



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Thèse

2005

Extract

Open Access

This file is a(n) Extract of:

L'unilatéralisme dans le droit international privé contemporain

Romano, Gian Paolo

This publication URL:

<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:135663>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holders for terms of use.

**Université de Paris II Panthéon-Assas
Università degli Studi di Padova**

**L'UNILATÉRALISME
DANS LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ CONTEMPORAIN**

(Résumé en langue française)

Thèse pour le doctorat en droit
soutenue publiquement à Padoue
le 22 avril 2005

par

GIAN PAOLO ROMANO

**Directeurs : Prof. Bertrand Ancel (Université de Paris II)
Prof. Tito Ballarino (Università di Padoue)**

Introduction

1. – Il est communément admis que l'unilatéralisme a gagné du terrain dans ce qu'il est depuis quelques décennies convenu d'appeler « le pluralisme de méthodes » en droit international privé. Cependant, la doctrine moderne ne paraît avoir encore eu l'occasion de s'arrêter ni sur les raisons qui expliquent cet essor ni, surtout, sur l'ampleur exacte de celui-ci. Voilà qui représente, nous semble-t-il, une bonne raison d'en reprendre l'investigation.

Le présent travail s'articule en trois parties. La première partie retrace l'histoire des « doctrines » unilatérales, de leur naissance jusqu'à nos jours. Puisqu'on veut parler d'unilatéralisme, il paraît nécessaire de bien cerner cette notion. Or celle-ci n'est livrée que par l'histoire, dont chacun connaît l'importance et même le prestige qu'elle a dans notre branche. Les deuxième et troisième parties portent sur l'étude de l'unilatéralisme en tant que théorie, c'est-à-dire en tant que grille de lecture du droit international privé contemporain. En particulier, la deuxième partie recense les règles unilatérales et, plus généralement, ces applications modernes de l'unilatéralisme qui ne se laissent pas enfermer en une seule règle, mais découlent plutôt de l'engrenage de plusieurs. La troisième partie vise à explorer l'apport que l'unilatéralisme est en mesure de fournir à l'explication de certaines tendances modernes, dont la bilatéralité classique a du mal à rendre compte en s'appuyant sur ses seules ressources : en un mot, il s'agit du phénomène de la « matérialisation » du droit international privé. Du même coup, on cherchera à découvrir si et dans quelle mesure les systèmes modernes s'adonnent à la résolution des conflits positifs et négatifs, dans lesquels le bilatéralisme n'a jamais cessé de voir la pierre d'achoppement de toute doctrine unilatérale, aussi séduisante soit-elle.

PREMIERE PARTIE

L'HISTOIRE DES DOCTRINES UNILATÉRALES

2. – D'après ce qu'on peut appeler le programme de l'unilatéralisme en tant que doctrine, chaque Etat doit se borner à déterminer le champ d'application de ses propres règles matérielles, sans se prononcer sur celui des règles matérielles étrangères. Celles-ci ne peuvent être délimitées dans l'espace que par l'Etat qui les édicte, et dont la détermination à cet égard doit dans la mesure du possible être acceptée et respectée par le for. L'unilatéralisme se heurte alors aux cumuls, ou conflits positifs, et aux lacunes, ou conflits négatifs. Une variété de propositions pour résoudre ces conflits se dégage de l'histoire des doctrines unilatérales, assez peu explorée sur ce point.

L'opposition de l'unilatéralisme au bilatéralisme a trait à chacun des trois points de ce programme. Pour le bilatéralisme traditionnel, en effet, le for détermine dans quel Etat, pour lui, chaque classe de rapports a son « siège », façon imagée pour désigner le critère de rattachement le plus étroit ou le plus fort ; une fois identifié, ce critère aboutit à tracer le champ d'application aussi bien de la loi du for que de la loi étrangère ; les cumuls restent ainsi en dehors du champ de perception du for ; les lacunes se laissent parfois constater par le biais du renvoi, au sujet duquel l'attitude de la bilatéralité traditionnelle n'est traditionnellement pas bien assise.

3. – L'idée unilatérale en tant que doctrine opposée à la bilatéralité, est née lors du processus de codification allemande de la fin du XIX^e siècle, et du mouvement d'idées assez vivace qui en a accompagné et suivi l'élaboration (I). Elle a connu un « renouveau » au milieu du XX^e siècle, essentiellement en France et en Italie, sous l'impulsion des trois fortes personnalités de Niboyet, de Pilenko, et de Quadri (II). Enfin, et bien que par une voie et sous des formes assez originales, cette idée s'est implantée aux Etats-Unis, dans le contexte de la « révolution américaine », où elle est encore cultivée et peaufinée de nos jours (III).

En revanche, les doctrines statutaires, telles du moins qu'elles sont présentées par la doctrine contemporaine, intéressent peu cette investigation. Les statutaires, s'ils dégagèrent le critère de délimitation des normes matérielles de la nature de celles-ci, avaient le plus souvent, à défaut de règles de droit international privé codifiées et différentes d'un ordre juridique à l'autre, procédé à ce qu'on a appelé une

« bilatéralisation instinctive » de ce critère. Ce qui était au départ un critère de délimitation d'une règle matérielle spécifique se muait en effet inévitablement en critère de rattachement bilatéral, applicable aux règles matérielles analogues de tous les ordres juridiques sans distinction.

Le débat entre bilatéralité et unilatéralité se nourrit quant à lui de la divergence des systèmes de droit international privé. Cette divergence n'apparaît véritablement qu'à partir du processus de nationalisation et donc de diversification qu'a connu notre branche. Cela nous plonge au cœur de ce grand siècle juridique que fut le XIX^e.

CHAPITRE I

L'UNILATERALISME ALLEMAND

4. – L'idée unilatérale s'est fait jour lors des travaux de codification du droit civil allemand et elle a pénétré largement la Loi d'introduction au Code civil (*EGBGB*) de 1896. On s'efforcera ainsi d'en esquisser la laborieuse histoire, demeurée depuis si longtemps inconnue à bien des égards, souvent décisifs (A). Plusieurs auteurs ont ensuite défendu cette idée (B). Cependant, les critiques furent dès le début vigoureuses, essentiellement en Allemagne et en Italie (C). Un bilan de cette première phase du débat s'impose enfin (D).

A. L'unilatéralisme dans la Loi d'introduction au Code civil allemand de 1896

5. – La première allusion moderne au principe du « respect de la volonté d'application de la loi étrangère » comme critère d'identification du droit applicable se retrouve, semble-t-il, dans l'exposé des motifs du projet de codification de 1881 d'Albert Gebhard, de formulation essentiellement bilatérale. Celui-ci l'avait très probablement repéré en Heinrich Thöl, auteur passablement oublié aujourd'hui.

S'appuyant sur l'exclusivité du pouvoir normatif du législateur du for, Gebhard rejette ce principe avec beaucoup de vigueur : les règles de droit international privé sont des normes internes et nationales, aucun principe contraignant de valeur universelle ne se dégageant du droit des gens ; le point de vue du for est le seul qui compte ; la volonté d'application de la loi étrangère n'a donc aucune valeur pour lui. Si l'on veut, sur les traces de Savigny, parler de « siège » du rapport juridique, , précise-t-il encore, ce siège est, pour chaque Etat, établi uniquement, unilatéralement, pourrait-on dire, par son législateur.

Cette définition de la règle de droit international privé comme étant affaire « purement interne » et « nationale » souleva quelques perplexités lors de la discussion au sein de celle qu'on allait ensuite appeler « première commission ». Les réserves, qu'on ne parvint cependant pas à expliciter de façon claire, concernaient précisément la branche bilatérale ou « extroverse » de la règle de conflit : même en l'absence, que les commissaires tinrent pour incontestable, de limites posées par le droit des gens, il y avait à l'estime de certains d'entre eux quelque chose de « discordant » à édicter une règle *allemande* qui délimiterait positivement le champ d'application des règles *étrangères*. Le Ministère des affaires étrangères se fit l'écho de cette perplexité, en estimant que la rigidité de règles purement *nationales* pourrait nuire à la stabilité et au développement harmonieux des relations *internationales*. C'est assurément là une des raisons pour lesquelles le Chancelier, reprenant à son compte les préoccupations du Ministère, ordonna que les règles de droit international privé fussent retirées du projet publié en 1888.

6. – La deuxième commission annonce d'emblée qu'elle procèdera à une codification du droit international privé, sans quoi la certitude et l'unité du droit allemand ne seraient pas effectives. Mais avant qu'elle n'en entame la discussion, un fait se produit, destiné à avoir un retentissement remarquable dans la suite des travaux.

Schnell avait fait parvenir aux commissaires des observations assez détaillées sur le projet. Celles-ci n'ont pas été publiées à ce jour, mais un résumé succinct parut en 1895 à la revue de Böhm (l'homologue allemande du Journal de Clunet). Selon Schnell, le législateur allemand doit se borner à délimiter le champ d'application des règles matérielles allemandes, tout en renonçant à tracer celui des législations étrangères du monde entier. Schnell insiste essentiellement sur les incohérences théoriques internes à l'ordre juridique allemand qu'il perçoit dans le choix bilatéral, ainsi que sur les résultats pratiques malencontreux qui en découlent. La *Gleichberechtigung*, l'« égalité en droit » des Etats, dont l'Allemagne veut s'inspirer, impose de respecter aussi bien le droit matériel étranger que la délimitation que le législateur étranger en a fait. En outre, la désignation du droit étranger peut aboutir à méconnaître un accord, concerté ou spontané, entre deux ou plusieurs Etats étrangers ainsi que, par conséquent, à violer les droits acquis par les individus en vertu d'une loi étrangère, et donc à méconnaître les intérêts des particuliers à la stabilité de ces droits. Tout cela ne répond à aucun intérêt de l'Allemagne, et cela contraste même avec l'objectif visé par elle. Schnell en apporte des illustrations. Pourquoi l'Allemagne devrait-elle remettre en question le droit reconnu par la loi suisse du domicile aux héritiers d'un *de cuius* danois, alors que les deux pays concernés s'accordent à lui reconnaître ce droit ? Enfin, le champ d'application des règles matérielles découle de leur contenu. S'agissant des règles étrangères, le for ne connaît pas ce contenu et il est donc mal placé pour en tracer le périmètre d'efficacité.

Certes, cette démarche peut entraîner des conflits positifs et négatifs. Le législateur du for peut alors prendre sa règle comme référence. Il ne s'agit pourtant pas de la seule solution possible. Schnell préconise parfois un désistement de la loi du for lorsqu'elle est en conflit avec une autre loi. S'agissant de la capacité à contracter mariage, les citoyens allemands domiciliés aux Etats-Unis sont régis par la loi allemande en Allemagne et par la loi américaine aux Etats-Unis. Cela est déplorable. D'où l'opportunité pour l'Allemagne, dans l'intérêt de ces individus, de renoncer à l'application de sa loi et de reconnaître l'efficacité de la loi américaine. Pour le conflit négatif, la loi allemande pourrait, au moins dans certains cas, reprendre sa compétence.

7. – Dans son rapport à la séance du 6 mars 1895, Gebhard expose et rejette les idées susmentionnées : il insiste sur la légitimité de l'option bilatérale au regard du droit des gens, et dénonce le risque d'insécurité juridique qui résulterait de l'option unilatérale et qui porterait, d'ailleurs, atteinte à l'unité du droit allemand, objectif majeur de la codification.

Les arguments de Schnell seront cependant repris par deux commissaires. Selon le premier, l'absence de limites posées par le droit des gens à la liberté du for ne s'oppose pas à ce que l'Allemagne, en s'inspirant du principe de l'« égalité de droit » des Etats, trouve plus convenable de renoncer à intervenir elle-même, dans la mesure où les Etats les plus impliqués ont déjà désigné la même loi applicable. Ainsi, le législateur du for devrait, en général, faire sienne cette solution uniforme. Loin d'avoir un intérêt quelconque à briser cet accord, le for trouverait assurément son compte à le reconnaître dans son système, ce qui lui permettrait en effet de respecter les droits acquis par les individus.

Pour un autre commissaire, dès qu'une situation juridique est créée, elle est nécessairement appréhendée par des règles matérielles. La tâche du juge est précisément de découvrir quelles sont ces règles. Au lieu de se livrer à une telle recherche, le législateur se fourvoie, en imposant à son juge d'appliquer à cette situation la loi de son choix, laquelle peut ne pas être destinée à la régir.

Malgré ces critiques, la deuxième commission opte pour la fixation de la sphère d'application tant du droit du for que du droit étranger. Elle justifie ce choix en se fondant sur l'inexistence de limites à la liberté du législateur du for, d'une part, et sur l'objectif d'unité du droit allemand ainsi que la crainte de l'insécurité juridique et la facilité d'application pour les juges du for de la règle bilatérale, d'autre part. Le fond des objections au choix bilatéral n'a pas été vraiment abordé par la commission.

En revanche, les soucis dont elles s'inspirent allaient faire l'objet d'un débat nourri dans le cercle des juristes des ministères du *Reich* ainsi que des *Länder*. Bien que

mené sur un plan informel, ce débat allait se révéler décisif pour l'aboutissement des travaux.

8. – Pour le Ministère des affaires étrangères, les rédacteurs se sont fixé comme seul objectif de créer des règles simples renvoyant le juge soit au droit du for, soit à un droit étranger déterminé, afin d'éliminer l'incertitude au sujet de la loi applicable dans l'intérêt des citoyens du *Reich* qui vivent dans le for. Ainsi, l'importance du caractère international de la matière a été perdue de vue. En fixant la sphère d'application des législations de tous les Etats, la commission n'a pas suffisamment réfléchi à ce que les règles bilatérales peuvent amener le juge à appliquer une loi qui ne veut pas s'appliquer. Et ce même lorsque cette absence de volonté d'application découle d'un accord entre deux Etats étrangers désignant une autre loi. Pour ces raisons, une révision globale du projet s'impose.

Le Ministère de la justice du *Reich* rétorque qu'il n'y a pas lieu de craindre des complications dans les relations internationales, que les accords des autres Etats ne sont pas contraignants pour le for, que les lacunes découlant de l'abstention du for par rapport à la désignation du droit étranger seraient fâcheuses. Il demande alors l'appui du Ministère de la justice de Prusse.

Pour celui-ci, la légitimité pour le for de fixer la loi applicable aux controverses portées devant ses tribunaux ne fait pas de discussion. Cependant, il est opportun de procéder avec une prudence particulière s'agissant des espèces les plus étrangères à l'ordre juridique du for. Il est donc parfaitement concevable que le for tienne compte de l'accord qui existe dans ces cas entre les Etats les plus affectés, et qu'il renonce ainsi à leur imposer ses propres vues. A la réflexion, il n'est nécessaire d'avoir recours aux règles bilatérales que lorsqu'il s'agit des situations plus fortement insérées dans le for, notamment celles impliquant les citoyens du *Reich*. La détermination de la loi étrangère applicable se confond ici avec la question du renvoi. La commission s'est prononcée en faveur de la *Sachnormverweisung*. Outre la difficulté de mise en oeuvre du principe opposé, elle a considéré que l'application du droit étranger naît de la vision de la justice que le for a fait sienne, et qu'il n'y a pas lieu de remettre en discussion cette vision parce qu'un autre Etat s'en écarte. Le Ministère se rallie à cette opinion.

9. – L'impulsion décisive donnée à l'adoption finale de l'unilatéralité provient des représentants des Cités hanséatiques, nommés rapporteurs pour le droit international privé au *Bundesrat*, surtout ceux de Hambourg. Praticiens de renommée et naturellement ouverts aux besoins du commerce international, si vivace chez eux depuis si longtemps, ils estiment que le projet de Gebhard « l'oeuvre d'un théoricien », et, comme telle, « presque inutilisable en pratique ».

C'est surtout le désir, qui a inspiré le rédacteur, d'attribuer une sphère d'application aux règles matérielles de tous les Etats du monde qui en est, selon eux, responsable. Les intérêts en conflit sont si nombreux, la diversité des systèmes si considérable,

la jurisprudence internationale si peu développée dans certains domaines-clés, que chaque règle bilatérale du projet risque de mener à des résultats inacceptables en pratique. Mieux vaut ne se prononcer que sur le seul champ d'application de la loi du for, sauf dans certains cas où le besoin de certitude pour les autorités du for et pour les citoyens du *Reich* vivant dans le for exige la désignation directe du droit étranger.

Un projet alternatif, s'inspirant de ces principes, est alors élaboré. Celui-ci est discuté au sein d'une « conférence » pour le droit international privé, qui compte parmi ses membres toutes les parties intéressées.

10. – Un regard porté sur les règles de l'*EGBGB* permet de voir que les points de vue de tous les acteurs y trouvent, dans une certaine mesure, satisfaction.

L'unilatéralité pure de nombre de règles, et l'abstention qu'elle impose au for, procède du souci, explicité par Schnell et promptement partagé par la quasi-totalité de ceux qui ont été ensuite appelés à se prononcer, de rendre possible une coordination avec les solutions reçues au sein des Etats étrangers. La renonciation à figer dans une règle rigide certains domaines, insuffisamment élaborés, tels que les contrats et les droits réels, vise à éviter que le commerce international puisse s'en trouver rapidement entravé. Les règles « imparfaitement bilatérales » répondent à l'intérêt du for de désigner directement le droit étranger pour certaines espèces qui lui sont fortement rattachées. Pour celles-ci, la sécurité des opérateurs du for a été jugée plus importante que le besoin de coordination. Ce dernier demeure cependant intact s'agissant des espèces plus éloignées : d'où le retour à la démarche unilatérale. Les quelques règles bilatérales ont été enfin assorties du renvoi, que le Ministère de la justice de Prusse, ainsi que, comme on va le voir, d'autres voix avant lui, avaient rapproché de l'unilatéralisme : le souci d'éviter qu'une loi ne s'applique contre sa volonté l'emporta enfin, et avec lui, l'un des postulats fondamentaux de l'idée unilatérale.

B. La pensée des unilatéralistes allemands

11. – L'idée unilatérale, dont on a essayé d'esquisser le plus fidèlement possible l'émergence progressive lors des travaux de codification du Code civil allemand, inspira un certain nombre d'auteurs. Thöl, un contemporain de Savigny, peut en être considéré à bien des égards comme un précurseur. Les défenseurs de cette idée, bien qu'ils y fussent parvenus par des voies parfois différentes, furent, plus résolument, von Bar, Edelman, Niedner, Keidel, Enneccerus et, plus modérément, Neumann. Bien que les arguments avancés pour la défendre furent assez diversifiés, la pensée de ces auteurs n'eut aucun retentissement. Il semble que, à l'exception de Niedner, souvent associé à Schnell en tant l'« autre » unilatéraliste, on ne prit pas conscience de l'unilatéralisme dans lequel baignaient leurs réflexions.

12. – Le premier auteur à se référer au respect de la volonté d'application de la loi du for ainsi qu'étrangère fut, semble-t-il, Heinrich Thöl, entre 1847 et 1851. Pour Thöl, le juge doit rechercher quel droit « veut » régir la question litigieuse. A cet effet, il doit interpréter les différents *Particularrechte*, et cela en deux étapes. Tout d'abord, il doit se demander si son propre droit veut s'appliquer. Ce faisant, il doit tenir compte des règles qui fixent expressément une telle délimitation. De telles règles sont rares. S'il n'y en a pas, c'est le juge qui doit effectuer cette délimitation, par une interprétation du contenu de la loi du for.

S'il en conclut que celle-ci n'a pas de volonté d'application, il passe alors à l'étape suivante : identification de la loi ou des lois étrangères qui ont une telle volonté. Là aussi, il est vrai, le for peut orienter le juge vers une loi étrangère spécifique. Mais il ne le fait que rarement. La recherche de la volonté d'application est alors libre. C'est l'opération la plus délicate.

Il se peut d'ailleurs que plusieurs lois aient cette volonté. On est là en présence d'un « vrai conflit » (*wirklicher Widerstreit*). Si la loi du for y est impliquée, celle-ci l'emportera en règle générale. Cependant, ceci n'est vrai que lorsqu'il n'est pas donné de déduire la « volonté d'une règle (le cas échéant du for) de céder devant l'autre ». C'est pour Thöl le but du droit international privé que de déterminer jusqu'où les lois veulent étendre leur application, de les articuler les unes aux autres. Cependant, ils ne s'en explique pas davantage.

Il est piquant de lire chez Thöl que Savigny aurait approuvé sa doctrine. Si l'on peut douter de l'exactitude de l'interprétation que Thöl donne du passage du huitième volume du grand ouvrage de Savigny, dont il a cru pouvoir tirer cet éloge, il est certain qu'à cette époque la bilatéralité n'avait pas la signification qui lui est attribuée aujourd'hui : on y reviendra après. Ceci est confirmé avec éclat par le fait que la première codification s'inspirant de l'enseignement savignien, les articles 3 à 9 du Code civil zurichois de 1853, dont un élève puis ami de Savigny, Johann Caspar Bluntschli, en fut le rédacteur, est empreinte d'unilatéralité.

13. – Une autre malice de l'histoire semble abonder dans ce sens : Carl Ludwig von Bar, dont on enseigne en général qu'il s'est engagé plus que tout autre peut-être dans la voie ouverte par Savigny, a adhéré à l'unilatéralisme dans un de ses tout derniers écrits, sans avoir conscience de trahir par là la pensée savignienne.

Pour von Bar, l'Etat remplit sa mission d'établir une réglementation de droit international privé lorsqu'il se borne à déclarer à quelles espèces il entend appliquer sa loi, sans désigner lui-même la loi applicable aux espèces qui y échappent. D'où jaillissent alors, se demande-t-il, les règles bilatérales ? Von Bar se lance ici dans une des rares explications des fondements de la bilatéralité qui nous aient été laissées. En premier lieu, les législateurs sont persuadés que le rattachement qu'ils utilisent découle en quelque sorte d'une « nature des choses » s'imposant à tous. En deuxième lieu, la désignation directe facilite la tâche de leurs juges. En troisième

lieu, ils sont convaincus que la sécurité et la prévisibilité du droit en sont assurées. Enfin, ils ne songent pas au fait que la compétence qu'ils offrent à l'Etat étranger, découlant de la « nature des chose », puisse être refusée par ce même Etat.

Mais il s'agit bien pour l'auteur d'une explication, s'appuyant moins sur des arguments théoriques et pratiques que sur des données psychologiques et historiques, de la permanence du choix bilatéral, et non d'une justification de celui-ci. Pour von Bar, la désignation bilatérale demeure franchement inopportune. Un législateur « particulièrement prudent » peut fort bien se limiter à fixer la compétence de ses lois. C'est bien ce que le législateur de l'*EGBGB* a fait, le plus souvent. En voilà, pour von Bar, les raisons : la législation du droit international privé évolue à mesure que des dispositions détaillées remplacent les dispositions d'origine, plus générales et plus vagues ; à mesure que ce processus avance, les cas deviennent plus nombreux où se laisse constater le défaut de coïncidence entre les choix des différents législateurs ; d'où la nécessité de restreindre la portée de la règle de droit international privé du for, pour pallier les inconvénients de cette absence d'harmonisation.

14. – C'est lors de l'interprétation des lacunes laissées par les règles unilatérales qu'Edelmann s'intéresse à la question. A cet effet on a proposé, relate-t-il, l'analogie, ce qui aboutirait à une bilatéralisation. Cette solution est, pour lui, intenable. L'interprétation de ces règles « selon la volonté du législateur et le but de la loi » (*nach Sinn und Zweck*) ainsi que l'analyse des travaux préparatoires le confirment résolument. S'il y a eu un souci politico-diplomatique, il sera méconnu. De manière générale, les espèces que le législateur a voulu régir de façon complète touchent de près la « sphère des intérêts du for ». Le rattachement a été choisi par le for en vue de ces intérêts, donc de façon, dit-il, « égoïste ». La bilatéralisation est alors à exclure dans tous les autres cas, le législateur ayant manifestement voulu s'abstenir de leur étendre des solutions nationales et égoïstes. L'examen des travaux préparatoires conduit lui aussi à refuser la bilatéralisation proposée. Le législateur a estimé que la délimitation de la sphère d'application des règles étrangères sur la base de « paramètres élaborés par lui-même » contraste avec les finalités de toute réglementation de droit international privé.

15. – Le problème est, pour Niedner aussi, celui de combler les lacunes. La fonction de la règle de conflit étant de déterminer la compétence législative, il a paru inopportun au législateur de l'*EGBGB* que le for se prononce également sur celle d'un Etat étranger. Cela se justifie, pour l'auteur, pour plusieurs raisons, si bien que les critiques qu'on a pu adresser à l'unilatéralité sont sans fondement : règles internes sur la compétence des lois étrangères représentent des entremises inutiles du for dans l'exercice de cette souveraineté normative des Etats étrangers que le for accepte pourtant de leur reconnaître ; ensuite, elles finiraient par poser des règles matérielles internes ; enfin, elles seraient susceptibles de violer un droit acquis à l'étranger. Il est vrai que cette violation peut aussi résulter de règles unilatérales, parce qu'il se peut que, lorsque la loi du for, en se reconnaissant

compétence, a fait naître un droit, d'autres lois étrangères en aient fait surgir un elles aussi. Mais ce n'est là que la conséquence regrettable de l'absence d'unité de ces règles.

16. – Selon Enneccerus, les normes unilatérales de l'*EGBGB*, loin d'être lacunaires voire « pathologiques », ont le mérite de faciliter la « paix dans les relations internationales », tout en évitant les immixtions du for dans les rapports qui sont étrangers à son ordre, et dont la réglementation, y compris la désignation de la loi à laquelle les règles matérielles doivent être empruntées, appartient naturellement à d'autres Etats. De plus, elles servent de base à l'élaboration des accords internationaux.

Les règles bilatérales de l'*EGBGB* sont d'ailleurs des *Gesamtverweisungen*. La justification est, pour lui, identique à celle de l'unilatéralité. La *Sachnormverweisung* arrache la règle matérielle de sa règle de délimitation, alors qu'elles sont inséparables. Par conséquent, elle oblige le juge à appliquer un droit qui n'existe pas, si ce n'est qu'en vertu de cette désignation du for. Cela aboutit à méconnaître les prévisions des parties, lesquelles, lorsqu'elles ont créé le rapport juridique, n'ont pas pu s'attendre à l'application de cette loi. Les injustices et les arbitrariedades qui en résultent ne peuvent pas être attribuées à la volonté d'un législateur rationnel. Les résultats sont en effet absurdes : comment le législateur allemand peut-il établir lui-même quelle loi est compétente pour régir un mariage entre deux Danois célébré en Angleterre ? S'il y a un accord sur l'application du droit anglais du domicile, appliquer le droit danois de la nationalité revient à décevoir les attentes des parties, qui ont légitimement compté sur l'application du droit anglais. L'unilatéralité assure ainsi la « paix internationale interindividuelle », l'harmonie et la stabilité des rapports internationaux.

17. – L'unilatéralisme de Keidel est plus élaboré. Chaque règle, même de droit international privé, se compose de deux éléments : le « contenu normatif » et la « formule impérative ». Si l'on conçoit la règle bilatérale comme *Sachverweisung*, on n'applique pas une règle étrangère, mais une règle interne. Cela contrevient à l'objectif du droit international privé, à savoir, pour l'auteur, de faciliter le commerce international. Si deux pays A et B s'accordent pour soumettre la capacité à la loi du domicile, le fait de juger cette capacité sur la base de la loi nationale revient à entraver ce commerce. Cependant, une *Gesamtverweisung* est tout aussi défectueuse, parce qu'elle aboutit à nier à la règle bilatérale tout contenu normatif. On est donc tenté – en conclut l'auteur – d'abandonner la bilatéralité, et d'adhérer au principe de l'unilatéralité : c'est précisément ce qu'a fait le législateur de l'*EGBGB*.

Il est assurément vrai que la situation peut se compliquer pour le juge. S'il y a un accord entre deux législations étrangères, on appliquera la loi sur laquelle porte cet accord. Il se peut toutefois que deux Etats étrangers revendiquent pour eux-mêmes la compétence. C'est le conflit positif. Il est probable que le juge soit

instinctivement emmené à appliquer, dans ces cas, la loi dont la règle de droit international privé (unilatérale) est plus semblable à la sienne. S'il en est ainsi, il n'y a aucune raison de bilatéraliser les règles du for, parce que l'avantage qui en résulte n'est pas perceptible dans ces hypothèses, alors que l'inconvénient est manifeste dans bien d'autres. Il est enfin possible qu'aucune des deux législations ne prétende s'appliquer. Si l'une des deux est la loi allemande, la situation tombe sous l'article 27 de l'*EGBGB*, dont on dit généralement qu'il a accepté le renvoi. La tâche de celui-ci est, pour l'auteur, de munir de « formule impérative » les règles allemandes, de sorte à ce que leur application puisse s'étendre aux espèces que le législateur étranger a cru devoir abandonner à la réglementation allemande.

Ce faisant, le législateur allemand est resté fidèle à la mission qu'il s'est assigné, à savoir fixer exclusivement les limites d'application de la loi allemande.

18. – Neumann dissipe d'emblée toute incertitude : en édictant des règles de droit international privé, le législateur ne peut pas porter atteinte à la souveraineté étrangère, parce qu'il se borne, ce faisant, à imposer à ses juges des prescriptions qu'il estime justes.

Cependant, bien qu'il reste maître chez lui, tout Etat vise naturellement un objectif : une règle de droit international privé doit mener à l'application des règles qui permettent la sauvegarde des droits existants ou acquis. Les Etats, en s'inspirant du « principe de la coordination des ordres juridiques », doivent faire en sorte qu'un rapport soit jugé selon la même loi indépendamment du lieu du procès. Il s'agit, pour lui, d'un principe découlant de la « nature des choses ». Au surplus, cette loi doit pouvoir être identifiée au moment où ce rapport surgit, puisque ce n'est que par cette voie que l'on aboutit à respecter les attentes des parties.

Comment réaliser ce programme ? Tout comme les règles matérielles, les règles de droit international privé des différents Etats ont la même dignité et la même légitimité. L'Etat n'est pas intéressé à l'application universelle des siennes. Celles-ci ne peuvent s'appliquer que dans la mesure où leur application répond au « principe naturel » qui veut que toute situation ne soit régie que par une seule norme.

Voilà alors la solution proposée : il faut se doter de deux séries de norme : les premières, qui désignent l'ordre juridique compétent à se prononcer sur la loi applicable, les deuxièmes, qui désignent cette loi au cas où le for est compétent. S'agit-il d'une simple bilatéralité avec renvoi? L'auteur le nie. La jurisprudence montre que le fondement du renvoi réside dans la volonté de l'Etat du for de s'adapter à la solution prononcée par le pays dans lequel se trouve ce qu'il estime être le « siège » du rapport : son système répond, pour lui, plus directement et plus fermement à cette volonté.

C. Les premiers adversaires de l'unilatéralisme

19. – Dès ses premières formulations, l'idée unilatérale fut combattue par un certain nombre d'auteurs. Ceux-ci appartiennent, d'une part, au milieu scientifique allemand, ce qui est assez naturel, puisque cette idée s'y était développée, d'autre part, à la science internationaliste italienne, et cela grâce à la très vive attention portée par certains auteurs, notamment Anzilotti, aux réflexions que les travaux de codification avaient suscitées en Allemagne.

a) *La doctrine allemande : Kahn et Niemeyer*

20. – Kahn rejette la conception de Schnell à l'aide d'arguments à la fois théoriques et pratiques. Cette conception repose, selon lui, sur la conviction que chaque Etat applique la loi étrangère par *comitas*. Or, il s'agit d'une théorie révolue, puisqu'il est notoire que « nous appliquons le droit d'un Etat parce qu'il répond à notre vision de la justice, parce que nous estimons que le rapport a son siège dans cet Etat ». Jamais une loi étrangère ne peut-elle nous dire quelle est la volonté de notre législateur. La décision d'appliquer un droit étranger ainsi que l'identification du droit étranger qu'il convient d'appliquer appartient exclusivement au for. Le renvoi, qui s'inspire du même souci que la thèse de Schnell, est alors un « monstre juridique » qu'il faut repousser avec force.

Ensuite, les prétendus avantages pratiques de cette nouvelle conception n'existent pas. Selon celle-ci, l'exemple qui montrerait l'erreur du système traditionnel est celui où le for impose l'application de la loi nationale, qui tient pour nul un mariage, alors que les deux Etats de la nationalité et du domicile, les deux appliquant la loi du domicile, le tiennent pour valable. S'il s'agit là d'une conséquence fâcheuse, elle ne l'est cependant pas davantage que celles, nombreuses, qui découlent de la diversité des systèmes de droit international privé. Le système préconisé par Schnell est d'ailleurs souvent difficilement praticable. S'il y a plusieurs Etats souhaitant régir l'espèce, doit-on appliquer la loi désignée par la majorité d'entre eux ? Et à qui revient-il de décider quelles sont les lois compétentes ? De surcroît, le problème des conflits négatifs est quant à lui insoluble. La seule solution conforme au critère du respect de la volonté d'application des lois, mais contraire à tout sentiment de justice, est celle de laisser, dans ces cas, le rapport sans loi qui s'y applique. Cela montre bien que ce critère est erroné.

21. – Selon Niemeyer, la première question qui se pose à chaque législateur n'est pas celle de savoir quelle loi il faut appliquer à un rapport juridique, mais à quels rapports, d'un point de vue spatial et personnel, il faut appliquer la loi du for. L'établissement du domaine d'application de la loi du for n'est pas un élément accessoire de la règle, mais il relève de l'essence même de celle-ci. La deuxième question est de savoir comment trancher les espèces qui échappent à l'emprise de la loi du for. Il est conforme à une sorte de devoir international de donner dans ces cas une certaine efficacité au droit étranger. A cet égard, les règles bilatérales

présentent l'inconvénient de donner à croire que le législateur a déterminé le domaine d'efficacité des lois du monde entier en utilisant ses propres critères, comme s'il avait entendu leur conférer le statut d'une « législation interétatique » (« Gesetzgebung inter nationes »).

Si tout cela paraît se concilier assez harmonieusement avec l'unilatéralité, Niemeyer, dans son commentaire à l'*EGBGB*, nie résolument que les raisons sur lesquelles le choix unilatéral repose sont autres que diplomatiques. En particulier, le souci de ne pas tracer le champ de toutes les législations du monde n'a joué, selon lui, aucun rôle. Rien ne s'oppose donc à cette bilatéralisation des règles unilatérales que suggère une interprétation par analogie. La *ratio legis* est la même : le législateur a considéré que le critère, par exemple, de la nationalité a valeur universelle, et que les autres rattachements, bien que retenus le cas échéant par des législateurs étrangers, n'ont aucun poids dans l'identification de la loi applicable. Au demeurant, deux inconvénients affectent le critère de la volonté d'application des lois : l'incohérence, parce que dans les cas de conflit, de l'aveu même de ses tenants, le recours à l'analogie se révèle nécessaire ; l'incertitude, puisque l'on ne sait pas quels sont les ordres juridiques potentiellement intéressés, et qui peuvent donc vouloir s'appliquer.

b) *La doctrine italienne : Anzilotti, Buzzati, Catellani, Ottolenghi*

22. – Selon Anzilotti, la détermination des limites d'application de la loi interne et de celles de la loi étrangère forme un seul et même problème : la compétence du législateur du for doit s'affirmer ou nier dans les deux cas, et doit, dans les deux cas, reposer sur un même fondement. Par conséquent, l'idée de Schnell, selon laquelle la compétence du for est légitime pour la fixation de l'étendue de la loi interne mais non de la loi étrangère, est fautive. Il est contradictoire de permettre au législateur de fixer les limites de sa loi face au commerce international, d'un côté, et de l'empêcher de se prononcer sur le droit étranger applicable aux rapports qui tombent en dehors de ces limites, de l'autre. Il est alors incohérent de lui méconnaître cette faculté, d'une part, mais de l'autoriser à trancher un conflit, qu'il soit positif ou négatif, d'autre part. D'ailleurs, la solution de tout conflit négatif ne peut être qu'arbitraire et sans fondement.

Cependant, trente ans plus tard, dans son *Cours* de 1925, l'auteur envisage la question non plus sous l'angle de la légitimité, mais de son opportunité. Puisque dans l'ordre juridique, il n'y a de toute façon qu'une seule « volonté normatrice », il est inconcevable que la loi étrangère soit applicable en vertu d'une abstention du législateur du for. Le droit étranger, lorsqu'il est applicable dans un pays, l'est bel et bien en vertu de la volonté du législateur de celui-ci. Cela reste vrai même si la règle est unilatérale. L'auteur en vient par là à reconnaître qu'un système de règles unilatérales est théoriquement concevable. Encore faut-il savoir s'il est opportun, du point de vue de la politique législative à poursuivre. Or ses inconvénients paraissent plus grands que ses bienfaits. Si une seule loi étrangère se veut

applicable, cela n'est que le fruit du hasard ; le plus souvent, la diversité des règles d'application entraîne plutôt des conflits positifs et négatifs. L'unilatéralité plonge alors le juge dans l'incertitude et les parties dans le désordre.

23. – Pour Buzzati, comme pour Kahn, la thèse de Schnell est analogue à celle que sous-tend le renvoi. Le législateur interne ne peut pas, d'après cette thèse, légiférer pour le monde entier. Pour l'auteur, bien au contraire, il peut et il doit le faire : dès lors qu'il édicte une règle unilatérale, il fait d'ailleurs savoir au monde entier qu'il entend se réserver l'application de sa loi aux espèces visées par cette règle. Tant qu'on n'a pas posé des règles uniformes, il appartient à chaque législateur de fixer l'efficacité extraterritoriale de la loi, envisagée dans l'abstrait, peu importe qu'elle émane du législateur interne ou d'un législateur étranger.

Sur le plan pratique, la première erreur de Schnell est de supposer que la distribution de la compétence législative entre les Etats est pacifique pour ceux-ci ; la deuxième est de croire qu'une personne ou une chose est soumise à la souveraineté d'un Etat parce qu'elle est régie par la loi de cet Etat ; enfin, si l'Italie, lorsqu'elle applique une loi autre que celle appliquée par les deux Etats les plus intéressés, accomplit une violation de la souveraineté de ces Etats, on voit mal pourquoi l'application de la loi italienne à l'Italien domicilié dans un Etat qui le soumet à sa loi ne représente pas elle aussi une telle violation.

Cependant, l'auteur reconnaît un certain bien-fondé à la thèse adverse. Il souscrirait – avoue-t-il – en effet volontiers à la disposition suivante : « lorsque la loi du for n'est pas applicable et que les Etats intéressés déclarent unanimement applicable une seule et même loi, le juge du for appliquera lui aussi cette loi ». Cette disposition est, pour l'auteur, sans doute « utile », pour des raisons d'équité, *pro bono pacis*. Mais tant qu'elle n'est pas écrite, il n'y a pas lieu de s'en servir.

Catellani aussi fut assez sévère, qui accusa Schnell de vouloir changer tout ce qui a été jusque-là tenu pour acquis dans la doctrine du droit international privé. Selon Schnell, nous explique-t-il, lorsque le for accepte d'appliquer un droit étranger, il admettrait en même temps que sa règle qui désigne ce droit puisse être remplacée par une règle étrangère : ce qui est, pour Catellani, manifestement absurde. Une autre erreur de Schnell serait de ne pas distinguer deux cas différents de conflits : d'un côté, celui entre la loi du for et une loi étrangère ; de l'autre, celui entre deux lois étrangères.

Or, effectivement, avoue l'auteur, s'il s'agit d'un rapport étranger à l'Etat du juge, c'est-à-dire si le for n'est pas en conflit, on peut douter que les règles du droit international privé du for doivent toujours prévaloir, et l'on peut penser à entériner l'accord qui existe le cas échéant entre les Etats étrangers.

24. – Le dernier auteur qui s'intéressa au raisonnement de Schnell fut Ottolenghi. Pour lui, ce raisonnement évolue dans un cercle vicieux. Il est indéniable que l'Etat

exerce sa volonté alors même qu'il détermine quelle loi étrangère est applicable. Il n'est pas non plus vrai que le juge devrait s'assurer de la volonté de la loi étrangère avant de l'appliquer dans le for, ce qui le muerait en organe de l'Etat étranger. Lorsque le juge applique la loi étrangère à la condition que celle-ci se reconnaisse compétente, c'est bien en vertu de la volonté du législateur du for. L'application de la loi étrangère dans le for ne peut pas dépendre de la seule volonté de celle-ci.

Cependant, l'auteur avance quelques réserves au sujet de la pertinence de la construction théorique de la matière qui a prévalu jusque-là. Si l'application de la loi étrangère a lieu en faisant abstraction de ses limites d'application, les règles de conflit finissent par ne plus reconnaître le droit étranger en tant que source du droit. Elles deviennent alors des règles productives d'une réception dans le for du seul contenu logique de la loi étrangère. Mais cela aboutit à forger et appliquer une règle matérielle spéciale du for, et non pas à donner efficacité dans le for à une règle étrangère. Force est de conclure alors que les règles de conflit du for ne déploient aucune fonction supranationale.

Si la réalité du phénomène ne peut s'expliquer différemment, il se peut que, du constat de cette impasse, l'on soit amené à revoir les prémisses et les postulats qui ont été acceptés jusque-là. Selon l'auteur, il y a lieu en particulier de se demander si l'activité unilatérale de chacun des Etats, lorsqu'elle aboutit à proroger une loi étrangère au-delà de ses limites, ne constitue pas, non seulement une anomalie, mais une véritable « impossibilité juridique ».

D. Bilan du premier unilatéralisme

25. – Un examen de la première pensée unilatéraliste soucieux de ses sinuosités, nous en a livré une image assez différente de celle qui se dégage de la traditionnelle « saga ». D'après celle-ci, qui regroupe de façon assez indistincte des auteurs dont le nom est rarement donné, le souci premier des unilatéralistes aurait été de ne pas porter atteinte à la souveraineté étrangère. Tributaire d'une vision se situant sur le plan du droit des gens, ou en tout cas interétatique, dont on considère aujourd'hui en Europe qu'elle est désormais révolue, cet unilatéralisme des origines aurait peu d'intérêt et de toute façon peu de chose en commun avec l'unilatéralisme qui se veut moderne. En réalité, celui-là est bien plus riche, et bien moins éloigné de celui-ci, que cette vulgate ne donne à penser.

26. – Le fondement de la règle de droit international privé est, pour ce premier unilatéralisme, très varié : il s'agit de la reconnaissance de la *Gleichberechtigung* des Etats, de la poursuite de la paix dans les rapports internationaux, de la sauvegarde des droits acquis, du respect des prévisions des parties, des besoins du commerce juridique international. Ce ne sont là que des concepts présentés en vrac, sans aucun souci d'ordre ou de systématisation, se situant tantôt sur le plan interétatique, tantôt et peut-être plus souvent encore sur le plan interindividuel, parmi lesquels ces auteurs ne voient d'ailleurs guère de contradiction. Parmi ces

justifications, les unilatéralistes postérieurs accentueront soit l'une soit l'autre, mais ils ne s'en écarteront pas.

Surtout, il est assez surprenant de constater que, dans cette première phase du débat entre bilatéralité et unilatéralité, c'est incontestablement celle-ci qui prend en charge ce à quoi on donnera plus tard le nom si évocateur de « coordination des systèmes », l'uniformité de solutions. Mieux encore, on peut dire que la tension vers celle-ci en constitue en quelque sorte la marque de naissance. Conscients de la nature relative, politique, voire franchement égoïste du rattachement du for, nos auteurs s'efforcent de pallier les inconvénients qui découlent de sa divergence par rapport au choix fait à l'étranger, dont il serait vain de nier la réalité.

Les exemples sur lesquels ils raisonnent – l'Etat du for qui vient, par son rattachement, à briser un accord entre les Etats les plus étroitement liés, et à troubler par là même la situation juridique qui s'est le cas échéant constituée conformément aux lois de ces Etats ainsi qu'à déjouer les prévisions des parties qui lui sont corrélatives – sont identiques à ceux que retiendra ultérieurement un certain unilatéralisme. Il en va de même de l'idée de limiter la bilatéralité aux espèces plus étroitement liées au for, sorte d'« unilatéralisme partiel » avant la lettre.

27. – La bilatéralité qui se dégage des griefs adressés à l'unilatéralisme ne correspond que très imparfaitement à celle répandue aujourd'hui. Tout d'abord, elle est essentiellement sans renvoi. Les premiers adversaires de l'unilatéralité sont tout aussi bien des adversaires du renvoi, souvent des plus acharnés – les deux thèses reposant d'ailleurs, pour beaucoup d'entre eux, sur le même fondement –. Ensuite, elle ne s'appuie en pratique que sur le principe de l'exclusivité de la volonté normative du for, et sur l'absence de règles du droit des gens, ce dont il n'est plus question aujourd'hui. En revanche, aucun souci de coordination et d'harmonie n'est avancé, bien au contraire.

Assez paradoxalement, il semble que ce bilatéralisme soit encore en train de se délester du poids de l'encombrante théorie qu'on peut qualifier de « publiciste » – selon laquelle le fondement et la source même du droit international privé sont à rechercher dans le droit des gens – dont il paraît à plus d'un endroit comme obsédé. Contre toute apparence, ses réflexions sur son propre fondement relèvent encore du plan interétatique, dans ce sens qu'elles visent à montrer que d'une analyse de celui-ci ne se dégage aucune limite à la liberté du for de poser les règles qu'il veut. En effet, l'essentiel de la défense de la bilatéralité est consacré par ses tenants à prouver que l'application du droit étranger a lieu dans le for en vertu de la seule volonté du législateur interne. Il est donc fatal que le respect de la volonté d'application de la loi étrangère par le for soit perçu par eux comme une atteinte à ce principe. Du coup, le fait que le droit étranger s'applique même en dehors des consignes spatiales de l'Etat dont il émane leur sert de preuve du caractère absolu de la liberté dont jouit le législateur du for dans ce domaine. D'où le besoin presque vital, pour ce bilatéralisme, d'exclure le renvoi.

La hantise de ce bilatéralisme envers la théorie « publiciste » est si forte que ses partisans ne retiennent des arguments des unilatéralistes, assez superficiellement connus d'ailleurs, que ceux qui semblent vouloir la faire resurgir. De ce fait, ils ferment les yeux sur les autres, plus nombreux et sûrement plus décisifs. Si quelques passages de certains unilatéralistes prêtent à confusion, l'inexistence de limites à la liberté du for, imposées par le droit des gens ou celui des autres Etats, n'est pratiquement jamais remise en cause par eux, et elle est même ouvertement admise par certains.

La bataille que cette bilatéralité engage face à l'unilatéralité, paraît alors, déjà à l'époque, d'arrière-garde. Ce genre de souci ne retient que peu les premiers unilatéralistes. Ceux-ci paraissent avoir déjà franchi cette étape, et s'être aventurés plus loin : en tenant la volonté du for pour parfaitement libre, ils ont essayé plutôt de montrer la voie où il convient que le for l'oriente. Le reproche principal adressé à l'idée unilatérale tombe alors dans le vide. Si les bilatéralistes protestaient l'absence de limites « juridiques » extérieures à l'ordre du for découlant soit du droit des gens soit du droit des autres Etats, les unilatéralistes, tenant pour acquise cette absence, avaient déjà entrepris de voir s'il en existait, pourrait-on dire, de « fonctionnelles ».

28. – Lorsqu'ils essaient de s'expliquer sur le fondement de leur théorie, les propos de ces bilatéralistes sont assez vagues. Puisque la volonté de l'Etat étranger n'a aucune valeur pour le for, ils ont assez de peine à voir un objectif dans la coordination ou harmonie des solutions, pour laquelle on ne peut se désintéresser de cette volonté. C'est pourquoi le plus souvent ils finissent par rejeter voire mépriser cette coordination. Certains se sont alors attachés à la *Natur der Sache*, à la valeur universelle du rattachement choisi par le for, ce qui se concilie aisément avec une méconnaissance des choix des autres Etats. Il est d'ailleurs intéressant de voir que le rôle que les unilatéralistes assignent à la « nature des chose » est exactement renversé : le rattachement choisi par le for est relatif, national, et ne peut donc s'en réclamer ; celle-ci exige plutôt une coordination des lois, une uniformité du règlement du rapport juridique.

En revanche, les prévisions des parties, les droits acquis, les besoins du commerce international, le souci de stabilité des relations interindividuelles, pourtant avancés par leurs adversaires à l'encontre de la bilatéralité, ne les retiennent pas. Aucun effort n'est fait pour montrer que la bilatéralité est plus apte que l'unilatéralité à répondre aux intérêts des individus, de quelque nature qu'ils soient.

29. – Les bilatéralistes s'en prennent aussi, mais accessoirement, aux conflits positifs et négatifs que l'unilatéralité laisse subsister. Les propos des premiers unilatéralistes au sujet des conflits positifs et négatifs sont peu élaborés. Schnell avait envisagé le désistement de la loi du for lors des conflits positifs, notamment dans le domaine de la capacité à contracter mariage, possibilité qui allait être

reprise presque un siècle plus tard par Mme Muir Watt. Thöl avait déjà fait allusion à l'éventualité que de l'analyse des circonstances on puisse inférer la « volonté d'une loi de céder à l'autre ». Currie condensera le programme du droit international privé dans une formule analogue. Mais la plupart des auteurs recensés n'a pas vraiment su aller au-delà d'une « bilatéralisation » du rattachement du for, pour les conflits positifs, et de l'application de la loi du for, pour les conflits négatifs. Ces solutions ont alors été critiquées pour leur caractère incohérent et arbitraire.

S'agissant des conflits positifs, la bilatéralisation du rattachement unilatéral retenu par le for ne peut être taxé d'incohérence puisque, d'une part, l'on est certain de respecter la volonté d'application d'au moins l'une des lois en présence, et que, d'autre part, la loi finalement retenue ne l'aura pas nécessairement été en vertu du critère contenu dans la règle de droit international privé du for. Mais précisément à ce dernier égard, certains auteurs ultérieurs s'attacheront à démontrer que la bilatéralisation privilégie indûment la loi désignée par le critère du for. Il importe alors de noter que l'arbitraire de cette solution n'affecte pas l'unilatéralité elle-même, mais plutôt ce critère de solution dont l'unilatéralisme ultérieur s'empressera en effet de se débarrasser.

S'agissant des conflits négatifs, l'intuition la plus féconde est celle de Keidel, qui voit, déposé dans la règle sur le renvoi, l'établissement par le for d'une sorte de supplément de volonté d'application de sa loi, lorsque aucun législateur étranger n'affirme sa compétence. Les unilatéralistes de la deuxième génération parleront de « compétence supplétive », ce qui en substance revient au même. S'il en est ainsi, il ne semble pas là non plus qu'on puisse parler d'incohérence, puisqu'il y a bel et bien une volonté d'application de la loi qu'on applique : celle du for. Le reproche d'arbitraire est en revanche là aussi fondé, en ce qu'il est possible qu'un ou plusieurs législateurs étrangers aient accordé eux aussi à leurs lois ce supplément de volonté d'application. Trancher en faveur du supplément de la loi du for ne semble alors pas suffisamment justifié. Il s'agit là d'une ambiguïté dont l'unilatéralisme européen, des origines à nos jours, ne s'est jamais départi.

30. – En revanche, les bilatéralistes de cette période n'invoquent pas le renvoi pour montrer que l'acceptation de celui-ci aboutit aux mêmes solutions que celles préconisées par les unilatéralistes en cas de conflit négatif, et cela précisément parce qu'ils rejettent fermement le renvoi. Les bilatéralistes et les unilatéralistes de cette période s'accordent à voir dans le renvoi une incarnation de l'unilatéralité. Assez paradoxalement, il en ira différemment ensuite : si les unilatéralistes ne cesseront de s'y rallier, les bilatéralistes ultérieurs s'efforceront d'annexer le renvoi à la méthode bilatérale. Persuadés de la légitimité de cette annexion, ils pourront alors soutenir que l'avantage pratique de l'unilatéralité n'est pas perceptible lors d'un conflit négatif, parce que la compétence supplétive de la loi du for aboutit bien souvent à la même solution que celle à laquelle on parvient par le renvoi, dont

l'emploi est pour eux permis et même imposé par la bilatéralité, par une certaine conception de la bilatéralité en tout cas.

Il en va différemment de ce qu'on qualifie de « renvoi au deuxième degré accepté ». Il est assez intrigant de constater que l'opportunité du respect par le for de la solution convenue parmi les Etats les plus intéressés a été reconnue déjà à ce stade par beaucoup des opposants de l'unilatéralité. Ceux-ci ont préconisé dans ce cas une désactivation *de lege ferenda* de la règle du for pour que le for puisse entériner cet accord. Le bien-fondé de l'argument pratique le plus résolument brandi par les premiers unilatéralistes est alors franchement reconnu. Cette désactivation allait former l'essentiel des méditations de Mejiers sur le renvoi, dont s'inspira le mouvement français de l'« unilatéralisme partiel » : les unilatéralistes de cette période, et bien des bilatéralistes solidaires avec eux, avaient largement préconisée cette désactivation.

C'est de cette deuxième période de l'unilatéralisme, dont la réflexion au sujet des conflits positifs et négatifs sera bien plus riche, qu'il convient maintenant de s'occuper.

CHAPITRE II

NIBOYET ET L'UNILATERALISME FRANÇAIS. LE SYSTEME UNILATERAL DE QUADRI

31. – Après quelques décennies, l'unilatéralisme connaît en Europe un regain d'intérêt. C'est ce qu'on peut qualifier de deuxième phase ou « saison » de son histoire. L'idée unilatérale est maintenant cultivée surtout en France et en Italie, grâce à l'oeuvre de trois auteurs, Niboyet, Pilenko et Quadri, alors qu'en Allemagne, Wiethölter s'efforce de l'éradiquer. Puisque ces auteurs ont eu une connaissance bien sommaire du premier mouvement germanique, on peut exclure que celui-ci ait eu sur eux une quelconque influence.

La méditation de Pilenko, penseur passionné et solitaire, si elle n'eut, semble-t-il, aucun retentissement, n'est pas pour autant dépourvue de quelques traits saisissants de modernité (A). L'unilatéralisme de Niboyet, plus riche et fécond, semble en revanche avoir déployé une certaine influence sur la pensée de quelques auteurs, encore que ce lien historique se soit un peu estompé avec le temps ; ainsi il ne nous paraît pas abusif de parler d'« unilatéralisme français » (B). Ce n'est cependant que chez Quadri que l'unilatéralisme est véritablement érigé en système (C).

A. L'unilatéralisme de Pilenko

32. – Le système de Pilenko, déjà exposé en 1914 en langue russe et repris par lui au début des années cinquante à l'occasion des travaux de codification en France, est fondé sur la distinction, capitale pour lui, entre normes unilatérales ou « spatiales », et normes bilatérales ou « de conflit ».

Chacun de ces deux types de normes a, pour l'auteur, sa raison d'être et sa fonction, et il ne faut pas les confondre. Un conflit n'a lieu que lorsqu'une relation humaine fait l'objet d'une revendication simultanée de compétence par la loi de deux Etats. Il s'agit là d'un phénomène postérieur à la délimitation par chacun de cette compétence qu'ils entendent se réserver, ce qui relève du domaine du droit spatial. L'élément spatial d'une norme est alors antérieur et primordial, et il fait un avec le matériel et le temporel, de telle sorte qu'on aboutit à « violer » la norme si on essaie de séparer ces éléments également constitutifs.

La priorité du « spatial » sur le « conflictuel » se laisse constater en ceci que, si la norme de conflit du for n'accorde pas à sa loi une compétence que son « spatial » revendique, celui-ci réagit en réclamant son dû. C'est ce qu'on qualifie d'ordre public dans la doctrine classique. Si la norme de conflit étrangère attribue à la loi du for une compétence que son « spatial » lui refuse, ce que sous-tend le renvoi, le « spatial » intervient pour éviter ce vide juridique en forgeant une compétence « supplétive » de la loi du for. Les règles de conflit ont quant à elles un domaine limité, et l'on peut prophétiser que l'avenir du droit international privé reposera tout entier sur le droit spatial. En effet, si la loi du for est en conflit, celui-ci se trouve résolu par le « spatial » du for. La règle de conflit du for n'a pour mission que de trancher un conflit positif entre lois étrangères.

33. – Les perplexités que cette construction a soulevées, surtout chez Wiethölter et De Nova, sont nombreuses et, pour une bonne partie, justifiées. Tout d'abord, Pilenko ne s'explique guère sur la structure des règles de conflit. Enfin, comment sont-elles ? Si elles naissent simplement de la bilatéralisation des règles spatiales du for, ce qui semblerait être le cas, on a assez de peine à voir le progrès induit en pratique par la distinction proposée entre « spatial » et « conflictuel ».

De surcroît, comme Wiethölter l'a observé, on peut difficilement parler d'une véritable volonté de « non-application » dans l'espace d'une norme matérielle étatique. Ce sera aussi l'idée de Niboyet. D'où la fragilité, dénoncée par De Nova, du postulat sur lequel l'édifice s'assoit tout entier, à savoir la « violation » que représenterait l'utilisation du « matériel » en faisant abstraction de son « spatial ». Cela mène à constater un autre défaut : si le for ne peut établir lui-même la compétence supplétive d'une norme étrangère, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas au moins respecter celle que le législateur étranger lui forge.

34. – En dépit de ses incohérences, l'unilatéralisme de Pilenko présente néanmoins quelques aspects de modernité.

La notion de conflit comme « choc entre deux prétentions opposées » est identique à celle qui allait représenter la base de la réflexion de certains unilatéralistes américains. La distinction entre « normes spatiales » et « normes de conflit » reproduit celle entre *rules of scope* et *conflicts rules* récemment « découverte » aux Etats Unis, dont on rendra compte plus loin. Au début des années quatre-vingt-dix, un auteur allemand, Günther Jahr, a contesté vigoureusement la conception classique du droit international privé, du fait qu'elle méconnaîtrait la *Mehrdimensionalität* de celui-ci : cette double dimension consiste, pour Jahr, précisément dans le « spatial », d'un côté, et dans le « conflictuel », de l'autre, dont nous parlait déjà Pilenko. La remise en cause globale à laquelle s'est alors livré l'auteur allemand est singulièrement voisine de celle de notre auteur.

Les réflexions de Pilenko au sujet de l'ordre public et du renvoi paraissent également bien modernes. Pilenko affirme qu'à la base de l'ordre public, il y a souvent davantage une revendication de la « norme spatiale » du for, qu'une incompatibilité de la loi étrangère par rapport aux conceptions fondamentales de celui-ci. Or la doctrine française est revenue très récemment sur ce constat, à la suite de certaines décisions françaises, en matière de divorce et de filiation notamment, qui en confirment la pertinence. Au sujet du renvoi, Pilenko montre que l'acceptation et le refus de celui-ci sont également insatisfaisants, mais la compétence supplétive qu'il propose pour s'en sortir, en plus d'être un *deus ex machina*, aboutit le plus souvent au même résultat que l'acceptation du renvoi.

B. Niboyet et l'unilatéralisme français

35. – L'unilatéralisme s'assoit, chez Niboyet, sur deux fondements. Si le respect de la souveraineté des Etats a été surtout retenu par la « saga » de l'unilatéralisme, il semble que le souci d'assurer le maximum d'efficacité aux droits nés à l'étranger n'ait pas été moins décisif pour l'auteur (a). Si l'unilatéralisme en tant que doctrine générale suscita les réserves de la doctrine française, exprimées notamment par Batiffol (b), l'unilatéralité dans le domaine de l'efficacité des droits a été reçue dans son ensemble dans le projet de codification française de l'après-guerre (c). Quelques restrictions ont cependant parues nécessaires au *Comité français* (d). Un certain nombre d'auteurs, tels que Vivier (e) et surtout Francescakis (f), ainsi qu'à une époque plus récente, Mme Muir Watt (g), se sont depuis lors prudemment engagés dans la voie ouverte par Niboyet : ils ont ainsi préconisé la « débilatéralisation » de la règle de conflit en matière de situations juridiques créées à l'étranger, bien qu'assortie de certaines restrictions, de moins strictes d'ailleurs.

a) *L'unilatéralisme de J.-P. Niboyet et ses deux fondements*

36. – En se plaçant tout d’abord sur un plan *de lege ferenda*, Niboyet considère avec beaucoup de vigueur que la règle de droit international privé doit être unilatérale. Cette conclusion s’impose pour lui pour plusieurs raisons. En premier lieu, du point de vue de la théorie du droit international, en édictant une règle bilatérale, l’Etat français accomplirait un acte de souveraineté qui relève des Etats étrangers. Ensuite, l’application en France d’une loi étrangère ne peut être que sa prolongation, alors qu’elle serait une innovation si elle se faisait sans tenir compte de ses limites d’application. Il ne s’agirait plus de l’application d’une loi étrangère, mais d’autre chose. Enfin, le principe d’effectivité est à l’oeuvre ici, selon lequel il ne sert à rien de s’opposer à ce qu’on ne peut pas empêcher, ni affirmer une volonté que seulement un Etat étranger peut mettre en oeuvre.

L’unilatéralité ouvre cependant la voie aux conflits positifs et négatifs. Comment les résoudre ? Ce rapport apatride que recèle tout conflit négatif est recueilli par une compétence supplétive de la loi du for, ce qui montre la relativité de l’incompétence de celle-ci. Si plusieurs lois se déclarent compétentes, la solution plus simple serait certes, avoue l’auteur, de se rabattre sur le rattachement du for. Mais ce n’est pas forcément la solution la plus satisfaisante. Niboyet rapproche ce cas du conflit de nationalités, et rappelle que le critère d’effectivité semble prévaloir ici. Ainsi, entre la loi nationale du défunt et la loi de situation des biens, on peut songer à privilégier cette dernière, puisque c’est celle qui est la plus en mesure d’imposer ses vues. Une autre solution, encore qu’elle ne soit pas d’emploi général, consisterait à appliquer la loi qui considère valable un acte juridique, ce qui répondrait à la directive primordiale du *magis valeat*.

Cependant, reconnaît l’auteur, le droit positif ne s’est pas établi dans le sens de l’unilatéralité. Mais il ne l’est pas non plus dans le sens de la bilatéralité puisque le renvoi empêche que la loi étrangère soit prorogée au-delà de ses limites. En somme, l’état de l’évolution du droit positif est, pour lui, « mixte ». Toutefois, s’empresse-t-il de préciser, cela ne vaut que pour la « création des droits ». Il en va autrement du domaine de l’« efficacité des droits », c’est-à-dire de leur reconnaissance dans un Etat autre que celui dans lequel ils ont été créés, domaine que l’auteur invite à distinguer de celui de la création.

37. – Niboyet soutient en effet que, dans le domaine de l’efficacité des droits, le droit positif, loin de contredire sa théorie, ne peut au contraire s’expliquer, le plus souvent, que dans les termes de celle-ci. Lorsqu’un droit a déjà été créé ou établi – Niboyet refuse à plusieurs reprises de parler de « droit acquis » – conformément à une loi étrangère, et que l’on veut déclarer son efficacité en France, l’établissement de ce droit doit être vérifié au regard de cette loi étrangère dont on dit qu’elle l’a créé. Il faut donc que ce droit soit applicable aux termes de ses règles de conflit. Est-ce une condition suffisante ? Non, si la loi française se veut applicable ; oui si tel n’est pas le cas. C’est sur ce dernier point que Niboyet s’écarte de la doctrine bilatérale. Quel est, se demande-t-il à plusieurs reprises, l’intérêt pour la France, dès lors que sa loi n’est pas en cause, d’empêcher les individus de se prévaloir chez

elle d'un droit valablement établi à l'étranger ? Si plusieurs droits sont simultanément invoqués, l'auteur propose de trancher d'après le principe du *prior in tempore*.

Les avantages de l'unilatéralité en matière d'efficacité sont si nombreux qu'on ne doit pas hésiter, selon Niboyet, à en profiter résolument. En effet, « il faut, en droit international privé, savoir s'acheminer vers tout ce qui facilite, dans les rapports internationaux, l'interpénétration des droits ». La distinction entre création et efficacité des droits, et la soumission de cette dernière à l'unilatéralité, est conforme à ce programme. En revanche, la bilatéralité « a le grave inconvénient » qu'afin de reconnaître un droit dans le for, elle « exige une convergence absolue du système français et du système étranger de solution de conflit de lois ». Ce qui est, pour lui, inutilement rigoureux.

38. – L'unilatéralisme de Niboyet repose sur deux fondements. Le premier est le principe de souveraineté.

On aperçoit chez lui, plus vive encore que chez les Allemands, qui l'avaient pourtant déjà, la conscience de la nature nationale voire politique du choix de la règle de conflit, et donc de l'acte législatif, s'il en est un, où il est déposé. Lorsqu'il parle d'« acte de souveraineté », Niboyet entend assurément se référer à cette liberté souveraine que l'Etat exerce eu égard à ses besoins, et non pas directement en vue du bien universel. D'où l'exigence de restreindre l'efficacité de cet acte de souveraineté, donc de liberté, au minimum nécessaire par rapport aux besoins qui l'ont dicté, à savoir, pour lui, aux rapports qui, de par cet acte, sont soumis à la loi du for. Lorsque Niboyet parle de respect de la souveraineté étrangère, il n'est peut-être pas abusif de voir davantage la volonté de restreindre la portée de cet acte souverain du for que celle de s'incliner devant celui d'un Etat étranger.

Quoi qu'il en soit, l'unilatéralisme de Niboyet ne saurait être réduit à ce seul fondement. Si la saga de l'unilatéralisme a surtout retenu celui-ci, c'est peut-être de nouveau parce qu'agissait subrepticement le désir de se débarrasser de tout résidu de la conception publiciste du droit international privé, ce à quoi s'était en effet employée, d'après cette même saga en tout cas, la doctrine européenne majoritaire de l'entre-deux-guerres. Mais cela a conduit celle-ci, encore une fois, à négliger l'autre fondement, capable, semble-t-il, de rendre compte à lui seul des convictions unilatérales de Niboyet. Il semble d'ailleurs que la prise en compte de cet autre fondement aurait pu éclairer la signification, chez Niboyet, de l'appel à la souveraineté, en montrant que celui-ci ne pouvait que difficilement être rangé parmi ces restes publicistes tant méprisés.

Ce deuxième fondement est la théorie de l'efficacité des droits. L'hypothèse est celle où un individu veut se prévaloir en France d'un droit valablement établi à l'étranger. Pourquoi faudrait-il lui refuser cette faculté, du fait que la loi de création n'est pas celle désignée par la règle française, si cette loi n'est pas la loi française ?

Si on la lui permet, l'« interpénétration des droits » y trouvera son compte : divorces, mariages, sociétés, fait observer notre auteur, seront plus généreusement reconnus en France.

Certains passages de son *Traité* ainsi que ses interventions lors des travaux de codification du droit international privé français, dont on rendra compte ci-après, donnent à penser que l'auteur tient davantage à cette deuxième explication de l'unilatéralité. Celle-ci – on l'a vu – peut d'ailleurs, à son avis, d'ores et déjà se réclamer d'une certaine positivité.

39. – Le point décisif est alors celui d'identifier la ligne de démarcation des deux domaines, de la création et de l'efficacité. Niboyet nous en donne quelques exemples : lorsqu'il s'agit, en France, de prononcer un divorce, de célébrer un mariage, de rédiger un testament, de fonder une société, c'est la *création* des droits qui est en cause ; lorsqu'on se demande s'il faut reconnaître en France la validité et les effets de tous ces actes juridiques accomplis à l'étranger, c'est de l'*efficacité* des droits qu'il s'agit. Il semblerait qu'un droit, pour Niboyet, est créé à l'étranger dès lors qu'une loi étrangère l'a fait naître, sans qu'il importe nécessairement qu'une autorité étrangère, de quelque nature qu'elle soit, soit intervenue à un titre quelconque. Cependant, les exemples qu'il donne relèvent surtout, mais peut-être pas exclusivement, des premières hypothèses. Cela sera source d'ambiguïté chez les auteurs ultérieurs, pratiquement jusqu'à nos jours.

S'agissant des conflits positifs, Niboyet propose les directives de l'effectivité, de la validité, de l'antériorité temporelle. Ces trois idées, encore peu développées chez lui, allaient se révéler assez fécondes, ainsi qu'on le montrera. Quant aux conflits négatifs, l'argument de la relativité de l'incompétence de la loi du for est lui aussi crucial, mais il renferme, tel que Niboyet le met en oeuvre, la même incohérence que chez Pilenko. On voit mal pourquoi l'on ne pourrait pas ou l'on ne devrait pas tenir compte de la compétence supplétive de la loi étrangère.

b) Les réserves de Batiffol à l'égard de la doctrine de Niboyet

40. – L'un de ceux qui se sont le plus longtemps penchés sur l'unilatéralisme de Niboyet est le doyen Batiffol, dont on connaît l'influence qu'il exerça sur la doctrine et la jurisprudence française jusqu'à nos jours.

Si l'unilatéralité est de prime abord « plus logique » ainsi que d'application souvent aisée, elle n'est pas, remarque le maître, positive. Les juges ont senti l'identité du problème et l'ont résolu par la même directive. Il y a en effet, dans le rattachement adopté par la règle de conflit, une espèce de « rationalité universelle ». L'unilatéralité se heurte d'ailleurs aux conflits positifs et négatifs. Les juges ont besoin d'une directive certaine, et celle de l'effectivité semble être trop vague pour faire l'affaire.

Batiffol semble donc voir, à la base de la bilatéralité, la rationalité universelle du rattachement du for. Cela se rapproche de la « nature de la chose » invoquée par les adversaires du premier unilatéralisme. Mais cela contraste, semble-t-il, avec cette relativité ou « fragilité », comme on a dit, de ce critère, que la doctrine française, à partir de Francescakis, ne cessera de souligner. D'ailleurs, la rationalité du rattachement ne semble pas justifier à elle seule son application universelle, comme il en va de la rationalité de la loi du for, elle aussi ayant pourtant, comme le relève Batiffol, une certaine vocation à l'universalité.

Quant aux conflits négatifs, Batiffol allait, peu de temps après, voir dans le renvoi une sorte d'ébauche de coopération de deux règles de conflit, « certes distinctes, mais qui peuvent, par leur combinaison, n'en faire qu'une ». Vingt ans après, il laisse apparaître un certain désarroi, lorsqu'il doit constater que le conflit positif n'est que rarement résolu dans les systèmes modernes, et qu'il l'est donc le plus souvent par le demandeur. L'effectivité n'est pas peut-être si vague, dira Vivier à peine plus tard, lorsqu'elle est incarnée dans une décision ou même un simple acte d'autorité, la loi la plus effective étant alors « parfaitement individualisée ».

c) *L'idée unilatérale dans les travaux de codification du droit international privé français*

41. – L'unilatéralisme de Niboyet ne fut pas sans influence sur le projet de codification française de l'après-guerre. Il le déposa aux articles 21 et 22 de son projet. Le premier, qui consacrait l'unilatéralité d'un point de vue général, encore qu'il parût à plusieurs reprises devoir s'imposer, suscita l'opposition de quelques commissaires, partisans intransigeants d'une bilatéralité sans renvoi. Le compromis fut alors trouvé autour d'une bilatéralité assortie du renvoi. C'est de façon beaucoup plus sereine en revanche que l'unilatéralité en matière de reconnaissance des « situations juridiques créées à l'étranger » dont il était question à l'article 22, fut acceptée par la quasi-unanimité des commissaires. Il s'agissait du domaine que Niboyet avait qualifié d'efficacité des droits et dont il approuva cette nouvelle appellation, suggérée par Houin. C'est la perspective d'une plus abondante reconnaissance en France des situations créées à l'étranger qui semble avoir convaincu les commissaires d'adopter le texte.

Le *Comité français* eut à se prononcer sur cette disposition en 1955. Ce savant cénacle approuva l'idée sous-jacente, dans laquelle il aperçut la pensée de Niboyet, en la jugeant « bonne dans son principe », mais il y apporta deux restrictions. La première fut d'exiger un accord parmi les pays étrangers intéressés. Cette condition avait été suggérée par le retentissant essai de Meijers sur le renvoi et était consacrée dans le projet Benelux ; bien qu'approuvée majoritairement, elle souleva les réserves de certains, dont Francescakis et Jeantet, le premier suggérant de ne rien préciser, du fait que la question était neuve et que l'on ne savait pas ce qu'elle pouvait cacher, et le deuxième inclinant, dans le cas d'un désaccord, pour la validité de la situation. En deuxième lieu, on tint pour acquis que, pour bénéficier

de la reconnaissance dans le for, la situation, lors de sa constitution, ne devait présenter aucune attache avec celui-ci. Cette condition ne fit l'objet d'aucune discussion. Elle s'infiltra subrepticement dans l'esprit des commissaires, sans doute grâce aux notes célèbres de Francescakis sous les arrêts *Machet* et surtout *Patiño*.

d) Les restrictions apportées à l'unilatéralité par le Comité français

42. – La disposition consacrant la reconnaissance des situations juridiques créés à l'étranger ne se retrouve pas dans les projets français ultérieurs. L'une des raisons de cet abandon a probablement été la difficulté d'identifier ce lien originaire avec le for qui en empêcherait l'application. Chose curieuse, une telle disposition, mais sans les ajouts du *Comité*, est aujourd'hui en vigueur en Roumanie depuis 1992.

Les méditations de la doctrine française sur le bien-fondé de l'idée qui sous-tendait cette disposition allaient néanmoins se poursuivre. Celle-ci s'efforcera de montrer la conformité de cette idée à la « mission » ou « fonction » du droit international privé et tâchera, en même temps, de se défaire progressivement des deux restrictions imposées par la prudence du *Comité*, qui n'existaient pas chez celui qui l'avait conçue. De plus, elle arrivera, avec le temps, à remettre en question une troisième restriction, celle-ci défendue, ou en tout cas tenue pour acquise, par Niboyet déjà, à savoir le défaut de volonté d'application de la loi du for.

e) L'adhésion à l'unilatéralité lors de la reconnaissance des situations juridiques créées à l'étranger chez Vivier

43. – Moins logique que l'unilatéralité, la bilatéralité s'est, selon Vivier, maintenue jusque-là, encore que fortement assouplie par des éléments empruntés à la première, du fait essentiellement qu'elle est plus facile à manier pour le juge. L'incertitude dans laquelle celui-ci se trouverait plongé face aux conflits positifs et négatifs est en effet déplorable.

Cela ne vaut cependant, s'empresse-t-il à ajouter, que pour la créations des droits en France. En matière d'efficacité des droits créés à l'étranger, l'opportunité d'adopter la méthode unilatérale est affirmée avec énergie par Vivier. D'un côté, le grief de l'absence de repères pour le juge ne saurait être retenu ici, puisque la loi qui a fait naître le rapport juridique est le plus souvent déjà « parfaitement individualisée » et le juge n'a qu'à s'y tenir. De l'autre, les inconvénients de la bilatéralité apparaissent dans toute leur acuité, du fait qu'elle aboutit à empêcher nombre de droits créés par les lois étrangères d'être reconnus en France. Le commerce juridique international, dont on dit qu'il devrait être encouragé par le droit international privé, s'en trouve, par contraste, entravé. Bref, la méthode unilatérale dans ces situations représente un pas de plus vers la coopération internationale.

f) *La doctrine des droits acquis de Francescakis et son « unilatéralisme partiel »*

44. – La thèse de Niboyet en matière d'efficacité internationale des droits répond réellement, selon Francescakis, aux besoins du commerce international. Soucieuse de la stabilité des relations juridiques internationales, elle tient compte de la difficulté que les parties rencontrent à se conformer à chacune des directives, si souvent non coordonnées, que leur donnent les différents systèmes avec lesquels elles peuvent entrer en contact.

Francescakis fait donc sienne cette thèse, mais il y apporte la limite à laquelle il a été déjà fait allusion : il faut que la situation juridique en cause, au moment de sa création, ne présente aucun lien avec l'ordre juridique du for. De l'aveu même de l'auteur, c'est alors la seule branche extroverse de la règle bilatérale qu'on abdique. Il s'agit donc moins d'une désactivation de la règle bilatérale dans son ensemble que d'une « débilatéralisation » de celle-ci. Du fait qu'elle soumise à la condition mentionnée, cette « débilatéralisation » n'est cependant, comme le dira M. Gothot dans des pages saisissantes, que partielle.

45. – A cette « débilatéralisation » ne saurait en revanche – pour l'auteur – faire obstacle l'existence d'un conflit positif entre deux lois étrangères. Le privilège du rattachement choisi par le for, ce à quoi aboutit le refus de l'unilatéralité majoritairement suggéré dans ce cas par le *Comité*, n'est en effet, pour l'auteur, pas vraiment justifié ici : il faut, selon lui, considérer sur un pied d'égalité la vocation des deux lois étrangères. La solution est alors à chercher dans les « tréfonds » mêmes des « sources rationnelles du droit », dont se dégage l'idée, proposée par Niboyet, du *potior in tempore*, c'est-à-dire de l'« antériorité du fonctionnement » de l'une entre elles, autrement dit, de la priorité de la loi « qui s'est effectivement appliquée ». Cela entraîne qu'entre une loi qui, se déclarant compétente, n'a fait surgir aucun droit, et une loi qui, se déclarant compétente, l'a fait surgir, cette dernière devrait l'emporter dans le for. Les exemples célèbres sur lesquels Francescakis avait raisonné paraissent le confirmer. Les directives de la priorité temporelle et de l'effectivité se rapprochent alors du principe de l'*ut magis valeat quam pereat*, lui aussi fugitivement mentionné par Niboyet, et semblent, chez Francescakis, ne faire qu'un avec celui-ci.

Mais en quoi consiste au juste cette « application effective » d'une loi, qui lui assurerait un titre supérieur aux yeux du for par rapport à celle qui, bien que se voulant elle aussi « applicable », ne l'a pas été encore concrètement ? L'auteur ne s'y arrête pas longuement, mais il laisse entendre qu'une réalisation judiciaire n'est pas indispensable : l'intervention d'une autorité publique quelconque, même d'un notaire, est à cet effet suffisante, bien qu'elle soit, semble-t-il, nécessaire.

46. – Le bien-fondé de l'unilatéralité étant admis en général, quelle est la justification de la restriction que Francescakis apporte à sa mise en oeuvre ?

Deux raisons sont avancées par l'auteur. D'un côté, elle empêcherait de reconnaître des situations juridiques créées à l'étranger sur la base de la loi française, alors que celle-ci ne se voulait pas applicable. On peut observer qu'il est possible de reconnaître en France ces situations en conservant l'unilatéralisme, en tout cas celui de Niboyet, au nom de cette « compétence supplétive » de la loi française qui, pour lui, en représente une pièce importante.

De l'autre, et plus radicalement, la thèse de Niboyet est, nous dit Francescakis, trop généreuse, en ce qu'elle méconnaît l'intérêt qu'a l'Etat français à contrôler les situations qui, même si elles n'ont pas avec lui ce contact érigé en rattachement, en présentent cependant d'autres, qui ne sont pas négligeables. En matière de divorce, par exemple, le choix de la nationalité doit-il conduire la France à renoncer à tout contrôle sur les couples d'étrangers domiciliés chez elle ?

Cet argument de Francescakis, avec le recul de presque un demi-siècle, prête à objection. Tout d'abord, s'il est vrai que la plupart des pays traditionnellement partisans de la nationalité n'ont pas renoncé à « contrôler » le divorce des personnes qui sont domiciliées sur leur territoire, ils l'ont fait d'abord en leur étendant le bénéfice de leur loi, solution à laquelle, ainsi que l'art. 310 du Code civil le montrera, l'unilatéralisme permet de parvenir plus directement que toute bilatéralité. Ruse de l'histoire bien malicieuse d'ailleurs, parce que cet argument de Francescakis, pourtant avancé pour la combattre, fournira une justification solide à cette « surprenante » unilatéralité qu'il allait pourtant blâmer plus vigoureusement peut-être que tout autre. Ensuite, le constat de Francescakis, aussi exact soit-il, n'entraîne pas nécessairement les conséquences qu'il veut en tirer. Il est en effet à double tranchant : puisque le domicile est un contact non négligeable, on peut avancer qu'il n'est pas bon qu'en France on ne reconnaisse que les divorces constitués en vertu de la loi nationale et non ceux constitués sur la base de la loi du domicile. Le droit positif de bien de pays a depuis lors évolué en ce sens.

C'est cette allusion au « contrôle » qui laisse perplexe. Si l'on renonce au « contrôle » ménagé par la bilatéralité, c'est qu'on préfère, de l'aveu de Francescakis, assurer la stabilité des relations internationales déjà créées. Pourquoi donc, s'agissant d'une relation présentant un lien avec la France au moment-clé de sa création, mais non tel que la France voulait la régir par sa loi, devrait-on renoncer à préférer cette stabilité à ce « contrôle » ? Le « contrôle matériel » de l'ordre public n'est-il pas suffisant à cet effet, quitte à « contrôler » que la loi de création avait avec l'espèce un contact non négligeable, ce qui a lieu d'ailleurs par hypothèse ? Les réflexions de l'auteur sur la prévisibilité par les parties de la loi applicable, loin de justifier un retour à la bilatéralité, paraissent plaider dans le sens inverse.

47. – Cependant, il serait, croyons-nous, historiquement injuste d'en vouloir à Francescakis de ne pas nous avoir laissé une explication cohérente de cette

restriction, dont on allait bientôt dire en effet, dans la doctrine française, qu'elle n'a pas de raison d'être. A le lire, on a le vif sentiment que l'éminent auteur ait surtout été soucieux d'atténuer la troublante nouveauté d'une idée dont il ressentait toute la portée révolutionnaire. C'est pourquoi il s'est surtout attaché à montrer ce qu'il pouvait y avoir d'utile dans cette première brèche ouverte dans la bilatéralité, et il est alors naturel qu'il ait par là négligé d'expliquer pourquoi cette brèche ne pouvait pas être, au besoin, élargie davantage.

Les méthodes de pensée sont par nature évolutives. Une évolution ultérieure se remarque en effet chez Mme Muir Watt, trente ans plus tard.

f) *Les prévisions légitimes des parties et le désistement de la loi du for lors d'un conflit positif chez Mme Muir Watt*

48. – Dans son étude sur la fonction de la règle de conflit, Mme Muir Watt s'est demandé si pour mettre en oeuvre cette désactivation de la bilatéralité dont elle reconnaît les bienfaits, on doit impérativement exiger l'absence de lien objectif avec l'ordre du for lors de la création de la situation. La réponse que l'auteur apporte est négative. Il suffit pour elle de vérifier que, si la situation juridique est née conformément à une loi autre que celle désignée par la règle du for, les légitimes prévisions des parties se sont orientées vers la validité et l'efficacité d'une telle situation. Par exemple, un mariage célébré à l'étranger mais tenu pour nul par la loi nationale désignée par la règle du for, pourrait néanmoins être considérée comme valable en France.

Il semble que cette autre loi étrangère doive de son côté avoir volonté de s'appliquer : c'est la preuve recherchée du caractère légitime et raisonnable des prévisions des parties. S'il en est ainsi, cette démarche aboutit à appliquer au lieu de la loi désignée par la branche extroverse de la règle du for, dont le renvoi imposerait le plus souvent de vérifier la volonté d'application, une loi qui se veut elle aussi applicable et qui s'est effectivement appliquée. Le conflit positif est tranché donc par le biais des prévisions des parties, sans qu'il importe que la situation ait ou non présenté à l'origine un lien avec le for.

Il faut encore préciser que, si l'auteur a surtout à l'esprit des situations juridiques consacrées dans une décision, judiciaire mais aussi administrative, elle considère qu'en définitive il n'y a pas de raison de méconnaître les prévisions des parties à l'égard de l'applicabilité d'une règle abstraite, pourvu, bien entendu, que ces prévisions soient raisonnables et objectivement vérifiables. On assiste là à un élargissement majeur de la notion d'application « effective ». Francescakis, Vivier et Niboyet lui-même, s'en étaient tenus essentiellement à une consécration par un acte d'autorité. L'effectivité se colore chez Mme Muir Watt, alternativement, d'un élément subjectif, à savoir la conviction des parties qu'une loi spécifique les régit, encore qu'on puisse voir dans le caractère raisonnable et légitime de cette conviction la garantie de la présence d'un lien objectif certain.

49. – Mais l’exploration des ressorts profonds de la règle de conflit dans laquelle s’est engagée Mme Muir Watt l’a amenée à franchir un pas de plus. Lorsque la situation juridique est consacrée dans un acte d’autorité, comme c’est le cas d’un divorce, mais aussi de la célébration de mariage, Mme Muir Watt envisage non seulement le désistement de la branche « extroverse » de la loi du for, dont il a été question jusque-là, mais également de l’« introverse ». C’est le constat de la relativité et de la fragilité du rattachement choisi par le for qui l’amène à cette conclusion.

Il ne s’agit plus ici d’une débilatéralisation de la règle bilatérale, parce que c’est l’ensemble de celle-ci qui s’efface. Cependant, il n’est pas sûr qu’on ne puisse pas continuer à avancer une explication en termes unilatéralistes : le conflit positif entre deux lois, dont celle du for, est lui aussi tranché en faveur de la loi qui s’est effectivement appliquée. Du coup, l’auteur surmonte la limite qui avait paru infranchissable à tous les unilatéralistes précédents de cette deuxième saison : l’intangibilité de la loi du for lorsque celle-ci est impliquée dans un conflit positif.

50. – Il reste à relever que pour justifier cet effacement de la règle bilatérale, alors même qu’elle désigne la loi du for, l’auteur souligne combien celui-ci est conforme à ce règlement satisfaisant des intérêts privés, dans lequel, constate-t-elle, on se plaît à voir la fonction moderne de la règle de conflit. Du coup, on parvient à mieux cerner quels sont ces intérêts : la sécurité et la prévisibilité du commerce juridique international et la stabilité des rapports noués par les individus à travers les frontières.

L’auteur nous invite alors à constater combien la structure de la règle est solidaire avec sa fonction. La règle bilatérale cesse ainsi, pour l’auteur, d’être une valeur vénérable pour elle-même, et face à l’objectif auquel elle est fonctionnellement asservie, elle ne doit pas hésiter à se rénover, en faisant, au besoin, peau neuve.

C. Le système unilatéral de Quadri

51. – Quadri est progressivement parvenu à bâtir un système unilatéral fort vigoureux, le premier peut-être digne de ce nom. Il y a été mené par un effort critique sans *a priori*, qu’il ne s’est jamais lassé de reprendre pendant presque quarante ans, au sujet des idées reçues en Italie et à l’étranger, qu’on aura avantage à suivre dans son développement (a). On rendra compte ensuite des perplexités que son système a soulevées, en s’efforçant de vérifier leur bien-fondé à la lumière des données positives contemporaines (b).

a) Exposé de la doctrine de Quadri

52. – Quadri commence par identifier deux types d'explication du fondement du droit international privé, qu'il qualifie d'internationaliste et nationaliste. Les doctrines internationalistes voient dans le conflit de lois un conflit de souverainetés. Il s'agit, pour Quadri, d'une conception erronée. Puisque la souveraineté ne peut se manifester que sous forme de coercition matérielle, la distribution du pouvoir de contrainte résultant du principe de territorialité exclut d'emblée la réalité d'un tel conflit. Si les Etats se dotent cependant de règles de droit international privé, c'est que leur raison d'être est toute différente.

Celle-ci n'apparaît que lorsqu'on se déplace du plan interétatique au plan interindividuel. Si la majorité des auteurs modernes s'accordent à préconiser ce changement d'angle de vue, peu d'entre eux y restent, pour Quadri, vraiment fidèles. En effet, la plupart succombent de façon subreptice à la tentation internationaliste, toujours latente. Il n'y a donc que deux théories qui, pour leur cohérence, méritent de retenir l'attention.

53. – La première est celle, qualifiée par Quadri de « matérielle », proposée par Ago. Celle-ci envisage le rôle du législateur étranger comme celui d'un technicien ou d'un expert, qui est, mieux que tout autre, en position de capter les exigences du rapport et d'y répondre. Quadri rejette cette théorie : la règle de droit international privé ne nous dit rien sur le contenu matériel du droit étranger, en revanche, elle nous dit tout sur la position de l'ordre juridique étranger par rapport à la situation en cause. Dévoyée, cette vision perd alors de vue le but du droit international privé, que Quadri enfin explicite : il s'agit d'assurer la continuité et l'uniformité de la vie juridique des individus à travers les frontières.

La deuxième est celle des droits acquis. Celle-ci a, pour l'auteur, le grand mérite de ramener la réflexion sur la « dimension formelle », et de laisser ainsi de côté la « dimension matérielle ». Encore qu'elle ait l'inconvénient de renoncer à expliquer le domaine, tout aussi important, de la création des droits, la thèse des droits acquis est sans doute plus proche de la vérité, à savoir de la vraie nature du fondement du droit international privé.

Celle-ci est, nous dit l'auteur, essentiellement psychologique.

54. – Toute expérience juridique naît dans un contexte espace-temps et crée ainsi une « expectative », chez les individus et chez les tiers. Respecter un droit acquis signifie respecter cette « expectative ». La tâche de chaque Etat en droit international privé est alors de « confier l'évaluation d'un rapport à l'ordre juridique dans lequel, présomptivement et à son avis, les parties et les tiers sont instinctivement portés à se placer ».

Toute règle juridique en tant que *norma agendi* est dotée d'un domaine d'efficacité limité dans le temps et dans l'espace. La règle de droit international privé ne fait que préciser ce domaine spatial. Les ordres juridiques étrangers se présentent à

celui du for munis de leur domaine d'application. C'est l'« autorattachement », que le for ne peut méconnaître sans troubler la vie des individus. Le dispositif technique qui permet de conférer efficacité au droit étranger est le principe tacite d'« adaptation » aux ordres juridiques étrangers. Celui-ci sert au for pour assurer la continuité et l'uniformité de la vie des individus, mission du droit international privé.

55. – Mais s'il en est ainsi, pourquoi la doctrine s'obstine-t-elle, se demande Quadri, à voir dans la règle bilatérale la source de l'application dans le for du droit étranger ? La raison profonde et décisive est, pour l'auteur, que l'« autorattachement » se heurte en tout cas aux conflits positifs et négatifs, et qu'il faut bien un critère pour les trancher. Mais le remède doit correspondre au mal. Les conflits, nous dit-il, sont fort rares. Au lieu de constater l'harmonie qui règne dans beaucoup de cas, la doctrine bilatérale finit par créer des conflits là où il n'y en avait pas. Les illustrations qu'il donne sont si célèbres qu'il n'y a pas lieu de les rappeler ici.

Mais comment résoudre ces conflits ? Aux conflits négatifs, Quadri consacre très peu d'attention, du fait qu'ils ne sont pour lui qu'apparents, comme, à son avis, le montrerait le renvoi : il suffit d'avoir recours à une sorte de rattachement subsidiaire, tel que le domicile par rapport à la nationalité. Ses explications sur les conflits positifs sont un peu plus élaborées. Il suggère de se référer, dans chaque espèce concrète, à la loi qui a donné son « cachet » à la situation litigieuse, à celle sous l'égide de laquelle les parties ont entendu se placer, en un mot à la loi « la plus effective ». Au principe de l'effectivité, il ramène beaucoup de principes modernes, tels que le principe de faveur pour la validité d'une situation juridique, l'autonomie de la volonté, le principe de l'ordre juridique le plus fort, sans cependant s'expliquer davantage.

b) Analyse critique de la doctrine de Quadri et des griefs qui lui ont été adressés

56. – Le fondement « psychologique » aperçu par Quadri a suscité les plus vives perplexités. Tel qu'il est formulé, il se heurte en effet à de multiples objections.

Tout d'abord, on a de la peine à apercevoir le lien qu'il entretient avec la théorie de l'unilatéralité. Dès lors que le for est appelé à découvrir l'ordre juridique dans lequel « à son avis » les parties se sont placées, il semble devoir se désintéresser de l'attitude des autres Etats. Il est clair que cela le ramène à la bilatéralité. Ensuite, on éprouve de la peine à mesurer le progrès qu'assure la « localisation psychologique » par rapport à la « localisation spatiale ». Les rattachements que celle-ci propose ont, sinon pour but, du moins pour conséquence, de désigner une loi qui, du fait de sa proximité avec la situation, ne peut pas ne pas être « psycholo-

giquement présente aux parties ». Enfin et surtout, il semble qu'on ne puisse pas remettre l'observation de la loi à la bonne volonté des individus ou même au constat qu'ils en avaient effectivement prévu l'application. A raisonner ainsi, qu'en resterait-il en effet de la force obligatoire de la règle juridique ?

57. – Cependant, on ne voit guère de lien de solidarité entre la théorie de l'expectative et celle de l'unilatéralité. Dès lors, la réfutation de la première n'entraîne pas celle de la deuxième. Celle-ci semble en effet reposer toute entière sur la continuité et l'uniformité de la vie juridique à travers les frontières. Cette description de la mission du droit international privé ne semble pas avoir fait l'objet de critiques sérieuses, et son acceptation est largement répandue. L'opportunité d'éviter que la règle de conflit ne crée un conflit autrement inexistant a été partagée par la doctrine quasi-unanime. Le caractère persuasif du système de Quadri semble donc, encore une fois, dépendre des solutions proposés pour résoudre les conflits positifs et négatifs.

S'agissant des premiers, Quadri a été bien avare d'explications. Si l'on peut comprendre qu'il parle à cet égard de « conflits apparents », il n'explique pas, par exemple, dans un conflit entre rattachements subsidiaires, pour quelle raison le domicile devrait prévaloir sur la nationalité. M. Gothot a essayé de prolonger sur ce point la pensée de Quadri : l'objectif de maintenir la continuité de la vie juridique des sujets suggère que si les parties ont estimé, même de façon erronée, mais peu importe, qu'une règle les régissait, celle-ci peut l'emporter. D'autres auteurs ont proposé la formulation de règles matérielles.

58. – Quant aux conflits positifs, Quadri, on l'a vu, avance plusieurs solutions, dont essentiellement deux ont retenu l'attention de la critique. La première consiste à entériner l'« expectative » des parties. Si le respect de l'« expectative » n'est pas, on l'a vu, en mesure de fonder à lui seul le droit international privé, son aptitude à trancher un conflit positif doit être jugée séparément. Ce critère a suscité le scepticisme, à raison tout d'abord de son caractère indéterminé. Mais *quid* si les parties ont eu l'occasion de s'expliquer expressément et sans équivoque sur leur « expectative » commune ?

Parce qu'on recherche là un critère *de lege ferenda*, il semble légitime, pour juger de son utilité, de l'imaginer incorporé dans une règle. Celle-ci reviendrait, comme on l'a pertinemment observé, à permettre aux parties de désigner, parmi les lois en conflit, celle qu'ils estiment la plus apte à les régir. C'est précisément cela que, de l'avis de certains, qui se sont prononcés il y a trente ans, conduirait à rejeter ce critère, étant donné que, comme le droit positif le montre, l'octroi de cette faculté n'est envisageable que de façon exceptionnelle, en matière contractuelle essentiellement.

Mais c'est précisément cet appui sur le droit positif qui fait défaut aujourd'hui. On assiste, depuis quelque temps déjà, à une expansion « irrésistible » de l'autonomie

de la volonté. D'ailleurs, vingt ans après Quadri, Mme Muir Watt a proposé, on l'a vu, d'ériger les légitimes prévisions des parties comme limite au fonctionnement de la règle de conflit. Enfin, il est souvent affirmé que la « clause d'exception », de plus en plus répandue dans les systèmes contemporains, a pour but, entre autres, de permettre au juge de se conformer à ces prévisions. Bref, les arguments avancés à l'encontre de ce critère de solution des conflits ne peuvent pas être réitérés aujourd'hui.

Il en va de même du deuxième critère, celui de l'« effectivité », qui privilégie la loi plus à même d'imposer ses vues, ce qui fait un en substance avec le rattachement le plus étroit ou le plus fort. Si on a dû reconnaître que ce critère est en définitive au coeur de la bilatéralité elle-même, on lui a reproché d'être trop vague. Cependant, les cas où le droit positif d'aujourd'hui a recours au principe de proximité « à l'état pur », sans compter les clauses générales d'exception, qui s'en inspirent ouvertement, imposent de constater la sénescence de la critique en question.

59. – Il ne reste alors que le grief consistant à dire que, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit toujours, pour le for, de se rabattre sur un critère bilatéral, susceptible d'opérer tantôt vers une loi tantôt vers une autre. Si le qualificatif de « bilatéral » n'est pas vraiment approprié chez Quadri, dans la mesure où ce critère ne délimite plus le champ d'application de la loi du for, puisqu'elle prime toujours si elle est en conflit, il serait vain de nier le bien-fondé de cette critique.

Cependant, il semble que la nécessité du recours à un critère bilatéral naît de ce que la loi du for ne participe pas au conflit. Si l'on abandonne ce postulat, et on a vu que déjà Schnell l'avait remis en cause, il semble que le for n'ait plus à intervenir lui-même pour trancher. Les deux Etats en conflit, après avoir chacun renoncé à l'applicabilité impérieuse de leur loi, auront en effet recherché, bien que chacun oeuvrant unilatéralement, une solution concertée, et s'ils y sont parvenus, l'Etat du for n'aura qu'à l'entériner chez lui.

60. – On se heurte ainsi à celle qui nous paraît, avec le recul de quarante ans, la plus grande faiblesse de l'unilatéralisme de Quadri : avoir tenu pour acquise la suprématie de la loi du for lorsqu'elle est en conflit. Comme Mme Muir Watt l'a montré, cela peut précisément se révéler contraire à la continuité et à la stabilité de la vie juridique des citoyens qui représente, pour l'auteur, la raison d'être du droit international privé. Ce contraste exige qu'on s'explique là-dessus, ce que Quadri n'a, semble-t-il, pas fait.

Cela paraît d'autant plus surprenant que Quadri nie que l'intérêt étatique du for, le seul qui puisse justifier cette suprématie, joue un rôle majeur dans notre matière. Il n'est alors pas peu paradoxal de constater que les doctrines américaines récentes, qui au contraire en font grand cas, montreront que c'est précisément l'intérêt bien compris de l'Etat du for qui invite à remettre en cause le privilège inconditionné de la loi du for en cas de conflit.

D. Bilan de l'unilatéralisme européen de la deuxième génération

61. – On considérera, tout d'abord, les fondements sur lesquelles l'unilatéralisme de nos auteurs repose (a), pour ensuite cerner le domaine d'application qu'ils lui assignent (b), ainsi que leur attitude face aux conflits positifs et négatifs (c). On s'intéressera enfin à la réaction du bilatéralisme (d).

a) Les fondements de l'unilatéralisme

62. – Reconnaissance des droits ou des situations juridiques nées, établies, créées ou acquises à l'étranger ou conformément à une loi étrangère ; respect des prévisions légitimes ou raisonnables ou « expectatives » des parties ; souci de la stabilité des relations juridiques internationales, de la continuité et de l'uniformité de la vie juridique des individus à travers les frontières. Voilà les fondements sur lesquels repose l'unilatéralisme de cette deuxième génération. On le voit, ceux-ci sont fort analogues à ceux qu'avait aperçus la première doctrine unilatérale allemande, bien qu'ils soient maintenant bien plus directement explicités et davantage approfondis. On remarquera peut-être que l'accent est mis davantage sur l'angle de vue des parties elles-mêmes que sur le commerce international auxquelles elles participent, encore que celui-ci soit, lui aussi, souvent cité.

b) Le domaine assigné à l'unilatéralisme : une histoire de « partialités »

62. – L'histoire de ce deuxième unilatéralisme apparaît comme une suite, parfois assez confuse mais fascinante, de superposition de restrictions au domaine qui lui est reconnu, de « partialités », pourrait-on dire, et puis d'une remise en cause de ces « partialités ».

Niboyet avait conçu l'unilatéralité comme universelle *de lege ferenda*. Il dut admettre cependant qu'elle n'est que partielle dans le droit positif, où elle concerne le seul domaine des droits créés à l'étranger, et non pas celui des droits créés dans le for. Il se contenta de cette unilatéralité partielle lors des travaux de codification, où il parvint à la faire admettre. Cette limite n'allait plus être remise en question. Il s'agit, semble-t-il, de la seule « partialité » de l'unilatéralisme que ce mouvement allait tenir perpétuellement pour fermement établie.

Francescakis, sous l'influence de Meijers ainsi que, peut-être, des spécificités des affaires célèbres qui en avaient fécondé la réflexion, posa la condition de l'absence de lien avec le for lors de la constitution de la situation, qui n'était pas chez Niboyet. Cette restriction a introduit une certaine ambiguïté dans le concept même de « droit créé à l'étranger », et elle en a entraîné la requalification en « droit acquis », que Niboyet avait pourtant méprisée. Un déplacement spatial de la situation, qui n'entre dans l'orbite du for que postérieurement à sa création, était alors postulé. Ce décalage dans l'espace présupposait également un hiatus

temporel. L'action conjointe de l'un et de l'autre venait alors sceller la constitution à l'étranger du droit, de son « acquisition » donc aux yeux du for.

Mais une telle ambiguïté fut résorbée par la doctrine ultérieure : Mme Muir Watt contesta le bien-fondé de cette absence de lien, et donc la pertinence de ce décalage à la fois spatial et temporel, en proposant d'y substituer le respect des prévisions des parties. Tant qu'on exige que la mise en œuvre de la loi à laquelle ressortit la situation juridique s'est faite par ou devant une autorité (et Francescakis évoluait surtout dans ce contexte-là), celle que Mme Muir Watt préconisait n'était pas vraiment une autre « partialité », puisqu'on peut le plus souvent, dans ces cas, tenir les prévisions des parties pour acquises.

Niboyet ne vit pas non plus de raisons de limiter l'unilatéralité aux cas d'accord des ordres juridiques étrangers, à savoir aux cas d'absence de conflit entre eux. Le *Comité français*, sûrement sous l'influence encore une fois de Meijers, exigea quant à lui cet accord, donc cette absence de conflit. Francescakis rejeta fermement une telle exigence. Chez Mme Muir Watt aussi, le conflit est franchement assumé.

La notion de « droit créé », et donc la limite qu'elle venait à fixer à l'unilatéralité, n'était pas tout à fait claire chez Niboyet. Il semble qu'il faille voir à cet endroit plus qu'ailleurs l'exigence, de sa part, de la mise en œuvre de la loi par une autorité, fût-elle administrative. Vivier avait à l'esprit essentiellement une application judiciaire, voire contentieuse ; la question venait alors à se confondre avec le problème du contrôle de la loi appliquée. Francescakis fut en revanche explicite sur ce point : la situation juridique peut être également consacrée par un procédé pacifique de mise en œuvre, par exemple d'une intervention notariale. Mme Muir Watt n'a pas vu de raisons de ne pas franchir un pas de plus : elle supprima définitivement le besoin de l'application de la loi par une autorité, en tenant pour suffisante, alternativement, une règle abstraite, lorsque les parties ont eu la conviction légitime de son application.

On en vient enfin là à une dernière limite. Il s'agit de celle qui parut longtemps la plus inébranlable. Pour que l'unilatéralisme se déclenche, Niboyet, Vivier, Francescakis, Pilenko et Quadri ont tenu pour une condition fermement établie l'absence de volonté d'application de la loi du for. Mme Muir Watt est parvenue à remettre en cause ce postulat. Elle a préconisé la possibilité d'un désistement de la loi du for lorsqu'une situation juridique a été créée conformément à une loi étrangère et que les parties ont eu la conviction légitime que celle-ci les régissait, et donc que cette situation était valable.

63. – A s'en tenir au dernier stade de la réflexion, la bilatéralité s'efface au profit de l'unilatéralité lorsqu'il s'agit de reconnaître dans le for une situation juridique créée conformément à une loi étrangère, c'est-à-dire celle qu'un Etat étranger, voulant y appliquer sa loi, a fait surgir cette situation juridique. A cela ne fait pas obstacle le fait que le droit du for se reconnaissait lui aussi compétent pour créer

cette situation ou, peut-on ajouter, pour l'empêcher de naître si les conditions fixées par lui n'étaient pas réunies. Il n'est non plus nécessaire que cette situation juridique soit consacrée dans une décision ou dans un acte d'autorité étranger. Il suffit qu'elle ait été créée par application d'une norme abstraite. A défaut d'acte d'autorité, les prévisions des parties sont suffisantes pour transformer l'applicabilité abstraite de la norme en application effective de celle-ci.

Puisque lors d'un litige, on fait valoir l'existence ou la non-existence de certaines situations juridiques dont on allègue ou on nie qu'elles sont été créées, l'unilatéralisme qui ressort de ce mouvement semble pouvoir jouer toujours dans un contexte contentieux, en ce sens que dès qu'une norme étrangère se veut applicable, aux conditions indiquées, elle peut être invoquée dans le for. Par contre, lorsqu'il s'agit de constituer dans le for une situation juridique, par exemple de célébrer un mariage, de prononcer une adoption ou divorce, de fonder une société, la bilatéralité n'est, semble-t-il, pas touchée.

Le domaine de l'unilatéralité cerné, il faut voir comment les conflits tout d'abord positifs sont résolus. Ce sont essentiellement les conflits positifs entre Etats étrangers qui ont retenu l'attention de nos auteurs.

c) *Les conflits positifs et négatifs*

64. – Niboyet, comme d'instinct et sans s'y arrêter trop longuement, indiqua comme critères l'effectivité, la validité, l'antériorité d'application. Il n'est pas abusif d'y voir là trois manifestations d'un même concept. S'il y a eu l'intervention d'une autorité, la loi la plus effective, c'est bien celle que l'autorité a appliquée. La volonté d'application d'une autre loi par rapport à la même espèce, simple « applicabilité » de cette loi, doit alors s'incliner devant l'« application effective » de la première : c'est aussi le *potior in tempore*. Du coup, la situation juridique qui y est consacrée, est, aux yeux du for, valablement acquise, et si une autre loi, se voulant applicable, n'a fait surgir aucun droit, la première a, pour le for, une plus grande vocation. L'effectivité se confond avec la validité : c'est l'*ut magis valeat*. Ces principes, dira Francescakis, qui les approuva, jaillissent des « sources rationnelles du droit ».

C'est surtout avec Quadri puis Mme Muir Watt que ce tableau s'enrichit d'un élément essentiel : les légitimes prévisions des parties. Ces prévisions ne servent pas à grand-chose tant que l'on ne raisonne que sur des hypothèses d'application « autoritative ». D'un côté, on a là déjà une « loi effective » ; de l'autre, et par conséquent, il semble que les parties n'ont pu compter, en tout cas pas postérieurement à l'acte d'autorité, que sur la loi appliquée par celui-ci, si bien qu'une prévision contraire ne saurait le plus souvent être légitime. Voilà pourquoi la donnée « psychologique » joue, semble-t-il, un rôle moindre chez Niboyet, Vivier et même chez Francescakis.

En revanche, elle prend tout son sens si on fait abstraction de l'intervention d'une autorité, comme le font, semble-t-il, Quadri et expressément Mme Muir Watt. Ainsi, les prévisions des parties viennent constituer, peut-on dire, une nouvelle manifestation de l'effectivité, plus pure encore, peut-être, que les précédentes : sans l'intermédiaire, le paravent, on a envie de dire, de la mise en oeuvre « autoritative », les sujets de droit se trouvent alors seuls face à deux lois abstraitement applicables. Celles-ci sont faites chacune pour être appliquée, donc observée, par eux, si possible spontanément. Puisque ils ne peuvent pas observer, à savoir appliquer effectivement, les deux lois à la fois, mais qu'ils ne peuvent en observer qu'une, il paraît naturel de se demander quelle est celle dont elles ont prévu qu'elle les régirait.

D'ici à reconnaître que les parties, se trouvant face à plusieurs lois chacune se voulant applicable, peuvent s'expliquer dès le début sur leurs prévisions quant à celle qui les régira effectivement, il n'y a qu'un pas. Mais si on ramène le poste d'observation à l'instant précédent la naissance de la situation juridique, cette possibilité de s'« expliquer » a alors toutes les apparences de l'octroi aux parties de la possibilité de « choisir » la loi. Il est assurément permis de voir alors dans ce « choix » moins une fin en elle-même, qu'un moyen pour que les parties, en cas de pluralité de lois qui veulent les régir, se « déterminent » sur la loi qu'elles entendent observer.

65. – En revanche, bien moins significative a été la réflexion de nos auteurs sur les conflits négatifs. C'est sûrement parce que si une situation juridique a été consacrée dans un acte d'autorité, c'est qu'au moins une loi se veut applicable, si tant est qu'elle ait été appliquée, on est en dehors du conflit négatif.

L'intuition de Niboyet est pourtant précieuse : on ne peut pas parler d'une incompétence absolue de la loi française. Si incompétence il y a, celle-ci est relative. Or on ne saurait voir la source de cette relativité ailleurs que dans la condition qu'il existe une loi qui affirme sa compétence. Si tel n'est pas le cas, l'incompétence de la loi du for n'est pas justifiée, et l'est sa compétence. Niboyet et Pilenko parlent de « compétence supplétive ». On lit chez Quadri la même idée lorsqu'ils nous dit que les conflits négatifs sont « apparents », parce qu'il y a bien un rattachement subsidiaire.

Il reste que l'incompétence de la loi étrangère peut elle aussi être « relative ». On a alors un conflit de volontés d'application subsidiaires, qui n'est pas moins un conflit positif de volontés, supplétives, certes, mais peu importe. Or, Niboyet et Pilenko ne voient pas ce conflit et, en tout cas, dès que la compétence de la loi du for est en jeu, même si elle n'est que supplétive, elle l'emporte pour eux. Il semble que, malgré l'« apparence » du conflit, Quadri ne va pas bien au-delà. Il s'agit d'une impasse, semble-t-il, dont l'unilatéralisme européen n'est pas parvenu à s'en tirer.

d) *La réaction du bilatéralisme*

66. – Face aux arguments de son adversaire, le bilatéralisme s'est, dans cette phase, encore moins souvent hasardé à s'expliquer positivement sur sa raison d'être, que lors de la première. L'appui de deux arguments lui a fait progressivement défaut, qui avaient pourtant servi aux opposants du premier unilatéralisme: la *Natur der Sache* du rattachement retenu par le for, d'un côté, et le refus du renvoi, de l'autre.

En vérité, le premier, on l'a vu, était encore avancé immédiatement après la guerre par Batiffol, qui faisait appel à une rationalité universelle du rattachement choisi par le for. La conscience alla peu après imprégner les esprits de la relativité de ce rattachement ainsi que, par contraste, de la légitimité de ceux retenus à l'étranger, donc d'une certaine égalité de principe entre l'un et les autres. Cette conscience paraît aujourd'hui bien assise.

Quant au deuxième, les premiers bilatéralistes avaient combattu le renvoi pour les raisons qu'on connaît, et ils avaient tiré un argument contre l'unilatéralité de la positivité de ce refus. Si la valeur de cet argument était discutable dans la mesure où ils avaient contribué à le faire admettre, ils pouvaient tout de même se réclamer de la sagesse du droit positif. Dans le climat positiviste exacerbé de la première moitié du XXe siècle, cela était beaucoup. Mais à fur et mesure que dans les pays où la question n'était pas réglée, la jurisprudence faisait de plus en plus recours au renvoi, ce qui en prouvait les bienfaits, de quelque nature qu'ils soient, cet argument ne pouvait plus être sérieusement brandi.

67. – L'effort critique des bilatéralistes s'est alors progressivement consacré à montrer qu'en définitive les bienfaits pratiques de l'unilatéralité par rapport à la bilatéralité assortie du renvoi ne reviennent pas à grand-chose.

Quant aux conflits négatifs, il est assurément exagéré de voir dans le renvoi, comme l'ont dit certains, une négation de l'unilatéralité au motif qu'il aboutirait à appliquer une loi qui ne se reconnaît pas compétente, puisque, ainsi que Niboyet l'avait montré, il y a bel et bien compétence, donc volonté d'application, de la loi du for : supplétive, certes, mais peu importe. Mais il est certain que la résolution du conflit négatif par la loi du for représente un progrès peu perceptible par rapport au système traditionnel. L'hypothèse qu'une loi a une volonté d'application « primaire » alors que la loi du for et celle qu'il désigne n'en ont qu'une supplétive, bien que certainement possible, paraît trop rare pour ébranler le système.

Quant aux conflits positifs, la majorité de ceux-ci, du fait qu'ils impliquent le for, n'est pas « solutionnée » différemment que par la bilatéralité. S'ils impliquent deux Etats étrangers, les arguments avancés contre les propositions des unilatéralistes, on l'a vu, ont aujourd'hui assurément vieillis. Il n'en reste pas moins que le for est en train là d'intervenir lui-même par un critère qui tranche le conflit, en faveur soit de l'une soit de l'autre des lois en présence. Celui-ci à l'apparence d'un critère

« bilatéral », encore qu'il soit assez différent, dans sa nature et fonction, par rapport au rattachement traditionnel.

Mais dès lors qu'on commence à remettre en cause la suprématie de la loi du for dans l'hypothèse d'un conflit positif, ce qui impose à plus forte raison qu'on renonce à son application systématique dans les conflits négatifs, ces réserves perdent l'essentiel de leur valeur. Il semble que si l'on ne s'est pas encore arrêté sur cela, c'est que la possibilité d'une telle remise en cause n'a pas encore pénétré largement les esprits en Europe, encore qu'elle soit partagée par un certain nombre, toujours croissant, d'auteurs contemporains. On s'en expliquera davantage à propos de l'unilatéralisme américain, qui, quant à lui, paraît avoir franchi sur ce point un pas supplémentaire.

CHAPITRE III

L'UNILATERALISME AMERICAIN

68. – Dès la moitié du XXe siècle, l'idée unilatérale s'implanta aux Etats-Unis, où elle a pu entre-temps développer des racines assez solides. Chose curieuse, cette idée ne fut pas importée d'Europe, mais se développa comme produit autochtone du génie anglosaxon. La littérature américaine contemporaine est d'ailleurs la seule à voir dans l'*unilateralism* une doctrine actuelle, qu'on ne cesse de parfaire. Bien plus encore, on a pu affirmer qu'il n'y a guère de doctrine américaine récente qui n'adhère à certains au moins des dogmes unilatéralistes.

Il importe dès lors de relever les traits de cet unilatéralisme, ainsi que de marquer ses différences par rapport à son pendant européen. Si son histoire reste à faire, il n'est peut-être pas abusif d'en distinguer d'ores et déjà trois phases : une première, qui s'ouvre avec Currie, où les intérêts étatiques, notamment ceux du for, sont au centre de la réflexion (B) ; une deuxième, dont on a pu voir en Kramer un représentant assez convaincant, où la réflexion sur l'intérêt « bien compris » du for mène à s'ouvrir aux intérêts des autres Etats, et à tâcher de résoudre les conflits, essentiellement positifs, qu'on vient par là à assumer ; une troisième, toute récente, dans laquelle si les intérêts des individus viennent enfin au premier plan, cela n'a lieu que pour montrer combien ils trouvent eux aussi leur propre compte dans la résolution de ces conflits (C). Dans ce schéma on a en revanche de la peine à inclure l'apport de Sohn, chez lequel ces différentes et éparses mouvances sont déjà toutes plus qu'amorcées, et dont il est alors frappant, soixante ans après, de mesurer la prescience (A).

A. Sohn et le « groupement » des points de contact

69. – Pour Sohn, la règle de conflit vise à éviter aux individus une superposition de normes, donc de décisions contradictoires. Parce qu'il n'y a pas qu'un seul rattachement qui est juste dans l'absolu, il arrive souvent que les Etats en choisissent des différents. Cependant, il faut désigner une seule loi, puisqu'il est inconcevable d'en appliquer plusieurs à la même question. Pour y parvenir, on ne peut pas se fier à la seule règle de conflit du for. Loin de résoudre ces « vrais conflits », elle risque d'en créer d'inexistants.

Un premier pas vers une solution satisfaisante consiste alors à ne retenir de la règle de conflit du for que sa branche extroverse. Ainsi, les « Etats tiers désintéressés » ne se mêlent pas au conflit, et on commence à y voir plus clair. On ne voit d'ailleurs pas d'intérêt pour ces Etats d'appliquer une loi étrangère plus qu'une autre. Pour sortir de l'impasse, il est tout aussi à exclure que l'emploi du seul rattachement du for puisse jouer un rôle quelconque. Le principe d'égalité des Etats implique d'ailleurs une égalité des rattachements qu'ils choisissent.

70. – L'auteur avance alors sa proposition, celle de prendre en considération un « cumul » ou « groupement » de contacts. Selon ce système, la préférence devrait être accordée à l'Etat qui, outre ce contact qu'il érige en rattachement « primaire », en présente avec l'espèce d'« auxiliaires », aptes à le renforcer. Les bienfaits qui en découlent sont, pour Sohn, nombreux. Les intérêts des Etats en conflit sont respectés : chacun d'entre eux abandonne certaines espèces moins rattachées à lui, mais il retient celles qui le sont plus. Par ailleurs, parce que la solution dépend des contacts de la situation elle-même et non pas du choix du for par une des parties, cela répond également aux intérêts de celles-ci.

Pour Sohn, il y a lieu enfin de se demander s'il ne relève pas de l'intérêt du for que ce procédé soit étendu aux conflits qui l'impliquent. Pour y répondre, il faut là « bien comprendre », nous dit-il, à quoi ressemble le véritable contenu de cet intérêt : il s'agit, pour lui, outre l'assurance que sa loi est la seule compétente aux situations les plus rattachées, du désir de rendre justice aux parties et de participer au commerce international. Tout cela peut, à son avis, sûrement suggérer une telle extension.

B. Le système de Currie

71. – Pour Currie, l'Etat a pour mission de veiller au bien-être des individus. Il le fait à l'aide de ses normes matérielles. Du fait qu'elles ont été élaborées dans l'ignorance voulue de cette mission, les règles de conflit traditionnelles sont à rejeter comme « vides et exsangues ».

La première question qui se pose pour l'Etat est de savoir si un cas d'espèce est suffisamment rattaché à lui pour qu'il ait un « intérêt » (*interest*) à appliquer sa loi,

et à remplir par là sa mission. A cet effet, il serait bon que le législateur se prononce expressément sur cet intérêt, à savoir sur l'étendue de l'application de sa loi. A défaut, la tâche incombe aux juges, qui doivent déduire cette étendue de la « politique législative » (*policy*) poursuivie par la loi. Tâche ardue, certes, puisque cette politique n'est pas toujours univoque ou facile à cerner, mais néanmoins nécessaire. Une fois identifiée celle-ci et, avec elle, l'étendue de cet « intérêt », le même procédé s'applique aux lois étrangères. Cela conduit à quatre situations possibles, dont les seuls « vrais conflits » (*true conflicts*), cas où deux ou plusieurs Etats ont intérêt à appliquer leurs lois, sont vraiment problématiques.

La question, fort complexe, est ici de savoir quel est l'« intérêt qui doit céder à l'autre ». Si le for est, comme il arrivera le plus souvent, impliqué, Currie ne voit, dans un premier temps, d'autres solutions que l'application de sa loi. Après réflexion, il se rend cependant compte qu'une « détermination disproportionnée et provinciale de l'étendue de la loi du for peut mener à des conflits sérieux avec les intérêts d'un Etat étranger ». D'où un tournant significatif dans sa pensée. Déjà lors de la détermination de l'étendue de la loi du for, un facteur qu'il invite à prendre en compte est le « désir de concilier nos intérêts et d'harmoniser cette étendue avec celle des autres nations ». Face à un vrai conflit, il se peut encore qu'une « révision » (*reconsideration*) de l'intérêt des lois en conflit, y compris de celle du for, menée dans une façon plus modérée et respectueuse de l'existence d'autres Etats et de leurs différents objectifs, montre que le conflit n'est qu'« apparent ».

S'il s'agit d'un conflit irréductible (*true and intractable*), Currie ne voit d'autre solution pour le juge que de se replier sur la loi du for, aussi longtemps que l'Etat du for ne lui a pas donné d'autres directives.

72. – Il importe tout d'abord de montrer l'unilatéralité du système de Currie, par ailleurs tôt remarquée en Europe. La *policy* de la règle matérielle n'est rien d'autre que sa *ratio*, aussi complexe soit-elle, l'*interest* rien d'autre que son « domaine » ou sa « volonté d'application » dans l'espace. Currie rapporte cette volonté à l'Etat, alors que les unilatéralistes européens se réfèrent à la règle que celui-ci établit, mais peu varie vraiment. Cette volonté est déduite, par rapport à chaque situation donnée, du « contact » (*relation*) qui la lie à l'Etat, à savoir de l'ensemble des liens, ainsi que de la *ratio* de la règle elle-même.

Si le législateur s'est prononcé, comme Currie l'invite à faire, le juge n'aura qu'à respecter sa consigne. Si tel n'est pas le cas, le juge devra extraire lui-même cette volonté des deux éléments dont il a été question. Dans un cas comme dans l'autre, Currie en vient à découvrir celles que certains de ses successeurs dénommeront les *rules of scope*. Il ne s'agit de rien d'autre que des « règles spatiales » ou « de délimitation », dont la source peut être législative ou jurisprudentielle.

En ce qui concerne l'« intérêt » des lois étrangères, le procédé semble devoir être le même, encore que Currie ne s'y arrête pas longuement. Si le législateur étranger

s'est prononcé sur cet intérêt, il semble certain que le for doit en tenir compte. En revanche, si tel n'est pas le cas, c'est au juge du for d'identifier cet intérêt. D'après certains, Currie aurait envisagé une « analyse de cet intérêt » (*interest analysis*) selon les paramètres du for. Cela reviendrait alors à introduire une certaine bilatéralité. Selon d'autres, il faut, pour Currie déjà, que cette analyse se fasse dans le climat de l'ordre étranger. Celle-ci est en tout cas la position expressément adoptée par les successeurs de Currie dont on rendra compte plus loin et pour lesquels le but est de s'adapter aux *rules of scope* telles qu'elles résultent des règles ou, à défaut de celles-ci, de la jurisprudence étrangère.

Lors de l'établissement de la *rule of scope*, le législateur ou le juge doivent, on l'a vu, se laisser guider par le désir de concilier le domaine d'application de leurs règles avec celui des lois étrangères. Une extension exorbitante des premières semble donc exclue dans cette première étape déjà, puisque un équilibre doit être recherché entre l'objectif de réaliser la « politique » de la règle interne et celui de mettre en oeuvre une « politique » internationale d'accommodement mutuel.

Si conflit il y a, Currie préconise une révision des domaines d'application des deux lois, par le biais d'une interprétation plus restrictive. Currie s'est peu arrêté sur cette deuxième étape, peut-être en raison aussi de sa précoce disparition. Il semble cependant que pour la mener à bout, il faut, pour lui, reconsidérer et comparer ces mêmes éléments dont découle l'« intérêt », à savoir l'ensemble des liens que la situation présente avec chacun des Etats, d'un côté, et la *ratio* de leurs règles, de l'autre. Par exemple, il se peut – nous dit-il – que la politique poursuivie par l'une d'entre elles, qui peut aussi être celle du for, soit obsolète ou spécifique à cet Etat, ce qui en déconseille l'application en cas de conflit ; le respect des attentes des parties est également cité comme élément digne de considération ; la comparaison des contacts est aussi proposée.

73. – Venons-en aux reproches adressés à Currie, dont certains ont pu dire qu'ils frappent tout unilatéralisme. On peut les regrouper en trois catégories intimement liées.

Tout d'abord, on a fait grief à Currie d'avoir attaché trop d'importance aux intérêts étatiques, qui n'auraient que peu voire aucune influence dans notre matière, tout en négligeant par contraste les intérêts privés, qui compterait surtout, voire uniquement. Or si la controverse sur la nature des intérêts sous-jacents au droit international privé est aujourd'hui plus que jamais ouverte en Europe : on y reviendra plus loin. Il importe de l'aborder très brièvement ici afin de ramener cette critique à sa juste valeur.

Le droit international privé surgit – on ne saurait le nier – de l'existence de divergences parmi les Etats dans la vision de ce qu'est, pour chacun d'entre eux, la meilleure justice dans les rapports privés. Leurs règles de droit privé sont donc le fruit d'un équilibrage délicat des intérêts individuels, multiples et souvent con-

tradictoires, dont ils ont la charge. Toute règle juridique est, ou doit être, celle qui, pour eux, réalise au plus haut degré cette conciliation. S'il en est ainsi, il est difficile de méconnaître qu'un Etat peut, dans l'absolu, avoir un intérêt à ce que sa loi soit appliquée à des relations internationales.

Il ne s'agit pas cependant, comme on l'a récemment précisé, d'une volonté de suprématie sur leurs pairs. Mais plutôt du souci (*concern*, a-t-on dit) de cet Etat à ce que les intérêts des particuliers soient réalisés de la façon qu'il estime la plus juste et qu'il a donc fait sienne, en la consacrant dans ses règles. Qu'un vrai conflit ne soit, pour Currie, rien d'autre qu'un conflit entre intérêts privés, est prouvé par le constat que ce conflit ne pose problème que lorsque les parties se réclament des lois différentes. Vue sous cet angle, toute la question semble alors faire peau neuve.

74. – Il semble que l'on perde l'essentiel de la révolution américaine si on refuse de ne voir dans l'affirmation des intérêts étatiques rien d'autre que celle du souci des Etats de protéger les intérêts individuels qu'ils ont pour mission de prendre en charge, ce qu'ils ne sauraient faire qu'à l'aide de leurs règles. Déjà Pillet insistait avec éclat sur ce point. Ce qui déclencha cette révolution fut d'ailleurs le constat par les juges qu'il aurait été foncièrement injuste de nier aux parties le droit de se prévaloir de la protection de loi du for lorsqu'il s'agissait d'espèces fortement rattachées à lui. On se souviendra aussi que les attaques de la *local law theory*, dont on dit qu'elle a sûrement fécondé la pensée de Currie, a eu pour cible l'indifférence affichée par le procédé traditionnel aux intérêts matériels des parties en cause.

Pour sauver cette première critique, il faut alors la reformuler : Currie a négligé non pas les intérêts matériels des individus, auxquels il fait au contraire grand cas, mais les intérêts spécifiques du droit international privé, à savoir essentiellement, en tout cas pour ses adversaires, l'harmonie des solutions. Celle-ci est en effet entravée par le lexforisme dont est teinté l'unilatéralisme de Currie. On passe alors à la deuxième critique.

75. – On a récemment précisé que, si lexforisme il y a chez Currie, il ne s'agit tout de même pas de quelque chose de congénital à l'unilatéralisme, et qu'il n'est dès lors pas raisonnable de rejeter celui-ci du fait que Currie était lexforiste. On rappellera d'ailleurs que Currie a proposé une révision du champ d'application de la loi du for lorsqu'elle est impliquée dans un conflit. C'est à l'évidence cette phase qui devient décisive pour mesurer le lexforisme de Currie, sur laquelle il n'a pas pu s'expliquer longuement.

Ce qui est assurément vrai en revanche, c'est que Currie ne s'est pas arrêté à expliciter les bienfaits pour les individus de cette « harmonisation entre l'étendue des lois du for et celle les lois étrangères » qu'il préconise pourtant. Ils les ressent sûrement, et il y fait allusion à plusieurs reprises, mais il est trop hermétique là-dessus. C'est là sans doute une faiblesse de sa réflexion. Ses successeurs se chargeront d'y remédier, et ils surmonteront par là tout reproche lexforiste.

76. – Le troisième grief fait à Currie concerne la difficulté pour les juges de cerner la « politique législative » des règles de droit, et d'en extraire l'étendue, aussi bien pour les règles du for, que, *a fortiori*, pour celles d'un Etat étranger.

Or c'est là oublier que Currie préconise à cet effet l'intervention du législateur : là où les *rules of scope* ont été clairement établies par lui, ses juges n'auront pas à se livrer à l'analyse de la « politique législative », parce que le but de cette recherche est déjà atteint par une autre voie plus fiable. En ce qui concerne les règles étrangères, les successeurs de Currie préciseront que le juge du for n'a qu'à s'adapter fidèlement à ce qui ressort de l'ordre juridique étranger : si le législateur étranger s'est chargé de poser des *rules of scope*, leur application n'est en général pas plus complexe que celle de n'importe quelle règle matérielle étrangère.

Enfin, on s'accorde en Europe à penser que l'étendue des « lois de police » doit être tirée précisément de la *ratio*, des objectifs poursuivis par elles. A défaut d'intervention législative, souvent préconisée, ce sont les juges qui s'en chargent. Ce troisième argument, avancé à une époque où la conscience de l'importance et de la diffusion des lois de police n'était pas aussi aiguë qu'elle ne l'est aujourd'hui, a entre-temps perdu une partie au moins de sa valeur.

C. Kramer et Fruehwald : les critères de solution des conflits positifs

77. – Persuadé, de son aveu même, du bien-fondé de l'intuition fondamentale de Currie, Larry Kramer s'est adonné à laver de ses excès l'unilatéralisme de celui-ci et à y apporter un certain nombre de précisions capitales.

Le procédé de solution des conflits de lois se réalise pour lui aussi en deux étapes bien distinctes. Tout d'abord, on doit identifier les lois qui sont « *prima facie* applicables ». Le concept d'« applicabilité *prima facie* » est identique, nous explique l'auteur, au concept d'« intérêt » de Currie, mais cette dernière appellation prête à ambiguïté, donc mieux vaut-il l'éviter. Kramer précise d'emblée que l'applicabilité *prima facie* d'une loi ne peut être déterminée par le for que sur la base du système auquel elle appartient. Si celui-ci pose des règles de conflit expresses, c'est de leur portion unilatérale qu'il faut la déduire. Bref, il faut savoir ce que cet Etat fait réellement et non pas ce qu'il devrait faire selon le for. D'ailleurs, cela revient à se demander « quelles lois ont fait surgir des droits et des obligations », et pour le savoir, on ne peut à l'évidence que consulter les législateurs dont elles émanent.

Trois résultats sont alors concevables : aucune loi, une seule loi ou alors deux lois ont créé le droit prétendu (et l'obligation qui lui est corrélative). Dans ce dernier cas, il se peut qu'une mise en oeuvre simultanée de ces droits et obligations soit possible, parce qu'ils ne sont pas incompatibles entre eux. Ceci n'est le plus souvent pas le cas, et il faut alors trancher.

78. – Si l'Etat du for est lui aussi impliqué (et Kramer suppose qu'il en soit ainsi), on a, rappelle l'auteur, jusque-là tenu pour naturelle l'application de la loi du for. Si l'Etat du for est intéressé à l'application de sa loi, les juges n'ont qu'à s'incliner devant cette volonté. Ce raisonnement – et on arrive là au passage-clé – ne livre cependant pour l'auteur qu'un cadre par trop simplifié des intérêts réels de l'Etat du for. Ceux-ci sont plus complexes. Au moins trois raisons conduisent à remettre en question cette vision simpliste.

Tout d'abord, parmi les espèces qu'il entend soumettre à sa loi, l'Etat du for est souvent intéressé à en contrôler certaines plus que d'autres. Or s'il insiste dans sa volonté de les régir toutes, loin de pouvoir y parvenir entièrement, rien ne lui assure en définitive qu'il réussira à retenir mêmes celles auxquelles il tient davantage. Bref, à supposer même qu'il se borne à une optique purement égoïste, il ne devrait pas moins hésiter. Ensuite et surtout, un Etat poursuit non seulement des objectifs internes mais également des objectifs internationaux, qu'il partage avec ses pairs. Ceux-ci consistent, pour lui, à assurer aux rapports internationaux un règlement uniforme et prévisible pour les parties. Appliquer systématiquement la loi du for, c'est ignorer ses objectifs, lesquels, pour ne pas être incorporés dans des règles spécifiques, n'en sont pas moins importants pour le for. Enfin, une attitude lexforiste encourage le *forum shopping*, dont il est généralement admis qu'il est dans une certaine mesure contraire à justice, parce qu'il fait échec à l'égalité des parties et en alimente la litigiosité.

79. – Pour ces trois raisons, on ne peut, selon Kramer, sérieusement affirmer qu'il soit toujours conforme à l'intérêt bien compris de l'Etat du for que sa loi soit systématiquement appliquée lors d'un conflit. L'auteur propose ainsi quelques critères de solution, qu'il est loisible aux législateurs d'incorporer dans des règles écrites – et on aura là, a-t-on précisé par la suite, des véritables règles de conflit (*conflicts rule*), alors que jusque-là il ne s'est agit que des *rules of scope* – mais dont les juges peuvent à son avis déjà se servir, ce qu'ils ont d'ailleurs, pour lui, déjà fait inconsciemment.

Le premier critère de solution consiste à appliquer la loi dont l'objectif serait le plus sacrifié si elle n'était pas appliquée. Le deuxième critère consiste à déléguer aux parties le choix de la loi applicable. Ce choix n'est admis, précise l'auteur, que dans le cas de conflit et il ne peut porter que sur l'une de ces lois. En troisième lieu, s'agissant d'établir si un acte est ou non valable, on peut privilégier la loi qui le valide. Encore, si parmi les lois en conflit, l'une est manifestement obsolète, l'autre peut l'emporter. Enfin, et en général, on peut appliquer celle qui respecte au mieux les attentes légitimes des parties. Certes, précise-t-il, l'application de la loi, du fait qu'elle est impérative, ne peut pas dépendre des prévisions des parties. Mais il ne s'agit pas là de leur attribuer ce rôle, qui ne leur revient pas, mais celui, plus modeste, de trancher un conflit, et il semble qu'elles peuvent le remplir.

Kramer ne se dissimule pas que les Etats en conflit peuvent chacun choisir un critère différent, si bien que le conflit risque de demeurer. Mais là aussi, l'auteur s'empresse de proscrire une bilatéralité autarcique. Le juge de l'un des Etats en conflit doit toujours s'intéresser à la solution prévue par l'autre Etat. S'il estime que celle-ci parvient à une meilleure conciliation des intérêts de l'espèce, il l'adoptera lui aussi, autrement, il mettra en oeuvre la sienne.

80. – Les idées de Kramer ont exercé une influence certaine, notamment, sur la pensée d'Edwin Scott Fruehwald, exposée il y a peu. Pour celui-ci également, le procédé des conflits de lois s'articule en deux stades, les mêmes que chez Kramer. Tout d'abord, on doit rechercher quelles sont les lois applicables *prima facie*, ce qui se dégage uniquement du droit positif des Etats qui les édictent. S'il y a conflit, il faut appliquer la loi de l'Etat présentant avec l'espèce les liens les plus étroits (*closest connection*).

L'auteur souligne les mérites d'une pareille démarche. Il s'agit d'un système neutre par rapport aux intérêts matériels en cause ; d'un système aux solutions raisonnablement prévisibles pour les parties, puisque la détermination ultime de la loi applicable se fait non pas en vertu du choix du for par le demandeur, non plus à raison d'une préférence subjective du juge au sujet de la loi la meilleure, mais en vertu de rattachements objectifs ; et enfin d'un système, en vertu de ces raisons-là, équitable envers les parties (il parle à cet égard de *fairness to the litigants*).

C'est, pour Fruehwald, l'objectif premier du droit international privé : un individu n'est pas soumis à une loi qui n'a aucun lien avec le rapport ; les prévisions des parties seront le plus souvent respectées, puisqu'elles se porteront en général sur la loi de l'Etat le plus fortement rattaché ; la possibilité pour une partie de se livrer au *forum shopping* au détriment de l'autre sera le plus souvent exclue. Tout cela permet aux individus de prévoir à l'avance les conséquences juridiques de leur comportements, et de s'orienter ainsi avec assurance dans le milieu international.

Il faut encore souligner que l'auteur qualifie son système de « multilatéral », du fait que la solution qui s'en dégage tient compte, pourrait-on dire, de la « somme » de l'attitude « unilatérale » effective de tous les Etats en cause.

D. Bilan de l'unilatéralisme américain

81. – La réaction américaine s'est tout d'abord focalisée autour du premier point du programme unilatéraliste. La branche introverse de la règle bilatérale s'avérait déficiente dans la mesure où elle empêchait d'appliquer la loi du for à des espèces trop étroitement liées à lui pour qu'il ne puisse pas permettre aux parties d'en réclamer la protection.

Certes, comme on a pu parfois l'observer, c'était une bilatéralité souvent obsolète qui a fait éclater cette vague contestataire, telle que celle désignant le lieu de con-

clusion du contrat ou de survenance du délit. En général, une règle de conflit, si elle est bien faite, tient subrepticement compte de cet intérêt. Mais ce constat contenait en lui une force qui allait le pousser au-delà des conjonctures qui l'avaient suscité, puisque il permit de mettre en lumière ce qui était jusque-là resté dans l'ombre, à savoir l'intérêt qu'un Etat peut avoir à appliquer sa loi à des espèces internationales. Cet intérêt avait peu retenu l'attention des unilatéralistes européens, dont l'effort critique s'était porté surtout sur la branche bilatérale.

82. – La critique que l'unilatéralisme adresse au bilatéralisme s'enrichit donc, grâce à la réflexion américaine, d'un élément nouveau et capital. Non seulement la règle bilatérale, de par sa portion extroverse, risque de contrecarrer l'objectif de coordination, donc de stabilité des rapports internationaux. Mais elle peut également s'avérer injuste, puisqu'elle peut faire obstacle à ce qu'un Etat assure la protection de sa loi à certaines espèces lesquelles, pour tomber en dehors du domaine que la bilatéralité réserve à cette loi, sont néanmoins suffisamment intégrées dans l'ordre de cet Etat pour qu'il puisse reconnaître aux parties le droit de s'en servir. En d'autres termes, le domaine que la bilatéralité assigne à la loi de l'Etat du for risque d'être insuffisant eu égard à la politique législative, à la *ratio* de protection visée par ses règles.

Le constat que l'Etat du for dépose dans ses règles de conflit son intérêt à revendiquer à sa loi une portion congrue devait avoir la plus grande importance. La conscience de cet intérêt, ainsi que de son lien de dépendance par rapport à la politique législative poursuivie, laquelle peut différer d'un Etat à l'autre, a naturellement conduit l'Etat du for à s'ouvrir à l'intérêt que les Etats étrangers pouvaient avoir à leur tour d'appliquer leurs lois.

Si au départ on a quelque peu hésité à l'égard du procédé d'« analyse des intérêts » de l'Etat étranger, on en est progressivement venu à préciser que celle-ci doit se faire é l'égard de l'ordre juridique de cet Etat, qu'on doit lire le plus fidèlement possible. On a alors vu, dans ses règles de conflit, de quelque nature qu'elles soient, mais envisagées uniquement dans leur portion introverse, l'expression de cet intérêt. La prise de conscience de l'opportunité pour le for de respecter le domaine d'application que les lois étrangères s'assignent a été tout d'abord occasionnée par cette démarche.

Une poussée considérable dans ce sens est cependant venue du raisonnement en termes de droits et d'obligations (*right-based approach*), de plus en plus répandu aujourd'hui aux Etats-Unis, mais dont on doit sûrement encore tirer tous les fruits qu'il est capable d'apporter. S'il faut rechercher quelles lois ont fait surgir des droits et des obligations, il paraît naturel, pour y répondre, de consulter les ordres juridiques étrangers dont ces lois émanent.

83. – Il était alors fatal qu'en raisonnant ainsi, on se heurte frontalement aux « vrais conflits ». S'il s'agit, pour la pensée unilatérale américaine, de la seule véritable

difficulté dans notre branche, celle-ci est pour elle d'une complexité certaine, puisque l'on sent qu'on doit ici sacrifier quelque chose.

On remarque à cet égard, chez Currie déjà, une évolution significative. Si la volonté d'éviter les conflits impose à chaque Etat d'exercer une certaine prudence déjà au stade de la délimitation de l'étendue de sa loi, le constat d'un vrai conflit lui suggère de s'engager dans un effort supplémentaire de modération. Cette évolution s'est poursuivie chez les successeurs de Currie et a été rendue possible grâce à un approfondissement sans cesse de la notion, on voit combien cruciale, de l'intérêt de l'Etat du for, déjà amorcé par Sohn. Du coup, certains ont réalisé la complexité de cet intérêt et ressenti le besoin de « bien le cerner », de l'envisager dans ses multiples facettes, au besoin en le décortiquant.

Derrière l'intérêt égoïste d'un Etat à appliquer sa loi, on en a alors perçu, déposé sur un strate moins visible, un autre, qui est international non du tout parce que l'Etat y tient moins, mais parce qu'il est, à la différence du premier, commun aux autres Etats. Cet intérêt consiste à assurer un règlement uniforme et prévisible aux rapports internationaux, ce qui permet à l'Etat de s'impliquer dans le flux du commerce juridique international dont, tout comme ses pairs, il tire profit. Le pas devenait alors court entre cette découverte et la reconduction au premier plan des intérêts des parties, et certains n'ont donc pas hésité à le franchir, tout en précisant à quoi ressemble cet intérêt : il s'agit, pour les individus, de pouvoir compter sur un règlement uniforme et prévisible à l'avance, sans quoi ils ne sauraient planifier leur vie juridique internationale avec assurance. Voilà pourquoi on lit chez certains auteurs récents, comme Fruehwald par exemple, que la raison ultime du respect de la loi étrangère dans le domaine qu'elle s'assigne est moins de suivre l'intérêt de l'Etat étranger à l'application de sa loi, que d'ouvrir la voie à la satisfaction de cet intérêt des parties.

C'est le précieux service rendu par l'unilatéralisme européen, sans doute bien plus avancé ici par rapport à la réflexion américaine, que d'avoir aperçu cela depuis, peut-on dire, sa naissance.

84. – Il est capital que l'axe de la réflexion unilatéraliste américaine se soit essentiellement porté sur les conflits positifs qui engagent le for, négligés par l'unilatéralisme européen. Les conflits négatifs retiennent peu l'attention ici, du fait sûrement qu'ils sont en définitive perçus comme peu réalistes, dès lors que chaque Etat peut se délester des contraintes de la bilatéralité et librement fixer l'étendue de ses lois. Mais l'intérêt a également moindre à l'égard aussi des conflits positifs entre deux Etats étrangers. Cela est certes dû à la fréquence de l'implication du for dans ces conflits et à la rareté de son extranéité ; mais on a peut-être également ressenti que la clé de toute difficulté, et même des conflits auxquels le for est « désintéressé », réside bien dans ceux-ci.

Or, l'ouverture du for aux conflits dont il est partie en cause a des conséquences majeures dans l'histoire de l'unilatéralisme ainsi que sur le débat qui l'oppose au bilatéralisme.

L'objection majeure qu'on a adressé à l'unilatéralisme jusque-là, est qu'en dépit de la rigueur de sa logique et des attraits de son programme, il ne parvient en définitive que rarement à tenir ses promesses. Le conflit positif, lorsqu'il implique le for, n'est pas résolu. S'il engage deux Etats étrangers, dont chacun ne peut à son tour qu'insister à appliquer sa loi, le for est contraint d'intervenir lui-même à l'aide de ce qui a toutes les apparences d'un critère bilatéral. Quant au conflit négatif, la compétence « supplétive » forgée par les unilatéralistes européens à la loi du for aboutit le plus souvent au même résultat du renvoi. Le progrès par rapport à la bilatéralité est en définitive trop modeste pour que la doctrine dont il se dégage puisse être prise au sérieux.

85. – Les unilatéralistes européens se sont arrêtés si peu sur les conflits positifs impliquant le for qu'ils ont engendré chez leurs adversaires la conviction qu'il est congénital à l'unilatéralisme que la loi du for l'emporte dans ces cas.

Cette conviction est si tenace que, même si la suprématie de la loi du for est assez rarement justifiée par les tenants de l'unilatéralisme, et peut-être même à raison de leur silence à cet égard, ses opposants y ont souvent vu un de ses postulats intangibles – et assez erronément d'ailleurs, comme certains passages non équivoques de Schnell, et peut-être une fugitive allusion chez Thöl déjà, en témoignent –. Cela semble être confirmé par la remise en question de la priorité des lois de police du for en cas de conflit entre celles-ci et celles des autres Etats ; c'est bien ce que l'on a récemment proposé, sans avoir le sentiment de trahir par là la démarche unilatérale que ces lois, de l'aveu quasi-unanime, sous-tendent.

Si l'on admet la disponibilité du for à se soumettre au règlement du conflit lorsqu'il y participe, du coup, tout paraît changer. Le conflit positif impliquant le for sera souvent résolu, plus souvent en tout cas que dans l'hypothèse d'inertie du for, ou dans un climat bilatéral, où il n'est que solutionné. De même, lorsque c'est un Etat tiers à être saisi du conflit, celui-ci n'aura souvent pas à intervenir avec des instruments de son choix, puisque il n'aura qu'à prêter son appui à la solution se dégageant de cet effort de compromis que chacun des Etats aura mené pour son propre compte. L'unilatéralisme, qui impose au for de rien ne décider lui-même qui ne le concerne pas, semble alors regagner sa cohérence, et ses bienfaits pratiques apparaissent sous un jour nouveau.

Cette cure de jouvence achevée, il a fait peau neuve.

86. – Les solutions avancées par la doctrine américaine pour résoudre ces conflits sont désormais assez variées : le respect des prévisions des parties, la loi qui valide un acte juridique, l'octroi d'une *professio iuris* aux parties, le critère des liens les

plus étroits, la loi dont l'objectif est le plus important, la loi la plus conforme aux standards internationaux. Ces solutions, on le voit, ont recours tantôt à des éléments spatiaux, tantôt à des éléments matériels, tantôt, et le plus souvent peut-être, à un mélange des deux. La plupart de ces propositions, notamment le respect des prévisions des parties, la faveur de la validité, l'autonomie de la volonté, le rattachement le plus étroit, rejoignent singulièrement celles qui se dégagent de la deuxième période de l'unilatéralisme européen. On y reviendra ci-après.

CONCLUSIONS

87. – On veut essayer de tracer ici, au prix de quelques redites et simplifications inévitables, le tableau qui se dégage de l'investigation de ces deux grands mouvements de l'esprit, également prestigieux, que sont la pensée unilatérale européenne et la pensée unilatérale américaine. Ce faisant, on sera amené à se demander si l'idée unilatérale, dont on a étudié l'émergence progressive dans l'histoire moderne du droit international privé, jusqu'à nos jours, n'aurait pas encore un peu de chemin à parcourir et quelques fruits à apporter. Cela nous servira d'introduction aux parties deuxième et troisième de cette étude.

88. – En Europe, on a débouché sur l'unilatéralisme par le biais d'un approfondissement de la notion d'intérêts privés. Si les premiers unilatéralistes allemands ne font pas de distinction entre le plan étatique et le plan individuel, les unilatéralistes européens de la deuxième génération baignent déjà dans le climat provoqué par la prise de conscience du fait que ce sont les intérêts privés et non les intérêts étatiques que le droit international privé prendrait essentiellement en charge. Ces intérêts privés consistent, ont-ils dit en substance, dans le respect des droits ou des situations juridiques créées à l'étranger, de la continuité et de l'uniformité de la vie juridique des individus, de la stabilité des rapports internationaux.

Aux Etats-Unis, en revanche, on est parvenu à l'unilatéralité en scrutant la notion d'intérêt étatique. On y a dégagé tout d'abord l'intérêt d'un Etat à réaliser sa politique législative dans un rapport international. Une évolution assez rapide a cependant montré l'intérêt que peut avoir l'Etat à assurer à chaque rapport un règlement uniforme et prévisible pour les parties, en harmonisant l'étendue de ses lois avec celle des autres Etats, au besoin en renonçant à la sienne. Il s'agit d'un autre aspect de l'intérêt de l'Etat « bien compris », souvent en conflit avec le premier : on reviendra sur cette opposition capitale. C'est par cette voie que certains ont pu montrer, en dernier lieu, combien tout cela répond également aux intérêts des parties.

Les deux grands courants de l'unilatéralisme, envisagés dans leur aboutissement le plus récent, s'accordent ainsi à penser que le but essentiel du droit international privé est d'assurer à chaque rapport juridique international un règlement uniforme et prévisible pour les individus, ainsi que le respect consécutif de ce règlement par les Etats que ce rapport intéresse ou intéressera ultérieurement. Les chemins de ces deux mouvements se rejoignent donc, bien que chacun, sous l'impulsion des ferments qui lui sont spécifiques, y soit parvenu par une voie différente.

Ménager un règlement uniforme et prévisible aux rapports internationaux, c'est assurer à ces rapports, et par là aux parties qui y sont ou peuvent être

ultérieurement impliquées à un titre quelconque, l'ordre, la paix, la sécurité, la stabilité, la continuité. Or, ce sont là ce que les théoriciens et les philosophes du droit appellent les fins du droit privé. Il est certain que les individus ne peuvent vivre sans ordre et sans sécurité, mais il est tout aussi certain que la communauté étatique serait ébranlée par le désordre et l'insécurité. Il importe dès lors peu de savoir quelle est la « fin intermédiaire » et quelle est la « fin ultime » : aspire-t-on en dernier lieu au bien-être des individus, parties à un rapport international, ou à celui des communautés étatiques, au sein desquelles le rapport juridique naît et est appelé à s'épanouir ? La question, si elle n'est pas oiseuse, peut être laissée à la philosophie du droit. Car elle se pose d'abord dans le droit privé lui-même.

89. – Venons-en aux griefs adressés à la règle bilatérale. On se rappellera des deux branches de celle-ci, « introverse » et « extroverse », ainsi que des trois points du programme unilatéral.

La conscience des objectifs de l'uniformité, de la continuité, de la stabilité, a vite persuadé les unilatéralistes européens qu'il fallait renoncer à la portion extroverse de la règle traditionnelle, parce qu'elle pouvait aller à l'encontre de ces objectifs. La mise en oeuvre « vers l'extérieur » du rattachement que le for juge le plus étroit risque de rompre la continuité d'un rapport qui s'est le cas échéant formé en vertu d'une autre loi, et de le déstabiliser. Ainsi, l'identification du rattachement le plus étroit perd de son importance pour la désignation de la loi étrangère. La voie est donc ouverte à l'application dans le for d'une pluralité de lois étrangères, celle désignée par le rattachement choisi, certes, mais d'autres également. En somme, ce qu'on peut appeler le « rattachement extroverse unique » laisse ici en quelque sorte la place à des « rattachements extroverses alternatifs ».

Si l'unilatéralisme européen s'en est pris au deuxième bout de la règle bilatérale, il s'est le plus souvent aussi arrêté là. Cette règle n'a été que « débilatéralisée » par lui. La branche introverse a été, en revanche, tenue pour ferme, et, avec elle, l'application de la loi du for en vertu du seul rattachement que le for considère comme étant le plus étroit. Il est en effet capital d'observer qu'en ce qui concerne l'étendue de loi du for, il n'est pas dans le programme de cet unilatéralisme de remettre en cause le « rattachement unique », en le remplaçant notamment par une pluralité de « rattachements alternatifs ». Le fait que les unilatéralistes n'aient pas cessé de parler de conflits négatifs le confirme : ceux-ci n'existent en substance qu'aussi longtemps que le domaine d'application de la loi d'un Etat est tracé par un seul critère. Certes, pour résoudre ces conflits, il faut bien étendre ce domaine, mais cela répond, pour ces auteurs, au troisième point du programme unilatéral, non au premier. La raison de la fidélité de l'unilatéralisme à la portion introverse de la règle traditionnelle, donc au rattachement unique pour l'application de la loi du for, n'est pratiquement jamais explicitée par nos auteurs : mais il est certain que c'est le résultat de la conviction qu'une application fondée sur plusieurs liens risque d'entraver précisément cette uniformité des rapports internationaux au nom de laquelle est préconisé l'abandon de la portion extroverse de la règle traditionnelle.

Le cheminement de l'unilatéralisme américain a été, en quelque sorte, inverse. Celui-ci a commencé par attaquer le premier bout de la règle bilatérale, soit la portion introverse. Il lui a fait grief de ne pas garantir à l'Etat qui l'édicte une application suffisante de sa loi, et cela précisément parce qu'elle l'oblige à fonder cette application sur un seul contact, de son choix certes, mais un seul. On comprend donc que cet unilateralisme ait pu pousser à se défaire de la totalité de la règle bilatérale. La voie est ouverte alors à l'abandon du « rattachement unique », et à l'adoption des « rattachements alternatifs », même, et avant tout, pour l'établissement du domaine d'application de la loi du for. Pour élargir ce domaine, il ne faut pas, pour cet unilateralisme, attendre de parvenir au troisième point du programme unilatéral, c'est-à-dire attendre qu'il y ait un conflit négatif. Le premier point de ce programme permet directement d'y aboutir, et, même plus, pourrait-on dire, encourage à le faire.

90. – C'est précisément ce premier point du programme unilatéral que l'unilatéralisme européen n'est pas encore vraiment parvenu à s'approprier, à intégrer dans sa réflexion, à valoriser.

La raison en est sans doute qu'il a jusque-là négligé l'intérêt qu'il peut y avoir à ce que le domaine d'efficacité de la loi, envisagée de manière générale, soit pourvu d'une étendue internationale appropriée, fondée notamment sur plusieurs rattachements, chacun suffisant à déclencher son application. Il a négligé cet intérêt parce qu'il n'y a vu jusque-là qu'un intérêt étatique, égoïste, spécifique à l'Etat dont la loi émane, pouvant vite entrer en collision avec l'objectif de l'uniformité et de la stabilité, lequel répondrait seul aux besoins des individus.

Certes, à partir des années soixante, on a vu qu'il y avait bien des lois, dites de police, qui mettaient directement en cause l'organisation étatique, et on a vite perçu ce qu'il pouvait y avoir d'unilatéral dans leur traitement. Mais cette unilateralité des lois de police a eu assez de peine à être absorbée par le grand courant de l'unilatéralisme européen : celui-ci ayant procédé, pourrait-on dire, à rebours, à partir du bout extroverse de la règle bilatérale, avait – a-t-on dit non sans raison – une inspiration foncièrement « internationaliste », peu conciliable avec le « nationalisme » dont paraît s'inspirer la démarche des lois de police, laquelle, elle, s'axe avant tout sur la dimension introverse. Pour la pensée dominante, avec laquelle l'unilatéralisme a été assez solidaire sur ce point, l'intérêt étatique est en tout cas pris en charge par les seules lois de police : leur nature exceptionnelle ne saurait remettre en cause la généralité de la nature privée des intérêts sous-jacents au droit international privé. Une extension généreuse de la loi du for – n'a-t-on jamais cessé de penser – peut entraver ces intérêts privés, et l'unilatéralisme européen s'est donc gardé de la préconiser. Voilà aussi sans doute pourquoi on a parfois même hésité à voir dans les règles unilatérales à rattachements alternatifs, tel l'article 310 du Code civil français, une incarnation de cet unilateralisme

européen, dont le but avoué était de faciliter la reconnaissance des situations créées à l'étranger, et non d'élargir l'emprise de la loi du for.

91. – Il est alors permis d'avancer que la remise en cause de la bilatéralité traditionnelle opérée par le mouvement américain a été plus radicale, et plus complète l'exploitation des ressources de l'unilatéralité à laquelle il a pavé le chemin.

Arrêtons-nous sur ce passage délicat, car il renferme, peut-être, l'avenir de l'unilatéralisme.

L'unilatéralisme américain a perçu dans le droit international privé – on l'a vu – deux types d'intérêts, qu'il a commencé par envisager sous l'angle étatique : l'intérêt de l'Etat à appliquer sa loi aux rapports internationaux qui l'impliquent, l'intérêt de l'Etat à assurer l'uniformité du règlement aux rapports internationaux en général, donc aussi à ceux qui l'impliquent. L'unilatéralisme américain a discerné le deuxième type d'intérêt avec du retard par rapport à l'unilatéralisme européen. De surcroît, il n'est parvenu à l'exprimer sous la forme d'intérêts privés que très récemment, alors que cet angle de vue a été constant de ce côté de l'Atlantique. Par contraste, l'unilatéralisme européen a eu, pour sa part, de la peine à accepter la réalité, en tout cas le bien-fondé, de l'autre intérêt, plus immédiatement visible aux yeux de l'école américaine : l'intérêt à ce qu'une loi ait une application internationale – disons généralement – suffisamment étendue.

Or, il semble qu'assurer l'uniformité, la stabilité, la continuité des rapports internationaux, et par là même aux parties qui y sont impliquées, tout cela est très bien : mais cela ne livre pas encore une vue complète de la mission globale du droit international privé. Bref, cela n'est qu'une vérité partielle, un bout de vérité. Encore faut-il déterminer quelle est ou quelles sont les lois par lesquelles chaque rapport potentiel doit ou peut être régi et, avant tout, en vertu desquelles il doit ou peut naître. La stabilité, la continuité, l'uniformité, tout cela présuppose qu'un rapport existe déjà ; si tel est le cas, l'intérêt, des individus et des Etats, à lui permettre de circuler internationalement, est, en général, passablement évident.

Il est cependant légitime de se placer au moment précédent la naissance du rapport, pour discerner quels sont les intérêts, privés ou étatiques en jeu à cet instant et quelles sont les répercussions que ces intérêts, plutôt la réalisation de ces intérêts, peut avoir. La réflexion américaine laisse apparaître qu'un Etat ayant quelques contacts avec les parties ou l'objet du rapport potentiel est ou peut être intéressé à y appliquer sa loi, à régir ce rapport, ainsi que, tout d'abord, à le faire naître.

La doctrine européenne s'est en revanche focalisée sur la reconnaissance des situations juridiques déjà constituées à l'étranger. Le but était de montrer qu'il est bon de reconnaître ces situations, en les admettant à vivre dans le for, sans qu'il importe de savoir si elles se sont constituées en vertu d'une loi autre que celle désignée par la règle bilatérale. Cet effort critique, dont le point de départ est donc

l'existence d'un rapport, a amené nos auteurs à négliger le moment de la création du rapport. Les intérêts, de quelque nature qu'ils soient, qui sont à l'œuvre à ce moment, ont été peu scrutés. On se souvient d'ailleurs de la distinction entre « création des droits » et « efficacité des droits ». L'unilatéralisme européen, français surtout, n'a jamais su surmonter cette distinction, et il s'est essentiellement concentré sur le domaine de l'efficacité. C'est là d'ailleurs la seule « partialité » qui ait survécu à l'élargissement progressif du terrain que l'unilatéralité est, selon les vues de ces auteurs, fondée à arracher à la bilatéralité.

On est arrivé là, semble-t-il, à une sorte d'impasse. C'est le point où l'émergence progressive de l'idée unilatérale semble s'être arrêtée.

Dans l'élargissement de l'étendue d'une loi les unilatéralistes européens n'ont vu que la tentation de succomber à un excès d'appétit étatique. Ils ont jugé que celui-ci n'était pas digne de protection, du fait qu'il s'opposait à l'intérêt qu'avaient les individus à l'uniformité et à la stabilité de leurs rapports, le seul qui comptait pour eux. C'est pourquoi ils n'ont pas su discerner ce que la liberté accordée à l'Etat par le premier article de l'unilatéralisme de fixer l'étendue de sa loi pouvait apporter d'utile précisément à ces intérêts privés auxquels ils tenaient tant. Les unilatéralistes américains, pour leur part, ont reconnu promptement les bienfaits qui découlaient de cette liberté. Mais ils les ont essentiellement exprimés sous forme d'intérêt étatique, ce qui n'avait pour eux rien de scandaleux. En d'autres termes, à la différence de l'intérêt à la stabilité des rapports juridiques, ils ne sont pas encore parvenus à traduire ces bienfaits en termes d'intérêts privés, à les observer depuis l'angle de vue des individus.

Il semble qu'on arrivera à sortir de cette impasse si l'on parvient à préciser en quoi consiste au juste cet intérêt de l'Etat à appliquer sa loi à une espèce internationale ; et, surtout, si on arrive à le formuler sous forme d'intérêt privé.

C'est, croyons-nous, le pas ultérieur que l'idée unilatérale est maintenant appelée à franchir, en Europe surtout. Pour s'emparer de cet autre parcelle de vérité, une exploration de la mission de la règle de droit privé paraît indispensable.

92. – La mission de la grande majorité des lois de droit privé, leur raison d'être, est d'offrir aux individus un instrument pour qu'ils s'épanouissent dans leur vie juridique, essentiellement sociale et économique. Il répond à l'intérêt du sujet de droit se trouvant par hypothèse face à une loi lui permettant de donner naissance à certaines situations juridiques, de pouvoir pratiquer cette loi, l'utiliser, la « consommer » – en un mot – tirer profit de ces « immenses bienfaits » qu'elle est capable de lui apporter.

Si l'on reconnaît la réalité de cet intérêt de l'individu, il faut admettre l'intérêt consécutif de la généralité des individus, envisagés en tant qu'usagers potentiels de la loi, à ce que le cercle des bénéficiaires internationaux de celle-ci soit le plus

ample possible. Plus large est le domaine l'application d'une loi, plus nombreux sont ses bénéficiaires. Plus restreint est ce domaine, plus rares sont ces privilégiés.

Il est permis d'avancer que cet intérêt des individus est suffisamment légitime pour pousser l'Etat, dans bien de domaines en tout cas, à élargir l'accès international à sa loi. A cette légitimité contribue assurément d'ailleurs le principe d'égalité, pour lequel les individus sont égaux devant la loi, devant – précisons – une même loi. Ce principe oblige à reconnaître la possibilité d'utiliser celle-ci et de se placer sous son égide à tous ceux qui sont intégrés à la vie sociale et économique de l'Etat en question par des contacts dont on peut dire que, pour ne pas être forcément identiques, ils sont, quant à leur importance, équivalents. Cette conclusion quant à l'équivalence foncière de certains rattachements n'est d'ailleurs que la conséquence de la prise de conscience de la relativité du rattachement choisi par le for, assez largement partagée aujourd'hui.

Il est inévitable qu'en raisonnant ainsi, on ne puisse plus vraiment se contenter de débilatéraliser la règle bilatérale, tout en gardant son rameau introverse. Dans la fixation de l'étendue de la loi du for déjà, le « rattachement unique », que le for juge le plus pertinent, est soumis à une forte pression le poussant à laisser progressivement la place à une pluralité de « rattachements alternativement suffisants » ; suffisants pour accorder la possibilité d'invoquer les bienfaits de sa loi à ceux qui, présentant de par leur personne ou leurs actions ou leurs biens, un de ces contacts, sont intéressés à s'en prévaloir.

Dans bien des domaines, tels que la célébration du mariage, l'adoption, le divorce, les partenariats enregistrés, ou la constitution de sociétés, cela paraît bien être ce qui se passe dans nombre de systèmes contemporains de droit international privé. S'agissant des conditions pour donner naissance à un rapport juridique dans le for, le rattachement unique, jugé le plus étroit par le for, est de plus en plus abandonné au profit d'une pluralité de rattachements « alternativement suffisants » – au moins deux, mais plus souvent trois ou quatre –. Un cercle plus ample et diversifié d'individus peut alors invoquer le bénéfice de la loi du for, tout d'abord en donnant naissance aux rapports juridiques qu'elle leur permet de nouer.

C'est la richesse, jusque-là assez insoupçonnée, de l'apport du premier point du programme unilatéraliste à la réalisation des intérêts privés qui apparaît alors soudainement. C'est ce qui ressort de la deuxième partie de ce travail.

93. – Il reste que cette extension de l'applicabilité de la loi d'un Etat risque précisément d'entraver la poursuite de l'uniformité de règlement, puisqu'elle crée des superpositions certaines de lois applicables à un même rapport, ce qui paraît bien être la négation de l'uniformité recherchée. C'est ce qu'a bien montré, par ses tâtonnements mêmes, la réflexion américaine, à commencer par celle de Currie. Ces deux intérêts des individus, à l'accès le plus facile et abondant possible à une

loi donnée, d'une part, à la stabilité de leurs rapports, d'autre part, peuvent entrer en conflit, et il faut trouver le point d'équilibre.

Or, dans les domaines dont il a été question plus haut, c'est de la façon suivante que cette conciliation se réalise de plus en plus souvent dans le droit positif contemporain. Tout d'abord, chacun des Etats élargit le champ d'application de sa loi, donc le cercle de ses potentiels utilisateurs, en le fondant sur plusieurs contacts. Voilà comment ces Etats répondent à leur mission de ménager aux individus un accès large à leurs lois. Si les individus présentent des contacts avec plusieurs Etats, chacun suffisant à leur conférer la possibilité d'utiliser sa loi, les rapports auxquels ils souhaitent donner naissance peuvent alors naître en vertu soit de l'une soit de l'autre. Les individus auront ainsi, en substance, la liberté de choisir entre l'une et l'autre loi. Une fois né en vertu d'une loi, le rapport sera le plus souvent reconnu dans les autres Etats, même dans celui ou ceux qui souhaitaient offrir eux aussi aux parties l'applicabilité de leur loi, restée inappliquée. Cette loi n'est alors, dans ces cas, que mise à disposition des parties intéressées par l'Etat qui l'édicte, et non pas imposée à elles. Voilà comment chacun des Etats répond à l'impératif de l'uniformité et de la stabilité.

Cet équilibre, c'est celui qui se dégage positivement de l'engrenage de ce qu'on appelle depuis quelques temps la « méthode de l'application généralisée ou quasi-généralisée » de la loi du for, et de son pendant, découvert beaucoup plus récemment, et aux traits encore largement incertains, de la « méthode de la reconnaissance » des rapports créés à l'étranger.

La méthode de la reconnaissance, à en bien cerner le fonctionnement et la raison d'être, n'est issue de rien d'autre que de la débilatéralisation de la règle bilatérale, depuis longtemps préconisée par l'unilatéralisme européen : elle en est, peut-on dire, l'incarnation la plus achevée. L'application généralisée de la loi du for est quant à elle la conséquence de la valorisation du premier point du programme unilatéral, et de l'abandon consécutif du rattachement unique lors de la détermination de l'étendue de la loi du for.

Il reste à constater – ce qu'on fera dans la troisième partie – que la répartition de la compétence législative étatique se fait ici de façon beaucoup plus complexe que celle qui découle de la bilatéralité traditionnelle. Celle-ci n'arrive à suggérer, pour chaque espèce, autre chose qu'un « monopole législatif », souvent d'ailleurs irréalisable au niveau international : l'Etat du rattachement le plus étroit est le seul fondé, pour le for, à faire naître le rapport et à le régir ; les autres Etats, par hypothèse rattachés moins étroitement à l'espèce, doivent s'abstenir de toute intervention active.

Dans les domaines étudiés, en revanche, l'Etat du for, tout d'abord, met sa loi à disposition des parties impliquées dans les rapports qu'il juge suffisamment rattachées à sa vie sociale et économique pour qu'elles puissent en réclamer le

bénéfice. Ensuite, il accepte que les autres Etats offrent leurs lois aux espèces qu'ils estiment, de leur côté, suffisamment intégrées à leur société. Pour les espèces dont plusieurs Etats jugent qu'elles sont simultanément rattachées à eux de façon « suffisante », chacun renonce à prétendre exercer sur elles le monopole législatif, mais accepte de partager celui-ci avec les autres Etats. Ce monopole se mue alors en « duopole » ou « oligopole législatif ». La loi de chacun des Etats qui y participent ne s'impose pas aux parties, mais leur est simplement « offerte ».

La « concurrence des ordres juridiques », qui entraîne ce « marché des produits normatifs » dont la réalité a été jusque-là perçue surtout dans certains domaines liés à l'ordre économique, n'est pas moins réelle dans d'autres, notamment dans ceux qu'on aura étudié (célébration du mariage, partenariats enregistrés, adoption, divorce, constitution de sociétés). Il nous a paru intéressant de montrer ce que l'unilatéralisme peut apporter à l'explication de la genèse de ce phénomène, assurément destiné à prendre de l'ampleur.

94. – Venons-en au troisième point du programme unilatéral : la résolution des conflits, positifs et négatifs. C'est peut-être ici que cette aventure dans les méandres de l'histoire de l'émergence progressive de l'idée unilatérale nous a livré ses fruits les plus surprenants.

Il n'est pas exagéré de dire que les propositions avancées par la pensée européenne et par la pensée américaine pour résoudre ces conflits sont en substance identiques. Le respect des prévisions des parties, la faveur pour la validité d'un acte ou d'une situation juridique ou d'un objectif matériel, le choix de la loi applicable par les parties, le rattachement le plus étroit ou le plus fort : autant de critères qui ont paru naturels aux esprits unilatéralistes d'un côté et de l'autre de l'Atlantique. Une excursion fugitive dans cet îlot d'unilatéralisme que représentent, de l'aveu même de beaucoup de tenants de la doctrine classique, les « conflits de lois de police », révèle que les critères de la « loi dont l'objectif serait le plus méconnu » et de la loi « la plus conforme aux standards internationaux », sont retenus, sous des formulations équivalentes, par les dispositions européennes, de plus en plus nombreuses, qui ouvrent le for aux lois de police étrangères.

Cette coïncidence est d'autant plus frappante que ces deux grands axes de pensée se sont développés dans l'ignorance presque totale l'un de l'autre. On est ainsi amené à y voir davantage qu'une simple ruse de l'histoire et à se demander s'il n'y a pas là quelque chose qui touche, pour employer les mots si évocateurs de Francescakis, aux « tréfonds mêmes des sources rationnelles du droit », au-delà et en dessous de la variété des manifestations positives et des traditions de pensée et de méthode.

En effet, les critères proposés par les doctrines unilatérales, européennes et américaines, pour résoudre ces conflits de normes qui, bien qu'émanant d'Etats différents, veulent néanmoins toutes s'appliquer à la même espèce, sont non seulement identiques entre eux, mais à leur tour bien voisins des critères répandus

pour résoudre les conflits de normes ou les antinomies interprétatives qui se produisent à l'intérieur d'un même système. Il s'agit de critères le plus souvent dictés par la sagesse antique : *ut magis valeat quam pereat*, *potior in tempore*, *lex magis fundamentalis*, *favor* pour la partie jugée la plus digne de protection (par exemple, celle qui s'est bornée à accepter un règlement contractuel établi par l'autre partie, ou encore celle qui est seule à s'obliger), ou pour la loi la plus conforme aux prévisions communes des parties.

On s'attachera, dans la troisième partie, à montrer la positivité de ces critères. Dans les domaines étudiés dans la deuxième partie, où l'application de la loi qui relève d'un acte d'autorité, on peut dire de la loi qui a présidé à la constitution du rapport consacré dans cet acte, qu'elle est en général, tout à la fois, celle choisie par les parties, en tout cas celle qui est conforme à leurs prévisions légitimes, celle qui valide l'acte ou la situation juridique ainsi constituée, et celle qui la première traduit son « applicabilité » en « application effective ».

Mais il est frappant de constater dans combien d'autres domaines la bilatéralité traditionnelle, à rattachement unique, est en train d'être remplacée par des règles retenant une pluralité de rattachements. Celles-ci élargissent tout d'abord l'étendue de la loi du for, c'est-à-dire l'ampleur et le nombre des catégories internationales des sujets de droit qui peuvent en réclamer l'application ; et elles expriment ensuite la disponibilité de l'Etat du for à reconnaître des rapports juridiques qui se sont créés sur la base d'une pluralité de lois étrangères. Autrement dit, on y repère aisément les deux premiers points du programme unilatéral. La tâche de résoudre le conflit entre plusieurs lois se voulant applicables est alors confiée à la volonté des parties ou à un critère substantiel : il s'agit souvent de la faveur pour la validité de l'acte ou pour l'établissement de la situation juridique en cause, ou la protection d'une partie.

Certes, à en juger par la seule lettre des règles où ces critères de solution sont déposés, on est tenté de penser encore une fois que ces critères interviennent indépendamment de la volonté d'application des lois en conflit, à savoir, dans un langage unilatéraliste, indépendamment de la « réalité » d'un tel conflit. Un emploi limité du renvoi, préconisé par certains auteurs, en ce sens que le critère substantiel n'est appelé à jouer qu'au sujet de lois se voulant applicables, permet d'aboutir à la conclusion opposée. La pratique montre en tout cas que le choix par les parties n'est le plus souvent exercé qu'au profit d'une loi dont on sait qu'elle accepte sa compétence, sans qu'il importe que celle-ci se fonde sur ce même choix ou sur un autre critère. L'autonomie de la volonté et le critère de la faveur pour un résultat matériel ont déjà d'ailleurs prouvé assez souvent leur aptitude à trancher un conflit de rattachements dans les enceintes internationales.

Il est permis d'avancer que ces critères, à bien les scruter, ne sont que des avatars de l'effectivité : préférer la loi qui tient un acte pour valable à celle qui le tient pour nul revient à préférer celle qui s'est en quelque sorte plus effectivement appliquée

du fait qu'elle a entraîné une modification dans le monde juridique. Or, c'est la mission de la majorité des lois d'encourager et non d'entraver la création de rapports de droit. Appliquer la loi que les parties ont choisie ou qu'elles ont eu à l'esprit et qu'elles auront donc peut-être déjà, au moment d'un litige éventuel, pour partie au moins spontanément observée, c'est appliquer la loi qui a su, dans le cas concret, se montrer plus efficace, à savoir plus conforme à ces besoins des parties que chacune se donne pour tâche de satisfaire.

D'autres dispositifs, eux aussi de plus en plus répandus dans les systèmes contemporains de droit international privé, et cette fois-ci d'application le plus souvent générale, tels la clause d'exception et la prise en considération des lois de police étrangères, révèlent la positivité de l'emploi de ce qu'on a appelé le « principe de proximité à l'état pur » pour résoudre un conflit, positif ou négatif. A s'intéresser de plus près à la genèse de ces instruments, on découvre qu'ils ont été admis précisément dans le but de permettre au for de relever l'existence d'un vrai conflit, tout d'abord, et d'en entreprendre la résolution, ensuite.

95. – Tous ces mécanismes permettent à l'Etat de remplir les deux missions qui lui incombent à l'égard des relations privées internationales, parce qu'elles répondent, l'une et l'autre, à deux besoins des individus, distincts mais également impérieux, et donc dignes d'être l'un et l'autre pris en charge par lui : la possibilité d'un accès généreux à ses lois pour que les individus s'épanouissent dans leur vie juridique même internationale en les utilisant ; l'assurance que cette vie juridique soit stable et uniforme. Ce sont là, croyons-nous, les deux vérités partielles du droit international privé, les deux intérêts qu'il prend en charge ; et c'est l'intérêt permanent de cette branche d'en rechercher le meilleur équilibre.

Il nous semble que l'unilatéralité parvient à discerner ces deux vérités, donc ces deux intérêts, de façon plus nette, et par là même à entreprendre de les réaliser de façon plus directe et efficace, que la bilatéralité classique. Dans un climat bilatéral, ces intérêts finissent l'un par être bien souvent négligé lorsqu'il n'est pas méprisé, l'autre par ne représenter trop souvent qu'une séduisante chimère. En définitive, ce que l'on peut reprocher à la doctrine bilatérale, c'est d'avoir érigé en entéléchie ce qui n'est qu'un moyen, dont on a vu à quel point il était inapproprié, en chacune de ses deux branches. Et ce n'est pas un reproche mineur.

Si notre investigation s'achève sur une telle prise de position – on reprendra là encore les mots savants de Francescakis – l'« espoir que celle-ci trouve quelque audience se fonde sur le seul sentiment que l'enquête qui l'a déterminée aura été dans la mesure du possible menée sans parti pris ».