictions civiles*, entre *institutions de sécurité sociale*, entre *administrations fiscales*, etc. – relations internationales entre une personne privée relevant d'un État et une autorité relevant d'un autre État, relations internationales entre personnes privées relevant d'États différents, relations internationales entre une personne privée relevant d'un État et une personne de droit public relevant d'un autre État, etc. L'organisation de telles relations intervient moyennant l'attribution de *droits subjectifs internationaux et obligations internationales réciproques* à ces différents sujets.

2) Les préambules se situent souvent tout autant sur le plan des relations internationales entre États et leurs autorités que sur le plan des relations internationales entre particuliers. Beaucoup évoquent la *protection des personnes privées* et de leurs *droits subjectifs* comme objectif ultime. L'idée d'une théorie unitaire est mieux ajustée aux intentions des autorités qui ont élaboré ces textes (à la « *voluntas legis binationalis vel multinationalis* »).

3) Les instruments concernant des questions relevant traditionnellement du droit international privé – qui comportent, par exemple, des règles de compétence juridictionnelle ou de reconnaissance mutuelle des décisions – organisent la répartition des *compétences en matière civile*, c'est-à-dire des relations internationales entre *États* et leurs autorités.

4) Beaucoup de ces textes – ceux qui ont pour objet des domaines où la relation internationale entre autorités d'un État et *personnes privées* relevant (aussi) d'un *autre État* est particulièrement visible : liberté de circulation des personnes, sécurité sociale, double imposition, investissements – tendent à être négligés à la fois par la théorie du droit international *public*, car celle-ci se focalise sur les relations *d'État à État*, et par la théorie du droit international *privé*, car celle-ci se focalise sur les relations de *personne privée à personne privée* et qu'elle est encline à considérer les choses sous l'angle *contentieux* et au départ d'un *for*. Parfaitement à l'aise pour rendre compte de ces pans du droit international qui

évoluent dans l'*angle mort* – dont on constate les proportions démesurées – laissés par les deux exposés traditionnels, une théorie unitaire est susceptible de faire aux relations internationales de type *publiques-privées* toute la place qu'elles méritent, en rejoignant la théorie du droit dit *interne*, dont une composante fondamentale, on l'a rappelé, englobe les règles de droit, qualifié plutôt de *droit public*, qui ont pour objet des relations *publiques-privées*¹⁹³.

5) Il arrive souvent que la même activité transfrontalière mobilise des règles inscrites dans plusieurs instruments. Prenons l'exercice par un ressortissant français résidant en France du droit subjectif à la liberté de prestation de travail salarié en Suisse : droit subjectif international de type *public* en ce sens qu'il est opposable aux autorités des deux États, la France et la Suisse, qui se sont accordées pour le lui octroyer. L'exercice d'un tel droit subjectif, qui résulte de l'Accord sur la liberté de circulation entre la Suisse et la Communauté européenne et ses États membres¹⁹⁴, entraîne, du chef de son titulaire, plusieurs droits subjectifs consécutifs :

i) son droit subjectif international de conclure avec une entreprise privée établie en Suisse un contrat franco-suisse de travail générateur de droits subjectifs internationaux *privés* et d'obligations internationales *privées*, justiciables d'instruments de droit international privé, par exemple de la Convention de Lugano¹⁹⁵ ;

(ii) son droit subjectif international, inscrit dans les accords sur la coordination des systèmes de sécurité sociale¹⁹⁶ – de type plutôt *public* dans la mesure où il est opposable aux institutions *publiques* des États concernés – à ne pas perdre des bénéfices de sécurité sociale antérieurement acquis et à ne pas être « ponctionné » par les deux États quant aux cotisations ;

(iii) son droit subjectif international – lui aussi plutôt *public* – à ne pas être taxé par les deux administrations fiscales, droit résultant de (traités-) *lois bi-étatiques* franco-suisse contre la double imposition¹⁹⁷.

Le caractère unitaire de la théorie du droit international est, sous ce rapport, la conséquence du caractère unitaire de l'*activité humaine* dont il s'agit de déterminer les conditions auxquelles est subordonnée sa réalisation et les conséquences, et qui est susceptible de mobiliser plusieurs ensembles de règles interétatiques où la « composante *droit public* » et la « composante *droit privé* » sont tellement solidaires qu'il devient artificiel de les dissocier. Notre personnage serait dissuadé d'exercer son droit subjectif international sous (i) s'il ne détenait pas aussi les droits subjectifs sous (ii) et sous (iii). La France et la Suisse, si elles veulent lui permettre d'exercer le droit subjectif sous (i), ont intérêt à lui accorder également les droits sous (ii) et sous (iii). C'est bien ce qu'elles ont fait.

193. *Supra*, n° 5 s.

194. *Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, 21 juin 1999, entré en vigueur le 1^{er} juin 2002.*

195. *Supra*, n° 72.

196. *Supra*, n° 71.

197. *Not. Conv. entre la Suisse et l'Italie en vue d'éliminer les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune et de prévenir la fraude et l'évasion fiscales, 9 sept. 1966 : RO 1967, 1119.*

6) La fidélité au droit international positif d'une théorie unitaire est révélée par le constat que certains instruments régissent une multitude de matières qui, selon les distinctions académiques, relèvent, pour certaines, du droit *public* et, pour d'autres, du droit *privé*. Les traités *d'amitié, commerce et navigation, d'établissement et consulaires* ont pendant longtemps constitué les ensembles les plus importants de règles internationales. On y trouve des dispositions sur la paix, les relations consulaires, la liberté de commerce, de navigation, d'investissement, de circulation et d'établissement des personnes privées, leurs droits d'accès à la justice, la compétence juridictionnelle en matière civile, la protection de la propriété intellectuelle, la compétence en matière pénale, et d'autres encore. Un instrument *unitaire* organise des relations internationales dans des domaines que la science sépare et, entre autres, accorde aux personnes privées d'un État contractant une série de *droits subjectifs internationaux* à exercer sur le territoire de l'autre¹⁹⁸. Si la technique législative s'est depuis plutôt orientée vers l'éclatement de la substance de ces textes en une pluralité d'instruments « *sectoriels* », les uns renvoient souvent aux autres : une convention sur la compétence judiciaire telle la Convention de Lugano renvoie à la convention helvético-européenne sur le libre-échange. Il y est question de « *coopération économique et judiciaire* »¹⁹⁹, manifestement tenus pour deux pans d'un même diptyque : la coopération *économique*, pour bien fonctionner, suppose une coopération *judiciaire*. Mais l'on constate depuis quelque temps un retour à une certaine *consolidation* : l'on songe aux « *accords de partenariat économique* » dits « *globaux* » ou « *de large portée* » qui ont pour objet tout à la fois les droits subjectifs internationaux de séjour, de libre-échange, d'investissement, de propriété intellectuelle et tant d'autres volets de la coopération interétatique²⁰⁰.

La pertinence d'une théorie unitaire du droit international, à peu près sous tous les aspects évoqués, semble confirmée par une analyse du « *droit euro-international* ».

E. – Relations euro-internationales

78 – La doctrine du droit international s'intéresse moins qu'autrefois au droit « *européen* ». Pourtant celui-ci « *demeure une branche du droit international parce*

198. On peut parcourir, à titre d'exemple, les 27 articles du Traité d'amitié, commerce et navigation entre les États-Unis et l'Italie de 1948 et les 18 articles du Traité d'établissement et consulaire entre l'Italie et la Confédération helvétique de 1868. Au sujet des nombreux « *FCN treaties* » conclus par les États-Unis, on a pu écrire que « *They are, above all, treaties of « establishment », concerned with the protection of persons, natural and juridical, and of the property and interests of such persons [l'objectif de ce pan du droit international est bel et bien de protéger les personnes privées, physiques et morales, et leurs biens]. They define the treatment each country owes the nationals of the other [chaque État contracte des obligations au profit des ressortissants de l'autre] ; their rights to engage in business and other activities within the boundaries of the former [il s'agit de droits subjectifs des personnes privées d'un État de faire du commerce et d'autres activités sur le territoire de l'autre État contractant] ; and the respect due to them, their property and their entreprises* » : H. Walker, *Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation* (1958) : *Minnesota Law Review* 1491.

199. *Conv. Lugano II*, « *Préambule* ».

200. Certains sont plus médiatisés, comme l'Accord économique et commercial global (AECG ou CETA) entre le Canada, l'Union européenne et ses États membres (JOUE n° L 11, 14 janv. 2017, p. 23), d'autres moins, comme l'Accord de partenariat économique de large portée entre les États de l'AELE et l'Équateur, 25 juin 2018 (RO 2020 4397).

que les États membres n'ont en rien renoncé à ce qu'ils sont, c'est-à-dire souverains »²⁰¹. Les Traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne sont les plus sophistiqués de l'histoire. Si l'on tient à « anthropomorphiser » le droit international, il faut reconnaître que le droit « euro-international » représente son plus grand succès quant au volume de relations et le nombre de personnes qu'il régit. Les groupements humains composant les États membres, par l'intermédiaire de leurs autorités, se sont dotés de règles communes, inscrites dans les traités – droit « primaire » – tout autant que d'autorités euro-internationales qu'ils ont chargées d'édicter d'autres règles, formant le droit « dérivé ». Le droit euro-international poursuit « une union sans cesse plus étroite entre les peuples »²⁰² et le « bien-être » de ceux-ci²⁰³.

Les traités précisent les compétences que les États membres exercent ensemble et celles que chaque État et l'Union exercent de manière partagée²⁰⁴ : dans tel domaine, chaque État membre a conservé le droit de légiférer et l'Union a l'obligation de s'en abstenir, dans tel autre, les compétences sont exercées collectivement par l'Union et chaque État membre a l'obligation de ne pas légiférer. Les compétences exercées collectivement le sont surtout par l'intermédiaire du Conseil, où siègent les représentants de leurs gouvernements, du Parlement européen, où siègent les représentants de leurs peuples, et de la Commission, composée d'un commissaire par État membre.

Les traités régissent donc un réseau dense de relations internationales entre États membres, entre les États membres et l'Union, entre les institutions de l'Union, qui se traduisent par des droits et des obligations étatiques. C'est du droit euro-international public.

79 – Mais l'organisation de ces relations euro-internationales entre États est asservie au but de conférer aux personnes privées une série de droits subjectifs et d'en assurer l'effectivité. Les « libertés fondamentales » sont, quant à leur nature, semblables aux correspondantes libertés qui sont inscrites dans la Constitution de chaque État membre²⁰⁵. La différence de degré est cependant considérable car il s'agit ici de droits euro-internationaux ayant pour espace géographique de réalisation un macro-territoire immensément plus vaste, formé par l'ensemble des territoires des États membres²⁰⁶. Les règles qui consacrent de tels droits euro-internationaux des personnes privées à l'encontre des autorités publiques forment du droit euro-international « public », en analogie avec le droit public national régissant des libertés du même type.

Les ressortissants français ont le droit de voyager librement en Italie et les autorités italiennes l'obligation de s'abstenir de les en empêcher²⁰⁷. Les ressortissants roumains ont le droit de s'établir en Italie s'ils y trouvent un travail,

201. S. Sur, *À quoi sert le droit international ?*, 4 juill. 2019.

202. Les États parties au Traité de Rome étaient déjà « déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens ».

203. TUE, art. 3 al. 1 : « L'Union a pour but de promouvoir la paix, ses valeurs et le bien-être de ses peuples ».

204. TFUE, art. 2.

205. V. référence aux « traditions constitutionnelles communes » évoquées à TUE, art. 6 al. 3.

206. TFUE, art. 26 al. 2.

207. TFUE, art. 21 al. 1.

les autorités roumaines l'obligation de s'abstenir de leur interdire de quitter durablement la Roumanie et les autorités italiennes l'obligation de leur délivrer un permis de séjour²⁰⁸. Les ressortissants allemands ont le droit d'acheter en Italie autant d'immeubles qu'ils le veulent, les autorités allemandes l'obligation de s'abstenir de les dissuader de sortir leur argent d'Allemagne et les autorités italiennes l'obligation de les enregistrer en tant que propriétaires²⁰⁹. Les entreprises slovaques ont le droit d'importer d'Italie autant de vin qu'elles peuvent espérer en revendre et les autorités des douanes italiennes et slovaques l'obligation de s'abstenir de bloquer la précieuse marchandise.

L'exercice de ces droits subjectifs euro-internationaux multiplie les relations transeuropéennes *entre personnes privées*. Dès qu'une ressortissante française met son pied en Italie, elle commence par s'arrêter à l'Autogrill pour goûter une *focaccia*, en concluant un contrat international de service. Si le ressortissant allemand a investi dans un immeuble en Italie, c'est qu'une personne privée le lui a vendu moyennant un contrat international de vente. Si le ressortissant roumain a exercé sa liberté d'établissement en Italie, c'est qu'il a conclu avec son employeur un contrat international de travail. Une fois en Italie, il a des chances d'y rencontrer une femme – italienne, roumaine, française... – et d'y engager une relation qui s'avère féconde. L'exercice des libertés fondamentales a entraîné une augmentation des relations *familiales* euro-internationales. L'objectif de créer une « *union sans cesse plus étroite entre les peuples* » passe par des unions – conjugales, non conjugales, libres mais stables, libres et instables – sans cesse plus nombreuses entre leurs ressortissants. La hausse du nombre de Roumains établis en Italie a eu pour conséquence une explosion du nombre de couples italo-roumains et d'enfants bi-nationaux.

Profitant d'un espace euro-international public, les particuliers doivent pouvoir continuer à évoluer dans un « *espace euro-international de droit privé* ».

80 – Les autorités euro-internationales se sont données pour objectif de faire bénéficier les citoyens européens d'« *un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures* »²¹⁰. Les différents « *Chapitres* » du Titre V du TFUE transcendent les distinctions académiques et s'occupent tout autant de la coopération en *matière civile*, de la coopération en *matière pénale*, de la coopération *policière*²¹¹.

Les représentants des gouvernements, réunis au sein du Conseil, et des peuples, réunis au sein du Parlement européen, ont en particulier adopté une série de Règlements organisant la « *coopération judiciaire en matière civile* ». Le droit international privé dit « *européen* » résulte d'une *immense œuvre de coopération interétatique*. Ces règlements comportent du droit interétatique quant à sa *source* et quant à son *objet intermédiaire* : les *relations entre les États membres et leurs autorités*. Mais la détermination des droits et obligations des

208. TFUE, art. 49, Chapitre 2 : « *Le droit d'établissement* ».

209. Les articles 63 à 66 du TFUE prévoient que toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre États membres sont interdites.

210. TUE, art. 3.

211. TFUE, art. 67 à 89.

États *entre eux* est asservie à la détermination des droits et obligations des personnes privées *entre elles* : c'est l'*objet final* de ces textes.

81 – Un Français, qui a eu un enfant d'un premier mariage et ensuite épousé une Italienne, exerce sa liberté euro-internationale d'établissement et s'installe en Italie. Comment son patrimoine franco-italien sera-t-il distribué *mortis causa* ? Quelle est l'étendue de sa liberté testamentaire ? Si l'Italie lui dit : « *C'est le droit italien qui régit votre succession* », et la France : « *C'est le droit français* », un conflit franco-italien de lois surgit et frappe notre personnage. Peut-il laisser la totalité de ces biens à son enfant, comme le Code civil français lui permet de le faire²¹², ou est-il obligé d'en réserver une part à son épouse, comme le *Codice civile* le lui impose ? Il n'a pas vraiment de réponse. S'il dispose au profit de son enfant, la conjointe survivante pourrait être tentée de saisir les juridictions italiennes et obtenir une décision italienne qui, appliquant le *Codice civile*, lui dirait : « *Vous avez le droit à une réserve héréditaire d'un tiers* »²¹³. Pour contrer un tel risque, les enfants pourraient courir vers les juridictions françaises qui, en appliquant le Code civil, leur diraient : « *Vous avez le droit à la totalité des biens* ». Si les tribunaux des deux pays acceptent de se déclarer compétents, les parties aux litiges devront rémunérer deux séries d'avocats et les contribuables italiens et français financer deux machines judiciaires pouvant aboutir à un conflit de décisions. Qui au juste aura les droits sur ces biens ? Les enfants ont-ils le droit à la totalité ? Ou bien un tiers revient-il à Madame ? *Déni de justice* et risque de beaucoup de malheur humain. Si la procédure judiciaire est une expérience *malheureuse* et qu'il en est ainsi même *si l'on gagne*²¹⁴, être parties à deux procédures parallèles sur la même question – permettons-nous d'y insister – est une expérience *doublement malheureuse* et même *triplement* car tout le monde risque d'être *perdant*.

C'est pour épargner de telles incertitudes aux familles euro-internationales, les incitations à la conflictualité qu'elles stimulent, et la perte franco-italienne de prospérité qui résulterait de procédures pouvant se neutraliser mutuellement, que les États membres ont adopté un règlement Successions²¹⁵. La résidence habituelle du *de cuius* se trouve-t-elle en Italie ? C'est l'Italie qui a le *droit de fixer* les règles de droit à l'égard de ces successions franco-italiennes, et les droits et obligations entre particuliers concernés²¹⁶. La France a l'obligation de s'abstenir de soumettre ces successions à la loi française et l'obligation de reconnaître, en prolongeant l'existence et la protection sur le territoire français, les droits subjectifs et les obligations résultant de la loi italienne. Mais notre ressortissant français se voit attribuer un droit subjectif international de désigner pour applicable la loi française. Auquel cas c'est la France qui a le droit de fixer les règles à l'égard de cette succession et l'Italie l'obligation de reconnaître et assurer

212. (C. civ., art. 913 et 914-1)

213. *Codice civile*, art. 542.

214. *Supra*, n° 14 et 19.

215. *PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 650/2012, 4 juill. 2012, dit Successions : JOUE n° L 201, 27 juill. 2012, p. 107.*

216. *Règl. Successions, art. 21 al. 1.*

le respect sur son territoire des droits et obligations résultant de la loi française. Les États membres ont réparti aussi la *compétence juridictionnelle*. Si la résidence du *de cuius* se trouve en Italie, c'est l'Italie qui a le *droit subjectif de juger*, la France l'obligation de *s'abstenir de juger*²¹⁷. Si les juridictions italiennes prononcent une décision accordant à un administrateur le pouvoir d'administrer la succession, les autorités françaises seront obligées, sauf exceptions, de reconnaître une telle décision et la mettre à exécution sur le territoire français, c'est-à-dire de mettre à disposition la *force publique française* pour que, par exemple, les tiers détenteurs des biens « français » les livrent à l'administrateur désigné par les autorités italiennes.

Ce sont là des *relations euro-internationales entre États membres et leurs autorités*.

L'objectif que poursuit la coopération en matière civile est d'« assurer aux citoyens un degré élevé de sécurité juridique dans leurs relations transfrontalières en matière de droit civil »²¹⁸. La « sécurité juridique » suppose que les « citoyens » connaissent et exercent leurs droits, qu'ils connaissent leurs obligations pour s'en acquitter et satisfaire les droits d'autres « citoyens ». Ainsi lit-on dans le règlement que « les objectifs... » sont « la libre circulation des personnes, l'organisation à l'avance par les citoyens de leur succession dans le cadre de l'Union et la protection des droits des héritiers, des légataires et des autres personnes proches du défunt, ainsi que des créanciers de la succession »²¹⁹. Le *de cuius* a le droit d'organiser sa succession franco-italienne, ce qui suppose qu'il puisse connaître à l'avance la loi qui la régit. Les « droits » subjectifs des « héritiers », des « légataires », des « autres proches », des « créanciers » doivent être protégés, ce qui suppose que ces personnes puissent les identifier et en demander le respect. Si le *de cuius* exerce son droit euro-international d'option et choisit la loi française, il aura le droit que lui accorde le Code civil de disposer en faveur de son enfant uniquement. Celui-ci aura alors à son tour le droit de recueillir tous les biens : droit subjectif *euro-international*, car opposable sur le territoire français et sur le territoire italien, à l'encontre de l'épouse qui aurait la possession de tableaux sur le territoire français et sur le territoire italien, et à l'encontre d'autres personnes privées qui détiendraient des avoirs, telles les banques. L'administrateur nommé en Italie aura lui aussi le droit de se faire remettre les avoirs par les banques établies en France et en Italie. Le nombre de successions euro-internationales où les personnes concernées connaissent leurs droits subjectifs et leurs obligations *progressive*, tout comme le nombre des successions réglées rapidement et en dehors des prétoires. C'est le but de la *sécurité juridique* : plus les êtres humains sont sûrs quant à leurs droits et leurs obligations, plus ils s'acquittent spontanément de celles-ci de manière à satisfaire ceux-là²²⁰.

217. *Règl. Successions*, art. 3.

218. Fiche thématique sur l'Union européenne : www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/154/la-cooperation-judi%C2%ACciaire-en-matiere-civile.

219. *Règl. Successions*, cons. 80.

220. « aux bénéficiaires de jouir, dans un autre État membre, des droits qui ont été créés ou leur ont été transféré par succession » : *Règl. Successions*, cons. 16.

Le règlement organise également un ensemble de relations euro-internationales entre personnes privées, d'une part, et autorités des États membres, d'autre part. Le descendant a le droit subjectif d'*action* devant les autorités italiennes et, s'il est héritier, le droit subjectif d'obtenir de ces mêmes autorités un « *certificat successoral européen* » destiné à être utilisé en France. Une fois le certificat obtenu en Italie, il a le droit d'obtenir des autorités françaises la coopération pour qu'elles « *forcent* » le tiers détenteur de biens sur le territoire français à les lui remettre²²¹.

82 – Les autorités euro-internationales *législatives* n'ont pas encore adopté du droit « *dérivé* » pour régir la création de *statuts familiaux*, tels le mariage ou la filiation. Gageons qu'elles devront s'y attaquer. L'objectif de garantir aux ressortissants et résidents européens un « *espace de liberté, sécurité, justice* » s'ils s'engagent dans une vie familiale multi-territoriale les y astreint. En attendant, l'autorité euro-internationale compétente pour « *poser* » des règles par l'interprétation des traités constitutifs – la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) – s'est chargée de tirer *directement* de ceux-ci l'obligation incombant aux autorités d'un État membre de reconnaître, à certains égards en tout cas, un état civil créé par les autorités d'un autre État membre. La jurisprudence d'une cour internationale n'est-elle pas *source du droit international*? C'est plus précisément ici la dialectique entre la semi-règle mono-nationale de l'État A revendiquant une *compétence* et la règle euro-internationale, posée par la CJUE et liant l'État B, *reconnaissant* une telle revendication, qui génère du *droit euro-interétatique*.

Ces relations euro-internationales *entre États membres* – la Belgique a le droit subjectif de créer une union conjugale à validité transeuropéenne, la Roumanie l'obligation d'en prolonger les effets sur son territoire – sont asservies d'abord aux relations euro-internationales de type « *public-privé* ». Un Roumain et un Américain, résidents en Belgique, dont le mariage a été célébré par une autorité belge, ont le *droit subjectif euro-international* de bénéficier de leur statut d'époux sur le territoire *roumain* également²²². La CJUE a plus exactement retenu l'*opposabilité* d'un tel droit aux *autorités roumaines* du contrôle des habitants, qui ont l'obligation de permettre au citoyen de l'Union d'exercer son *droit subjectif euro-international au regroupement familial* – droit plutôt « *public* » –, en transférant avec son conjoint sa résidence de Belgique vers la Roumanie. Mais il semble certain que chacun des intéressés se verra bientôt reconnaître le *droit subjectif euro-international* – plutôt « *privé* » – de se prévaloir du lien conjugal à l'encontre également de l'autre co-intéressé, et des membres de sa famille. *Quid* en effet si, au décès de l'un d'eux, l'autre est, pour la Belgique, héritier *ab intestat* du fait de sa qualité de *conjoint*, mais que, pour la Roumanie, il ne l'est pas? Un tel *conflit belgo-roumain d'états civils* menace de plonger ces citoyens et résidents européens dans un état euro-international d'*anarchie* dans la mesure où il conduit la Belgique à décréter : « *Monsieur, conjoint survivant, a le droit de*

221. *Règl. Successions, art. 69.*

222. *CJUE, 5 juin 2018, Coman, aff. C-673/16 : JurisData n° 2018-012579.*

recueillir tous les biens », et la Roumanie à décréter : « *Non, Madame, mère du défunt, a le droit de les recueillir, car le défunt n'était pas marié* ».

Voilà qui vaut également – CJUE vient-elle de juger – pour le statut *parent-enfant*. Cette toute récente affaire concerne la reconnaissance par la Bulgarie du lien de filiation établi par l'Espagne entre une femme bulgare, qui a épousé une femme britannique – l'une et l'autre vivant en Espagne –, et une petite fille née en Espagne de la femme britannique²²³. La CJUE discerne dans le droit « *primaire* » un appui suffisant pour retenir le droit subjectif euro-international de la femme bulgare, « *co-parente* » pour l'Espagne, à se prévaloir d'un tel statut devant les autorités *bulgares* compétentes pour délivrer au profit de la petite fille un acte de naissance puis un document d'identité bulgaro-européen. Mais le droit revenant à la petite fille de tirer profit sur le territoire bulgare de la qualité acquise en Espagne de « *descendante directe* » est évoqué par la CJUE d'une manière qui laisse penser que cette mineure aurait le droit, en grandissant, d'opposer une telle qualité, tout autant en Espagne qu'en Bulgarie, à la *femme bulgare elle-même* qui serait tentée de se prévaloir en Bulgarie du statut de « *non-mère* » pour se soustraire aux *incommoda* de la maternité (« *L'entretien, va le réclamer à ta mère britannique, c'est ta seule vraie mère* »). Comment les intéressées peuvent-elles connaître et mettre en œuvre leurs droits et leurs obligations si l'Espagne dit à cette mineure : « *Vous avez le droit de recevoir les aliments de cette femme, qui est votre mère* » et la Bulgarie dit à cette femme : « *Non, vous n'avez pas l'obligation de verser les aliments à cette mineure car elle n'est pas votre fille* » ?

83 – La poursuite du bien-être des citoyens européens implique également la garantie de leur *sécurité personnelle et patrimoniale*. Les autorités euro-internationales se sont engagées à leur offrir non seulement un *espace euro-international de liberté et de justice* mais aussi un *espace euro-international de sécurité*. La liberté de circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux menace de multiplier les relations internationales *dommageables* : celles par lesquelles un être humain porte préjudice au droit à la vie, à l'intégrité physique, morale ou patrimoniale d'un autre. La liberté de circulation des personnes ne doit pas entraîner la liberté de circulation des *criminels*, la liberté de circulation des capitaux ne devrait pas profiter aux « *biens mal acquis* ».

C'est pourquoi, *juste après* le titre chapitre III sur la « *Coopération en matière civile* », s'ouvre le chapitre IV sur la « *Coopération en matière pénale* », puis le chapitre V sur la « *Coopération policière* ». Les autorités des États membres s'imposent une obligation réciproque de coopération, et s'accordent un droit réciproque de la solliciter, en vue d'abord de *prévenir* les relations euro-internationales criminelles. La « *prévention de la criminalité* » est l'un des buts de l'Union²²⁴. La coopération entre les autorités italiennes et slovènes vise à prolonger sur le territoire slovène l'efficacité de la menace dissuasive du droit pénal italien et à prolonger sur le territoire italien l'efficacité de la menace

223. CJUE, 14 déc. 2021, V.M.A, aff. C-490/20.

224. La *même* disposition par laquelle est annoncé l'objectif de permettre aux personnes privées de circuler librement, annonce celui de prévenir la criminalité : TUE, art. 3 al. 2.

dissuasive du droit pénal slovène. Si un Slovène devait cambrioler un Italien sur le territoire italien pour ensuite chercher refuge en Slovénie, les autorités slovènes seront obligées de coopérer pour le retrouver et le rendre aux autorités italiennes. Il y a des chances qu'une telle personne, en escomptant la coordination italo-slovène des autorités, se résoudra à renoncer à son projet criminel. La relation internationale entre États sous l'angle de droits et obligations entre leurs autorités aura eu une incidence sur la *relation internationale entre personnes privées* en déterminant chacune à honorer son obligation de respecter les droits à l'intégrité personnelle et patrimoniale de l'autre (« *neminem laedere* »). Si le cambrioleur potentiel devait passer à l'acte, les autorités slovènes seront obligées de coopérer pour satisfaire le droit subjectif de l'Italie à poursuivre et juger l'auteur, et le droit subjectif de la victime à réparation, et empêcher qu'il puisse porter atteinte aux droits subjectifs d'autres personnes privées, en Italie, Slovénie ou ailleurs.

84 – Seulement, les personnes privées de l'Union européenne peuvent bien vouloir, en vue de leur épanouissement, exercer des activités sur les territoires d'États dits « *tiers* » et entrer en relation avec leurs personnes privées. Comme les entreprises espagnoles peuvent vouloir vendre leurs biens aux entreprises polonaises, de même elles peuvent vouloir les vendre aux entreprises sud-coréennes. Comme les investisseurs allemands peuvent souhaiter investir en Lituanie, de même ils peuvent souhaiter investir au Canada. Comme les résidents italiens et français qui partagent une succession franco-italienne s'attendent à ce que sa dévolution puisse se faire le plus possible en dehors des tribunaux, de même les résidents italiens qui partagent avec les résidents américains une succession située sur les territoires italien et américain s'attendent à ce que leurs autorités, italo-européennes et américaines, leur épargnent des conflits euro-américains de juridictions, de lois, d'ordres publics²²⁵. Comme les ressortissants et résidents de tout État membre souhaitent être protégés contre des *cyber-attaques*, et des *cyber-arnaques*, provenant de tout autre État membre – il y a là, on le sait, d'énormes progrès à réaliser –, ils souhaitent l'être aussi contre des *cyberattaques* provenant de personnes établies en Russie. Le fait que le vol de l'argent que j'ai déposé sur un compte bancaire italien – auquel j'accède via *e-banking* – ne vient pas de l'Union européenne ne le rend pas plus supportable.

Les autorités des États membres, et les autorités euro-internationales, ont conclu des accords, bilatéraux ou multilatéraux, avec les autorités d'un certain nombre de ces États « *tiers* »²²⁶, et devront inévitablement en conclure d'autres dans l'intérêt et pour le bien-être de leurs personnes privées²²⁷.

225. Dans la mesure où il prétend s'appliquer à des successions situées sur le territoire européen *et* sur le territoire américain, chinois, etc., le règlement Successions ne comporte que des *semi-règles*, qui nécessitent, pour devenir des règles de droit, d'être complétées par des semi-règles concordantes de l'État tiers co-intéressé. V. *supra*, n° 59.

226. Par exemple l'*Accord économique et commercial global (AECG ou CETA) entre le Canada, l'Union européenne et ses États membres* (JOUE n° L 11, 14 janv. 2017, p. 23), entré en vigueur provisoirement le 21 sept. 2017 ou l'*Accord de libre-échange avec la Corée du Sud* qui s'applique provisoirement depuis juillet 2011, et est officiellement entré en vigueur le 13 décembre 2015

85 – Ayant posté sur une plateforme numérique une annonce offrant en location un chalet situé en Valais, je suis tombé sur une personne qui, se disant intéressée à le louer, m’a, le lendemain, envoyé une attestation de paiement de la « Banque postale » m’invitant, pour recevoir les fonds, à cliquer sur un lien qui aurait probablement – *dixit* la police de Nyon – introduit dans mon ordinateur un logiciel-espion susceptible de capter mes données. Résidente en Côte d’Ivoire, cette personne se trouvait en dehors du rayon d’action de la menace du droit suisse, pénal comme civil. Il est difficile de protéger les Suisses – m’a dit en substance la policière – car la Confédération n’a pas conclu d’accords avec la Côte d’Ivoire obligeant les autorités ivoiriennes à s’activer pour enquêter et poursuivre ces cybercriminels.

Une théorie qui enseigne que le droit international *public* n’a pas pour tâche l’attribution de droits subjectifs aux *personnes privées*, y compris celui d’être protégées contre des méfaits pouvant être commis au départ d’autres territoires par les *personnes privées* qui y opèrent, et une théorie qui enseigne que le droit international *privé* est du droit « *plutôt interne* », que chaque État a ses règles qu’il adresse à ses autorités si elles sont saisies (« *vous avez un for en Suisse* »), passent assez loin des besoins qu’éprouvent les gens – plusieurs centaines de millions par jour – lorsqu’ils exploitent ce moyen devenu indispensable à notre vie quotidienne qu’est Internet.

En alimentant de telles théories, sommes-nous, les internationalistes, à même de signaler l’anarchie, résultant de l’absence de règles interétatiques, frappant une part des relations internationales entre personnes, privées et publiques, qui se nouent à travers l’espace digital, et apporter notre pierre pour la faire régresser ?²²⁸

Il est grand temps de s’essayer à une synthèse. ■

(Cons. UE, déc. 2011/265/UE, 16 sept. 2010 relative à la signature, au nom de l’Union européenne, et à l’application provisoire de l’accord de libre-échange entre l’Union européenne et ses États membres, d’une part, et la République de Corée, d’autre part : JOUE n° L 127, 14 mai 2011, p. 1).

227. N’est-ce pas pour satisfaire les droits subjectifs internationaux de leurs personnes privées – notamment au respect de leur vie familiale – que la Cour de Strasbourg a pu prescrire aux autorités des États membres du Conseil de l’Europe de prolonger sur le territoire européen un statut familial créé par les autorités d’un État tiers, en faisant peser par exemple sur le Luxembourg et la Grèce l’obligation de reconnaître l’adoption d’un enfant, respectivement mineur et adulte, établie au Pérou et aux États-Unis ? V. CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg. – CEDH, 3 mai 2011, n° 56759/08, Negreponis-Gannisis c/ Grèce.

228. I. Pretelli, *A Humanist Approach to Private International Law and the Internet : Yearbook of Private International Law (YbPIL) 2020/2021*, p. 203 s.

Synthèse

1. *Interdépendance entre droit public et droit privé*

1.1. Les activités quotidiennes des êtres humains que nous sommes mobilisent des ensembles « *intégrés* » de règles qualifiées par l'académie tantôt de « *droit public* » et tantôt de « *droit privé* », et révèlent volontiers la composante « *privée* » consubstantielle au droit *public* et la composante « *publique* » consubstantielle au droit *privé*.

1.2. Une partie du droit *public* a pour objet les relations entre autorités, subdivisions d'un État, États d'un État fédéral, et attribue des droits subjectifs et des obligations *étatiques réciproques*. Mais une partie tout aussi fondamentale vise les relations de type « *public-privé* » et crée des droits et obligations entre *personnes privées* et *autorités publiques*. Il est donc également de l'essence du droit public d'attribuer des droits et obligations aux *individus*. Bien des branches de droit *public* – droit pénal, droit de la circulation routière, sécurité des aliments, etc. – influent même directement sur les droits et obligations des personnes privées *entre elles*.

1.3. Les individus sont des *sujets fondamentaux du droit public* – en Suisse, du droit *fédéral* public, du droit *cantonal* public, du droit *intercantonal* public – et ce alors même que le droit public régit également les relations entre autorités et les États d'un État fédéral. La théorie du droit international insiste sur ce point en qualifiant les individus de *sujets par excellence* de tout le droit « *interne* ».

1.4. Pour prendre naissance et être mises en œuvre, les règles de droit *privé* font constamment appel au droit *public*. Pour attribuer un droit subjectif à une personne privée envers une autre, il est nécessaire 1) de régler au préalable les *conflits de compétences* entre autorités – législatives, judiciaires, d'exécution –, y compris celles qui relèvent des différentes subdivisions de l'État, ou de plusieurs États d'un État fédéral, et 2) d'attribuer au titulaire de ce droit subjectif *privé* plusieurs droits subjectifs *publics*, au premier rang desquels le *droit d'action* en justice et le *droit à l'exécution forcée*. Toute obligation d'une personne privée envers une autre suppose ainsi plusieurs obligations *étatiques*.

1.5. Le droit privé, en vue d'avoir pour destinataires, et donc pour sujets, les personnes privées, doit avoir pour destinataires des autorités publiques. L'État, ses subdivisions et leurs autorités sont en ce sens des *sujets fondamentaux du droit privé*.

1.6. Le droit *privé* reste tout de même par essence *privé* parce que, d'une part, son étude s'intéresse traditionnellement non pas au processus de *création* des lois de droit privé et aux relations entre autorités *publiques* compétentes à les créer, mais à sa *mise en œuvre* ; et, d'autre part, celle-ci est d'ordinaire *privée*. Nous obtenons en général satisfaction de nos droits subjectifs sans devoir faire de procès à nos semblables – sans quoi nos droits seraient *beaucoup moins effectifs* – et nous nous acquittons de nos obligations à leur égard sans attendre qu'ils nous assignent en justice. Coûteux pour la collectivité, les procès sont des « *expériences souvent malheureuses même si on les gagne* ». La première fonction du droit privé est ainsi de *prévenir les conflits entre particuliers* en leur assurant une *sécurité juridique* raisonnable quant à leurs droits et obligations réciproques.

1.7. L'activité des juges n'en demeure pas moins fondamentale : la *menace* de leur intervention détermine les particuliers à exécuter spontanément les obligations nécessaires à la satisfaction des droits de leurs semblables ; leur intervention *effective* remédie à l'absence de sécurité *juridique* dans laquelle se trouvent parfois les particuliers, et à l'absence de règles de conduite suffisamment précises, en concourant au *progrès du droit* et à la *prévention du retour des mêmes litiges*.

2. Relations internationales entre *autorités étatiques asservies aux relations internationales entre personnes privées*

2.1. Pour que les particuliers profitent des bienfaits du droit privé lorsqu'ils s'engagent dans des relations se déployant dans un espace multinational formé par la somme de plusieurs territoires « *souverains* », les autorités des États « *co-intéressés* » doivent ajuster leurs *compétences* – législative, juridictionnelle, d'exécution - en matière *civile* et *coopérer* entre elles. Le droit *international privé* suppose le règlement des relations *interétatiques en matière civile*.

2.2. La détermination des droits subjectifs et des obligations des *particuliers* dépend de la détermination, au préalable, des droits et obligations des *États*. Il s'agit, pour telle catégorie de relations entre particuliers se rattachant aux États A et B, de préciser 1) qui, entre les États A et B, a le droit d'exercer la *compétence législative*, c'est-à-dire le *droit de fixer les règles de droit privé applicables* à telle catégorie de relations, et qui a l'obligation correspondante de *s'abstenir* de prétendre les fixer ; 2) qui, entre les États A et B, a le droit d'exercer la *compétence juridictionnelle*, le *droit de juger* les litiges, et qui a l'obligation de *s'abstenir* de l'exercer ; etc.

2.3. Les États « *co-intéressés* » peuvent exercer ensemble leur *droit de légiférer* en négociant un instrument de droit dit *uniforme* – comme il arrive pour le type de relations internationales privées assurément le plus fréquent : les contrats de vente de marchandises – ou convenir que le *droit de juger* soit exercé par un tribunal *transnational* qu'ils concourent à désigner ou dont la désignation est confiée aux particuliers « *co-intéressés* », tel un tribunal de type *arbitral*.

2.4. Le règlement de la relation entre États « *co-intéressés* » peut être le fruit de *traités*, ou d'*instruments comparables*. Mais il peut aussi intervenir par le jeu d'*actes internationaux unilatéraux concordants*.

2.5. L'adoption par un État d'une loi « *mono-nationale* » de droit international privé constitue un *acte international unilatéral à vocation normative*. Une telle loi a *vocation* à créer du droit international privé mais elle est impuissante *toute seule* à le créer, car les relations humaines qu'elle a pour objet se déploient également sur le territoire d'un autre État au moins. Il s'agit d'une « *semi-loi* » qui, pour être du « *droit* » et profiter aux êtres humains, doit être complétée au moyen d'une *semi-loi concordante* de l'autre ou des autres État(s) « *co-intéressé(s)* » par les relations internationales qu'elle vise.

2.6. À défaut de coordination négociée ou spontanée entre les États « *co-intéressés* », les relations internationales entre personnes privées menacent de ne pas être *réglées par le droit*, mais d'être frappées par un *conflit international de lois, de juridictions, de décisions, d'ordres publics* ouvrant la voie à l'irruption de la

loi du plus fort ou du plus malin. Les coûts humains et le gaspillage de ressources collectives peuvent être considérables.

3. Errements d'une théorie « *foro-centrique* » du droit international privé

3.1. La doctrine devrait se réapproprier la *dimension interétatique* du droit international privé et mieux cerner son instrumentalité par rapport à sa *dimension interindividuelle*. La terminologie traditionnelle – *conflit de juridictions, d'autorités, etc.* – suggère que des relations interétatiques y sont aussi à l'œuvre.

3.2. Écartant le plan *interétatique*, la théorie du droit international privé est obligée de se rabattre sur un poste d'observation *mono-étatique*. Le besoin conceptuel qu'elle éprouve de se donner un « *for* » tient à ce que, avant la saisine d'un juge, les particuliers sont condamnés à évoluer dans une espèce d'*insécurité juridique quasi-programmée* du fait que chaque État « *co-intéressé* » par la relation qu'ils engagent à travers les frontières peut avoir ses propres règles de droit international privé, sa vision du *rattachement* le plus pertinent, ses *lois de police*, sa propre conception de l'*ordre public international*, etc.

3.3. Seulement, c'est là commettre un contresens sur la mission *première* du droit privé, qui consiste à permettre aux justiciables de connaître et obtenir le respect de leurs droits subjectifs, et de connaître et de s'acquitter de leurs obligations en leur épargnant normalement la nécessité de devoir engager des procédures judiciaires, « *expérience souvent malheureuse* », c'est-à-dire de se prévaloir d'un « *for* » pour de bon.

3.4. L'État A est largement impuissant, sans la coopération de l'État B, non seulement à *prévenir un litige* entre particuliers en attribuant des droits subjectifs et des obligations moyennant des *règles générales et abstraites*, mais aussi à *trancher un litige* attribuant des droits subjectifs et des obligations moyennant des *décisions de justice* en assurant qu'elles soient exécutées. L'État A est largement impuissant, sans la coopération de B, à *faire évoluer dans le droit privé* les personnes privées parties à ces relations.

3.5. Une vision du droit international privé qui procède de la conviction qu'il s'agirait d'un « *droit plutôt interne* », lui attribue une triple mission qui, en le « *désinternationalisant* », le « *déprivatisant* » et le « *déshumanisant* » : déterminer 1) si les juges du *for* sont compétents à connaître d'un *litige*, 2) s'ils le sont, quelle loi ils doivent appliquer à la relation litigieuse et 3) si et en quelle circonstance une décision étrangère est reconnue et exécutée par les autorités du *for* sur le territoire du *for*. Ces règles s'adresseraient ainsi *moins aux justiciables qu'aux juges du for*.

3.6. Un tel exposé fait disparaître nombre de caractéristiques essentielles du *droit privé*. Car il n'évoque ni la *sécurité juridique* dont les personnes privées s'attendent à bénéficier pour la grande majorité des relations transfrontalières qu'elles nouent, ni leurs *droits subjectifs et leurs obligations privés*, ni leur mise en œuvre *privée* à laquelle aspire en premier lieu le droit privé, ni le service qu'apporte une décision de justice à la prévention de *litiges futurs*.

3.7. Pour retrouver le fonctionnement *normal* du droit privé, la théorie du droit international privé devrait poursuivre la « *reprivatisation* » de la discipline en plaçant au centre de l'analyse les droits subjectifs et les obligations des personnes privées et en devenant *une théorie du droit privé appliquée aux relations entre particuliers se déployant entre les territoires de deux ou plusieurs États*.

3.8. Cette théorie devrait prendre conscience de ce que plus le droit international privé se veut du droit « *privé* », plus il se doit d'être aussi « *international* », que sa « *reprivatisation* » passe par sa « *ré-internationalisation* », que l'*international* est ici consubstantiel au *privé*, au service du « *privé*, que les idées du *bilatéralisme* et du *multilatéralisme*, de la *coordination des systèmes*, de l'*harmonie internationale des lois* ou des *solutions*, de la *confiance mutuelle* et de la « *comity* » sous-tendent un tel « *interétatisme* ».

3.9. Prétendre retirer au droit international privé la qualité de droit international du fait du constat qu'il n'y a pas de principes valables *universellement* sur la manière de trancher les conflits de lois et de juridictions, c'est méconnaître la raison d'être et les mécanismes de production du droit international *positif*. C'est comme soutenir que la détermination de la frontière entre deux pays ne relève pas du droit international car le droit international coutumier ne précise pas comment la tracer. L'histoire des relations internationales montre que l'« *international* » tend à se construire positivement d'abord sur le plan « *binational* », puis « *régional* », et qu'il résulte aussi de la concordance de semi-règles mono-nationales.

3.10. La fréquence d'intervention des autorités judiciaires et d'exécution *devrait être comparable dans les relations privées internes et dans les relations privées internationales*. Si le rôle des juges et des organes de contrainte est fondamental dans le droit privé, la mise en œuvre *normale* de vastes pans de celui-ci fait que leur intervention demeure le plus souvent *virtuelle*. Le premier intérêt des *personnes privées* qui s'engagent dans des relations internationales commerciales ou familiales consiste à ne pas être contraintes d'agir en justice pour connaître et obtenir le respect de leurs droits et pour connaître et pouvoir s'acquitter de leurs obligations. C'est également le premier intérêt des États « *co-intéressés* » à qui incombe la responsabilité d'établir les règles de droit privé.

3.11. Travaillant à la sécurité juridique internationale, l'harmonie *interétatique* de solutions – entre les États A et B – aspire d'abord à favoriser l'harmonie et la paix *interindividuelle* en retirant à l'une et l'autre partie privée d'une relation internationale se déployant entre les territoires des États A et B l'incitation à la saisine *effective* d'un for et à la *course vers le for*.

3.12. Pour les cas d'incertitude quant aux droits et obligations des parties à une relation se déployant entre les territoires des États A et B, il est conforme à l'intérêt des particuliers et des autorités de A et B 1) que soient développés des mécanismes extrajudiciaires de résolution de cette incertitude ; 2) que des juridictions impartiales et proches des parties soient mises à disposition de celles-ci ; 3) que leur soit épargnée la situation où, en cas de pluralité de juridictions compétentes, les parties sont fondées à s'attendre à ce que l'une de ces juridictions soit plus favorable à une partie et l'autre à l'autre partie, car la

conflictualité s'en trouve encouragée, et ce peut être le signe que l'impartialité des tribunaux est mise à mal ; 4) que leur soit épargnée la situation où chacune peut saisir le juge de son choix et où 5) la décision rendue par une autorité pourrait ne pas être reconnue par les autorités de l'autre État, que celles-ci pourraient y opposer une *contre-décision* ; etc.

4. Le droit international englobe le droit des relations interétatiques en matière civile

4.1. Le droit international dit « *public* » sans le droit international dit « *privé* » ne devrait pas prétendre être le *droit international tout court*. Comme la théorie du droit « *interne* » englobe le droit dit « *public* » et le droit dit « *privé* », la théorie du droit international *tout court* devrait englober le droit international *public* et le droit international *privé*.

4.2. Il est certain qu'une théorie du droit international *tout court* doit comprendre la théorie de la *coordination interétatique* quant à l'exercice des *compétences* en matière *civile*. Une théorie du droit international *tout court* qui écarte de tels conflits de compétences et ignore la coopération entre États visant à les prévenir et les trancher, n'est pas plus crédible qu'une théorie du droit (*interne*) qui oublierait le droit privé ou une théorie de l'anatomie du corps humain qui oublierait la moitié de ses organes.

4.3. Non moins que la compétence en matière *pénale* ou *fiscale*, la compétence pour régler les relations entre particuliers qui sont ses « *membres* » relève de la « *souveraineté* » d'un groupement humain organisé en État. Lorsque les relations s'engagent entre personnes privées relevant de deux ou plusieurs communautés étatiques et se déploient sur leurs territoires, et qu'elles ne sont pas telles que chaque État peut régir comme il l'entend le *segment* se réalisant sur son territoire, une coordination entre leurs autorités est nécessaire pour que ces relations, et ces personnes, évoluent dans le *droit*.

4.4. Un courant doctrinal évoque la nature encore trop souvent *anarchique* des relations internationales entre États. Il semble bien que le droit international ait pour objectif de faire *progresser* les relations internationales *juridiques* et *régresser* les relations internationales *anarchiques*. S'ils demeurent irrésolus en droit, les conflits de compétence en matière *civile* traduisent des relations *interétatiques anarchiques*, ce qui entraîne des relations *interindividuelles anarchiques*.

4.5. Dire que le droit international *tout court* englobe le droit international privé, c'est être fidèle à l'appellation « *droit international privé* », au magistère de l'*Académie de droit international*, aux travaux de l'*Institut de droit international* et de multiples associations et revues, tels l'*International Law Association* et le *Journal du droit international*, à l'intuition des hommes et femmes qui les ont créés et dirigés.

4.6. C'est aussi rendre hommage à bien des maîtres de nos maîtres qui ont épousé une conception de la discipline, qui allait être qualifiée de « *publiciste* », discernant parmi ses tâches la résolution de « *conflits de souverainetés* ». Si la tâche *finale* du droit international privé se situe sur le plan des relations entre *personnes privées*, la tâche *intermédiaire* se situe sur le plan des relations entre les *États co-intéressés*. Faisant bon marché de la dimension interétatique, et se repliant sur

une perspective mono-étatique, celle des juges du for, la prétendue conception « *privatiste* » aboutit à dénaturer le *droit privé* et est impuissante à assurer aux particuliers un « *règlement satisfaisant* » de leurs relations, menaçant de s'accommoder d'un règlement *anarchique*. C'est à la réconciliation et à la synthèse entre ces deux branches, dites « *publiciste* » et « *privatiste* », de la tradition qu'il est temps de s'adonner, à relier les éléments de vérité partielle qu'elles renferment en une vérité plus générale et propre à maximiser le caractère « *privé* » de notre discipline en maximisant son caractère « *public* », *interétatique*.

4.7. Réfléchir à ce que le *droit privé* a de *public* peut y aider. Le *droit privé* est *public* quant à sa *source*, en ce qu'il émane des *autorités publiques*, et quant à ses destinataires *intermédiaires*, d'autres *autorités publiques*, et en ce qu'il suppose, pour son élaboration et sa mise en œuvre, la *coordination et la coopération entre différentes autorités* et le règlement des relations entre ces autorités et les différentes composantes de l'État dont elles relèvent. Il n'est pas surprenant que le droit international privé soit également, à plusieurs égards, du *droit international public* : *public* en ce qu'il provient des *autorités publiques* et suppose la coopération entre *autorités publiques*, législatives, judiciaires et d'exécution ; *international* car les autorités dont il a pour tâche intermédiaire d'assurer la coopération appartiennent *aux différents États co-intéressés*.

4.8. L'intégration du droit international *privé* au droit international *tout court* devrait favoriser l'intégration des individus, à qui l'on s'accorde pour reconnaître la qualité de *sujets de droit international privé*, au sein des *sujets* du droit international *tout court*.

5. Beaucoup de règles interétatiques attribuent des droits subjectifs et obligations aux individus, qui sont sujets du droit international

5.1. L'idée que le droit international n'aurait pas pour objet l'octroi et la protection des droits subjectifs des particuliers – entre eux et envers des autorités étatiques – semble largement tributaire du malentendu historique quant à ce que recouvre le « *droit international* ».

5.2. La doctrine « *classique* » avait tendance à considérer qu'il englobe les seuls principes s'imposant à *tous les États* et à exclure que les dispositions inscrites dans chaque traité et instrument semblable soient de véritables *règles de droit international*.

5.3. Une telle vision, qui associe l'international à l'« *universel* » et dévalorise le « *particulier* », à commencer par le « *binational* », a déployé des conséquences qui se ressentent encore aujourd'hui, en provoquant notamment : 1) un certain désintérêt de cette doctrine classique pour une analyse minutieuse des dispositions des traités et instruments semblables et des relations qui y sont organisées et réglées et des sujets de telles relations, car ce ne serait pas là du *vrai* droit international ; 2) une certaine négligence, pour la même raison, des *actes unilatéraux à vocation normative* comme facteur de production des règles interétatiques ; 3) l'*exclusion des personnes privées* parmi les sujets du droit international car l'essentiel des principes du droit international *coutumier* ou *général* – il s'agissait à l'époque surtout des principes du droit de la paix et de la guerre et des relations diplomatiques – ne leur sont pas directement adressés ; 4)

l'*exclusion* de *maints domaines* du champ d'observation au départ duquel s'est édifiée la théorie du droit international, telles la liberté de commerce, d'investissement, de circulation et d'établissement des personnes et des marchandises ou la protection de leurs droits de propriété intellectuelle, qui, pour certains dès la Paix de Westphalie, ont fait l'objet d'innombrables d'accords, le plus souvent bilatéraux, entre communautés juridiquement indépendantes, accords qui se sont encore multipliés à partir du XIX^e siècle avec l'essor des traités d'amitié, commerce et navigation, d'établissement et consulaires ; 5) l'*exclusion du droit international privé* du périmètre du droit international au motif que le droit international coutumier n'aurait pas produit de principes universels significatifs sur la manière de régler les conflits de lois ou de juridictions en matière civile ; 6) la *stérilisation du débat* sur les liens entre droit international public et droit international privé, etc.

5.4. Identifier le droit international au droit international « *coutumier* » ou « *général* », c'est retrancher l'essentiel du droit international *positif*, formé par les innombrables règles que les autorités compétentes de deux ou plusieurs États « *posent* » ensemble. Le droit international *positif* est inscrit d'abord dans les *traités-lois* ou *instruments comparables* – qui sont en quelque sorte les *lois ordinaires* de l'ordre international – y compris dans les instruments de *droit dérivé* édictés par les organisations ou unions internationales, et dans la jurisprudence des cours multinationales créées par ces instruments. Mais le droit international peut aussi résulter de la *concordance spontanée des actes internationaux unilatéraux* réalisés par deux ou plusieurs États.

5.5. « *Il y a autant de droits internationaux qu'il y a d'États* » : chaque État a « *son* » droit international, composé, au-delà de principes *universels* qui les lient tous, d'une multitude d'instruments bi- et multilatéraux qu'ont approuvés ses autorités compétentes pour le faire, directement ou indirectement, et qui lie ses autorités compétentes pour le mettre en œuvre ; mais le droit international de chaque État se compose aussi de *semi-règles* posées unilatéralement par ses autorités et visant des relations et activités bi- ou multiterritoriales, dans la *seule mesure* cependant où de telles semi-règles se combinent avec les semi-règles *concordantes* de l'autre État tour à tour co-intéressé. En cas de *conflit* entre leurs semi-règles, les relations interétatiques concernées menacent d'évoluer dans le *non-droit*, non pas dans le *droit international*.

5.6. Les adages « *international law is part of the law of the land* » et « *(private) international law is part of the law of the forum* » se rejoignent. Le particularisme du droit international ne vaut pas uniquement pour le droit international *privé* mais est inhérent au droit international *tout court*. On ne saurait y discerner une différence entre droit international *privé* et droit international *public*.

5.7. La *concordance des unilatéralités étatiques* est consubstantielle au droit international. Un traité prend naissance grâce à la concordance des *lois mono-étatiques* qui l'approuvent. Selon le principe du « *consensualisme* » discerné au fondement du droit international *positif*, un État donne son « *consentement* » et le fait au moyen d'un acte unilatéral prenant souvent la forme d'un instrument de droit « *interne* ». Les relations internationales entre un État A

nouvellement proclamé et un État B prennent naissance à la suite de la concordance entre l'*acte unilatéral de l'État A* qui proclame son indépendance et revendique une plénitude de compétences et un *acte unilatéral de l'État B* qui reconnaît un tel État et une telle revendication de compétences.

5.8. Les deux aspects d'un « *traité-loi* », l'aspect *contractuel* et l'aspect *législatif*, doivent être *distingués*. Si, quant à sa *formation*, un traité suppose l'accord de volontés des autorités de deux ou plusieurs États « *contractants* », quant à sa *teneur*, il peut bien comporter des règles générales et abstraites attribuant des droits et des obligations aux personnes privées relevant de ces mêmes États. Fruit d'un accord entre *deux autorités législatives*, les lois mono-étatiques « *bi-camérales* » peuvent bien attribuer des droits subjectifs et des obligations aux personnes privées.

5.9. La quête d'universalité ne devrait pas conduire la théorie du droit international à négliger les instruments *bilatéraux et régionaux*. Les traités bilatéraux ont fait l'histoire des relations internationales et, pour bien des États, englobent encore aujourd'hui le plus grand nombre de règles de droit international qu'ils ont concouru à « *poser* ». Pour répondre aux interrogations concernant la fonction, l'utilité, les sujets du droit international et les destinataires des droits et obligations qu'il crée, il est pertinent d'examiner les dispositions – sans oublier les préambules – d'un *échantillon* d'instruments bilatéraux et régionaux conclus par les autorités de l'État du point de vue duquel on se place (Suisse pour les auteur-e-s suisses, France pour les auteur-e-s français-e-s, etc.).

5.10. Des dizaines de milliers d'instruments sur la liberté de circulation et d'établissement des personnes et des marchandises, la sécurité sociale, la prévention de la double imposition, la protection des droits d'auteurs et des investissements, les opérations du commerce international, l'arbitrage international, comportent des dispositions par lesquelles les *autorités publiques* des États contractants qui les ont faites visent à accorder des droits subjectifs et des obligations aux *personnes privées* qui relèvent de ces mêmes États. Les droits des personnes privées sont évoqués dans leurs *intitulés mêmes*, leurs *préambules*, leurs dispositions sur le *champ d'application personnel* et maintes autres.

5.11. Ces dispositions bi- ou multinationales qui ont pour destinataires *finaux* des personnes privées doivent avoir pour destinataires *intermédiaires* des autorités, qui sont *liées* par elles, qui s'obligent à les *respecter* et à les *faire respecter*. Cela est vrai des lois étatiques de droit privé et de droit public : pour attribuer des droits subjectifs aux individus, les États doivent *toujours* contracter des obligations *étatiques* en les mettant à la charge de leurs autorités. Bien sûr, d'innombrables dispositions interétatiques n'attribuent pas directement des droits subjectifs ou des obligations aux personnes privées. Mais cela vaut également pour d'innombrables règles du droit dit « *interne* ».

5.12. Aucune des explications avancées pour retirer la qualité de *sujets du droit international* aux *personnes privées* n'est convaincante. À les prendre au sérieux, ces arguments devraient aboutir ou bien à retirer aux personnes privées

également la qualité de sujets de droit « *interne* » ou bien à retirer aux États également la qualité de sujets de droit « *international* ».

5.13. La fonction de la coopération entre autorités relevant de *différents États « souverains »* – en matière fiscale, pénale, policière, de sécurité sociale, etc. – se recoupe avec la fonction de la coopération entre autorités relevant des différents États d'un *État fédéral*. Soutenir que les individus sont les vrais *sujets* de la coopération interétatique entre *deux États-Cantons*, qui se qualifient eux aussi volontiers de « *souverains* », en matière pénale ou fiscale et que les individus ne sont pas les vrais sujets de la coopération interétatique *entre la Suisse et la France* en matière pénale ou fiscale – alors que les instruments qui organisent une telle entraide ont un contenu tout à fait *semblable* – paraît contre-intuitif.

5.14. Souvent regretté, le *déficit de popularité* du droit international est largement dû à l'exposé traditionnel. Bien de ses spécialistes donnent de ses objectifs une explication vague – la « *coexistence des États* », la « *sécurité internationale* » – qui n'évoque pas spécifiquement la protection et l'expansion, y compris quant à l'assiette *géographique* d'exercice, des droits et des libertés des êtres humains. L'intégration des personnes privées aux sujets des relations internationales et du droit international permettrait à la doctrine d'être autrement plus précise, et propre à susciter l'adhésion du public, s'agissant de la question « *À quoi sert le droit international ?* ».

5.15. La *fonction* du droit international est largement la même que celle du droit dit « *interne* » : promouvoir *la liberté, la sécurité, le bien-être, la prospérité, le bonheur des êtres humains, le progrès de leur condition*. Mais le droit international a surtout, encore que pas exclusivement, pour objet les activités humaines « *à incidence transfrontalière* ». Les êtres humains que nous sommes avons besoin d'être protégés contre des atteintes – à notre intégrité personnelle et patrimoniale – susceptibles de provenir d'autres êtres humains opérant sur d'autres territoires ou y cherchant refuge ; nous avons besoin, pour notre épanouissement, de pouvoir nous déplacer et nous établir en dehors des frontières de notre État d'origine, de vendre nos biens, d'offrir notre travail et nos services ou d'investir nos capitaux en dehors de notre État d'origine, de créer des sociétés ou succursales en dehors de notre État d'origine, d'acheter, utiliser et consommer des biens venant d'autres territoires, de communiquer avec des personnes établies en dehors du pays où nous vivons, de nous marier et procréer avec des personnes venant d'autres pays, etc. Notre *épanouissement international* est une composante fondamentale de notre épanouissement *tout court*.

5.16. Les *droits subjectifs internationaux* des personnes privées supposent, pour exister et être exercés et protégés, des actions et abstentions d'autres personnes privées, auxquelles incombent des *obligations internationales individuelles* correspondantes, et des actions et abstentions des autorités auxquelles incombent des *obligations internationales étatiques* correspondantes. Le propre de ces conduites est qu'elles doivent intervenir sur les *territoires de plusieurs États* et, s'agissant des obligations internationales étatiques, qu'elles incombent aux autorités de tous les États dont les territoires sont mobilisés par les activités humaines concernées.

5.17. Les droits subjectifs internationaux des individus ont été négligés à la fois par la théorie du droit international privé et par la théorie du droit international public. Celle-ci, écartant les personnes privées parmi ses sujets, les a exclus largement de son champ de perception, celle-là n'est pas non plus parvenue à s'y intéresser en raison de la conviction qu'il s'agirait du droit plutôt *interne* et de l'adoption d'une vision « *foro-centrique* », l'État du for ne pouvant, à lui tout seul, pas accorder et faire respecter de tels droits. La théorie des droits subjectifs internationaux des personnes privées et de leurs obligations internationales *reste largement à édifier*.

6. Ambiguïté de la notion d'« État »

6.1. L'analyse a révélé le besoin d'approfondir la notion d'« État » au départ des *trois composantes* que lui prête la théorie du droit international : a) État au sens de *groupement humain* englobant des personnes physiques et des personnes morales privées qu'elles créent ; b) État au sens d'*ensemble d'autorités publiques*, et de *services publics*, que se donne ce groupement humain dans l'intérêt de ses membres ; c) État entendu comme *territoire* car ce groupement humain est rattaché à un territoire limité et ses autorités n'exercent leur pouvoir que sur celui-ci.

6.2. La dichotomie que cultive la théorie du droit international, encline à opposer les *États* aux *personnes privées*, résulte de la polysémie de la notion d'État. Dans le langage commun, l'« État » tend à désigner le seul *appareil étatique* et exclut les personnes *privées*, chacune d'elles et leur ensemble : « *travailler à l'État* » signifie travailler pour des autorités ou services publics et précisément pas pour des *personnes privées*.

6.3. Il en va *tout autrement* en droit international, où le terme « État » englobe *tout autant sa composante publique* – les autorités et d'autres organismes *publics* : dans leur ensemble et chacun d'eux – *que sa composante privée* – les personnes *privées*, physiques et morales, dans leur ensemble et chacune d'elles. Les ressortissants d'Italie n'appartiennent pas moins à l'« *Italie* » (le terme « *Staat-sangehörigkeit* » désigne justement l'*appartenance*) que les juges d'Italie. Comme une autorité est « *partie d'un État* », une personne privée relevant d'un État est « *partie de cet État* ». L'« *Italie* » en tant qu'État en droit international est autre chose que l'« *État italien* ». L'État-appareil étatique, y compris l'État-service public, est justement *au service* de l'État-groupement humain. Opposer les États et les individus est spécieux car ceux-ci sont une partie constitutive de ceux-là. Les États, c'est aussi et d'abord *nous-mêmes*.

6.4. Dans les expressions « *la Suisse est le premier exportateur de montres en France* » ou « *le second partenaire commercial de l'Union européenne* », « *Suisse* » désigne d'abord les personnes privées de Suisse. Récurrente dans milliers de traités, l'expression « *relations internationales entre les deux pays* » englobe les relations entre les *personnes privées* relevant des deux pays. Si une personne privée relevant d'un État est une « *partie de l'État* », comme l'est une autorité publique, des relations entre personnes privées *de France* et personnes privées *de Suisse* ne sont pas moins des relations *entre la France et la Suisse* que les relations entre leurs gouvernements ou autorités fiscales.

6.5. Le terme « *gens* » inscrit dans l'appellation « *droit des gens* » désigne davantage les personnes *privées* d'un État que les autorités *publiques* de cet État. Le « *ius gentium* » était aussi un ensemble de principes se voulant applicables aux relations entre commerçants appartenant à des peuples différents, relations qu'on qualifierait aujourd'hui d'« *internationales privées* ». Même le terme « *Völkerrecht* » signale davantage les relations entre les membres de la composante *personnelle* des États, les États-peuples, que les relations entre les *autorités* de ces États, les *appareils étatiques*.

6.6. En dissociant les *autorités publiques* d'un État et les *personnes privées* d'un État, on discerne mieux la réalité incontestable que les premières, quand elles concourent, avec les autorités d'autres États, à poser du droit international le font dans l'intérêt des secondes – elles sont au *service* des secondes – non moins que quand elles concourent, avec d'autres autorités du même État, à poser le droit interne. Lorsque le terme « *État* » désigne plutôt l'appareil étatique (« *la Suisse est obligée d'extrader tel prévenu vers les États-Unis* » ; « *la Suisse a le droit de taxer M. Romano* »), il vaudrait mieux le remplacer par l'expression « *autorités compétentes de l'État* ».

6.7. En parcourant bon nombre d'instruments interétatiques, on s'aperçoit que les destinataires « *étatiques* » des droits et obligations ne sont pas uniquement les « *États* » dans leur ensemble, mais telle « *autorité* », tel « *organisme* », telle « *institution* » spécifique. Dissocier l'État-groupement humain de l'État-appareil pousse à dissocier au sein de celui-ci les différentes autorités, subdivisions politiques, services, organismes, lesquels peuvent se voir attribuer des droits subjectifs et des obligations par des instruments internationaux. Parler d'État *en bloc* empêche d'avoir une vision affinée et adhérant au droit « *positif* » tel qu'il se dégage de milliers d'instruments « *posés* » par les autorités compétentes de deux ou plusieurs États.

6.8. Soutenir que les États – au sens d'appareils étatiques – évoluent dans l'ordre *international*, dans la société *internationale*, alors que les personnes privées qui les composent évolueraient dans l'ordre ou la société *interne*, c'est fermer les yeux sur la réalité et la raison d'être d'une partie essentielle du droit international. Ce sont surtout les *personnes privées relevant des États* qui agissent internationalement, en se déplaçant, en commerçant, en investissant à travers les frontières. C'est parce que l'État-appareil A est, quant au rayon de ses activités régaliennes, confiné « *à l'interne* » de son *territoire* et ne peut, tout seul, rien permettre, empêcher ou régler sur les territoires des États B, C, D, etc., qu'il faut que les autorités de cet État A *se coordonnent* avec les autorités des États B, C, D, pour, précisément, permettre et régler les activités humaines transfrontalières réputées bénéfiques dans lesquelles les personnes privées de l'État A souhaitent s'engager, avec les personnes privées mais aussi publiques des États B, C, D, et décourager et réprimer les activités humaines transfrontalières réputées dommageables. Ces « *parties* » d'un État A que sont *ses autorités* sont, quant à leurs activités, des *sujets beaucoup moins internationaux* que ces autres « *parties* » du même État A que sont *ses personnes privées*.

6.9. Certes, des organismes étatiques participent à des activités transfrontalières, mais on a tendance à dire qu'ils agissent en dehors des prérogatives étatiques régaliennes strictement entendues et plutôt comme des *personnes privées*.

7. Les confirmations à tirer du droit euro-international

7.1. Le droit inscrit dans les traités constitutifs de l'Union européenne, et dans les instruments « *dérivés* » de ces traités, confirme : a) que le droit international vise à assurer la « *sécurité* », à élargir la « *liberté* », le « *bien-être* », à augmenter le « *niveau de vie* », la « *protection* » et le « *bonheur* » des individus composant les groupements humains organisés en États et des personnes morales privées qu'ils créent ; b) que le règlement des relations entre *États membres* au sens d'appareils étatiques, et la création d'autorités euro-internationales, est au service de tels objectifs ; c) que les autorités des États membres et les autorités euro-internationales font du *droit multiétatique* en vue d'accorder aux personnes privées, physiques et morales, de ces mêmes États des *droits subjectifs euro-internationaux*, parmi lesquels les droits aux libertés « *fondamentales* » s'exerçant dans un espace multiterritorial formé par l'ensemble de leurs territoires « *souverains* » ; d) qu'en posant des règles de droit euro-international *public* régissant la circulation des personnes, des marchandises, des services, des capitaux, les autorités des États membres et les autorités euro-internationales qu'ils ont créées aspirent à faciliter les relations internationales entre *personnes privées*, sociales, commerciales, professionnelles, familiales, etc. ; e) que les relations entre personnes privées relevant de deux États membres sont constitutives des relations *entre ces États membres* non moins que le sont les relations entre leurs autorités ; f) que les autorités d'Italie ne peuvent pas, par des semi-règles de droit international privé de source mono-nationale, prétendre régler les relations contractuelles franco-italiennes entre entreprises françaises et entreprises italiennes ou les relations familiales entre ressortissants italiens et ressortissants français en fixant leurs droits et obligations de droit privé ; g) que, dès lors, il est nécessaire de *coordonner* l'activité et organiser la *coopération* des autorités législatives, juridictionnelles, d'exécution des États membres en matière *civile* pour faire exister, respecter et faire respecter les droits subjectifs et obligations réciproques des personnes privées relevant de ces mêmes États membres ; h) que les instruments internationaux peuvent fort bien et tout à la fois être le fruit d'un accord entre les *autorités* compétentes pour les négocier et les adopter, lier les autorités compétentes pour les mettre en œuvre et avoir aussi pour destinataires les *personnes privées* ; i) que le droit euro-international *public* – coopération policière et pénale, sécurité sociale, transports, etc. – et le droit euro-international *privé* règlent différents aspects des mêmes activités humaines euro-internationales et des relations qui en résultent, etc.

8. Pertinence d'une théorie unitaire et humanisée du droit international

8.1. Une théorie du droit international *public* qui exclut du cercle de ses sujets les êtres humains – pourtant qualifiés, par bien de ses instruments, de « *membres de la famille humaine* » – a du mal à comprendre, et donc à expliquer, y compris au *public* qu'ils forment, l'évolution que vit le droit international et en prédire et

accompagner le développement futur. Une théorie qui « *désinternationalise* » le droit international *privé*, et l'expose au départ d'une vision « *foro-centrique* », s'éloigne aussi des besoins premiers qu'éprouvent les personnes privées quand elles engagent des relations transfrontalières et a du mal à concourir à son progrès, en risquant même de le freiner.

8.2. Organisant l'*entraide* des deux théories, une théorie *unitaire* du droit international promet d'être une théorie *humanisée* (a) tout autant qu'une *théorie du droit international positif* (b).

a) *Théorie humanisée*. Une telle théorie unitaire se donne pour capable d'aider la théorie du droit international (public) à redécouvrir les êtres humains au rang des sujets *ordinaires* et non pas *exceptionnels* d'innombrables relations internationales et règles de droit international, ce qui est depuis longtemps un acquis de la théorie du droit international privé, laquelle insiste sur la *centralité des personnes privées* dans les relations internationales qui les concernent. Mais une telle théorie unitaire est également susceptible d'aider la théorie du droit international privé à s'accomplir en tant que *théorie du droit privé dans un espace bi- ou multiterritorial*, car seule la coopération entre États – objectif du droit international public selon la théorie du droit international (public) – permet d'épargner aux personnes privées les affres qu'entraînent les conflits de compétences et de leur assurer des droits subjectifs et des obligations dignes de ce nom, le plus souvent sans les contraindre à recourir à un juge et les inciter à la course au tribunal.

b) *Théorie du droit positif*. Une telle théorie unitaire semble bien en adéquation avec le droit international *positif*, à la fois la *lettre* et l'*esprit* – souvent révélé par les *préambules* – des ensembles de règles interétatiques qui l'incarnent, y compris celles qui sont issues de la concordance entre deux semi-règles mono-nationales génératrices de droit interétatique. Il s'agit d'une théorie qui reconnaît aux États, à leurs multiples autorités, aux autres personnes de droit public et aux personnes privées, physiques et morales, le rôle que leur assignent les règles interétatiques qui en gouvernent les relations internationales croisées en leur attribuant des droits subjectifs internationaux et des obligations internationales. Une telle théorie permet d'englober dans l'exposé du droit international *tout court* nombre de domaines, d'instruments et de règles bi- et multilatérales d'importance fondamentale dans notre vie internationale d'êtres humains et des collectivités que nous formons et qui ont pourtant été délaissés tant par la théorie du droit international *privé* que par la théorie du droit international *public* car ils cadrent mal avec l'exposé de départ : *droit international public = relations entre États (et organisations internationales)* ; *droit international privé = relations entre personnes privées*. Que l'on pense aux instruments où les relations internationales entre *un État* et *une personne privée* y sont particulièrement visibles, à l'instar de ceux qui ont pour objet la liberté internationale d'établissement et de circulation des personnes, le libre-échange des marchandises, les investissements internationaux, la sécurité sociale internationale, la double imposition, le droit des réfugiés, et bien d'autres.

8.3. Une théorie unitaire et humanisée est mieux à même de prédire l'*évolution* du droit international. Largement asservie à l'expansion des droits des personnes physiques et morales formant les groupements organisés qui le créent par l'intermédiaire de leurs autorités, et à l'expansion du rayon géographique de leurs libertés, l'*expansion du droit international* ne peut que se poursuivre. Celle-ci s'explique par des besoins humains, eux-mêmes toujours en expansion. De plus en plus de personnes relevant de plus en plus d'États souhaitent disposer de la liberté de s'adonner à des activités – et engager des relations – mobilisant deux ou plusieurs territoires étatiques, et s'attendent de leurs autorités à ce qu'elles les protègent contre des atteintes toujours plus nombreuses pouvant provenir d'autres territoires.

8.4. D'après les règlements des universités, la recherche est au service du progrès de la collectivité et des êtres humains qui la composent. La recherche en droit international devrait être asservie au progrès du *droit des relations internationales*, privées et publiques, y compris de type « *public-privé* », au progrès humain qui s'y attache, et à la régression des relations internationales *anarchiques*. Aussi bien, « *humaniser* » les questions de recherche et la manière d'en exposer les résultats semble être de notre devoir de chercheurs.

8.5. Le mouvement dit d'« *Open Access* » nous recommande de mettre nos écrits à disposition de la collectivité qui nous finance. Moins qu'auparavant, nous pourrions nous adonner à des exercices intellectuels qui ne sont compris que par nos pairs et qui alimentent des débats se déroulant en circuit fermé. Le public pourra exercer son contrôle sur la pertinence des *théories* que nous produisons et leur adéquation avec l'« *observation* » (*theôrein*) de la réalité humaine, sur l'utilité des questions dont nous discutons et auxquelles nous consacrons d'importantes ressources publiques. Même en droit, des convictions fallacieuses peuvent causer beaucoup de malheur humain.

Mots-Clés : Droit international privé - Droit international public - Conflit de lois - Conflit de juridictions

Droit international privé - Coopération interétatique - Confiance mutuelle - Reconnaissance
