

Gian Paolo Romano

Le dilemme du renvoi en droit international privé

La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse

Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse
et la recherche d'une synthèse

ROMANO, Gian Paolo

Reference

ROMANO, Gian Paolo. *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*. Genève : Schulthess, 2014, 738 p.

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:46500>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE



Droit international

Gian Paolo Romano

Le dilemme du renvoi en droit international privé

La thèse, l'antithèse et
la recherche d'une synthèse



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE
FACULTÉ DE DROIT

LGDJ
lextenso éditions

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



2015

Thèse d'habilitation de l'Université de Saint-Gall

La Faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là une opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2014

ISBN 978-3-7255-6967-0 Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle
www.schulthess.com

Diffusion en France Lextenso Editions, 70 rue du Gouverneur Général Eboué FR –
92131 Issy les Moulineaux Cedex
www.lextenso-editions.com

ISSN Collection genevoise 1661-8963

Préface

C'est à ce moment de l'histoire du droit international privé, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, où il semble que le particularisme doive l'emporter sur l'universalisme qu'apparaît le mécanisme du renvoi – lequel rappelle que dans le champ de la pensée juridique un combat, fût-il engagé de longue date, ne peut se terminer par une victoire complète d'un parti sur l'autre. Dans sa version archétypale et la moins complexe, le renvoi consiste pour le juge saisi à rattrier dans son ordre juridique et pour la placer sous l'autorité de son droit interne, la question de droit que, dans un premier temps, il avait en vertu de sa règle de conflit adressée à un ordre juridique étranger et que, dans un deuxième temps, celui-ci à en croire sa propre règle de conflit lui retourne. C'est le schéma bien connu de l'affaire *Forgo* : la règle de conflit française en matière de succession mobilière désigne l'ordre juridique bavarois du domicile de droit lequel renvoie la question de la dévolution à l'ordre juridique français du domicile de fait du défunt et ainsi le juge français profite du désaccord des désignations pour ramener dans le giron du code civil une succession que sa règle de conflit lui avait enlevée pour la confier à la loi étrangère.

À une époque où, tirant sa force de la souveraineté et de l'indépendance des États, le positivisme légaliste affirme le caractère national du droit, en général, et du droit international privé, en particulier, et reconnaît de la sorte à chaque ordre juridique compétence pour régler à sa manière, selon la conception qu'il se fait de la justice, les relations privées internationales qu'il estime le concerner, il est singulier que la jurisprudence – car le renvoi naît au prétoire – se soit avisée de ce que la désignation qui résultait de la règle de conflit ne s'imposait qu'autant qu'elle était acceptée par l'ordre juridique désigné – et qu'en conséquence elle était susceptible d'être contredite ou amendée à défaut d'assentiment. Certes, la liberté que prenait en 1878 et en 1882 la Cour de cassation à l'égard de la règle pouvait sous les derniers feux de l'Exégèse se couvrir du caractère jurisprudentiel des solutions de conflit en matière de succession mobilière et se prévaloir du bénéfice que promettait sur le plan de la mise en œuvre du droit applicable, le renvoi à la loi française. Mais ces facteurs n'occultent pas le fait primordial : avant d'y succomber, les juges ont éprouvé le besoin de consulter le droit international privé étranger de l'ordre désigné alors que leur règle de conflit ne sollicitait de celui-ci que le règlement matériel qu'elle ôtait à la loi civile française. Se manifestait ainsi le souci de connaître le point de vue de l'ordre étranger, ce qui présupposait que ce dernier était légitime à concurrencer l'ordre du for sur le terrain du droit international privé. Le monopole que le particularisme prétendait assurer au for était battu en brèche

par une jurisprudence attentive au sort et à l'utilité que ses décisions pouvaient espérer avoir à l'étranger, spécialement dans l'ordonnancement juridique de l'État où elles avaient vocation à s'inscrire. L'universalisme résistait en se condensant dans l'harmonie internationale des solutions après avoir dû abandonner au particularisme l'énoncé des règles de choix du droit applicable.

Par l'enchaînement du raisonnement qu'il requiert, le renvoi pouvait suggérer une hiérarchie des objectifs : d'abord, la justice du rattachement à une loi, selon les vues de l'ordre juridique auquel est posée la question de droit à trancher, ensuite une éventuelle correction du rattachement en fonction de la réaction de l'ordre désigné, afin d'atteindre autant que possible l'harmonie internationale des solutions. C'est précisément ce rapport entre particularisme et universalisme qui a animé la vive et féconde querelle doctrinale qui a accompagné depuis ses origines le développement du renvoi en législation et en jurisprudence. C'est aussi ce rapport que dans cet ouvrage le Professeur Gian Paolo Romano se propose, non pas de renverser, mais de rééquilibrer.

Cette entreprise accepte pour prémisse qu'en règle générale, les ordres juridiques nationaux lorsqu'ils constituent leurs systèmes respectifs de droit international privé, recourent à un instrument hérité de la tradition historique et dont l'économie est orientée sur l'objectif d'harmonie internationale des solutions – selon ce qu'enseignait Savigny. Le fait est que, destinée dans cette tradition à déterminer les cas d'application aussi bien des lois étrangères que de la loi du for, la règle de conflit, de portée bilatérale, plaçait autrefois l'interprète au-dessus des lois en conflit pour offrir à chacune, selon des critères uniformes qui ne correspondaient pas toujours à l'intention de l'auteur de celle-ci, un champ d'application concerté, confiant ainsi à l'une le traitement des situations qu'elle retirait aux autres. Alliée à l'universalité du système des règles de conflit, cette bilatéralité contribuait à l'uniformité des solutions et promettait que « dans le cas de collision des lois, la décision rendue sur le rapport de droit sera toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé » (*Traité de droit romain*, t.VIII, trad., Guenoux, § 348, p. 30). Mais une fois l'hypothèse de l'universalité ruinée par la diversification des systèmes nationaux, le partage égal que réalise la bilatéralité ne garantissait plus l'uniformité des solutions ; la variation des paramètres de la dévolution entraînait la discordance des résultats. Discordance fâcheuse et même insupportable puisqu'elle mettait en péril la sécurité juridique et l'équité, en ce qu'elle interdisait au sujet, au moment où il délibérait sa conduite, de savoir à quelle loi se fier, et en ce qu'elle permettait, au moment où se dessinait le contentieux, à la partie la plus véloce de choisir le juge dont la règle placerait sa cause sous la loi la plus favorable à ses intérêts. Des valeurs fondamentales, consubstantielles du droit international privé, étaient compromises.

Du point de vue de M. Romano, cette mésaventure que le particularisme inflige à la règle de conflit bilatérale ne disqualifie pas celle-ci. Plutôt que de superposer à la théorie du conflit de lois une théorie des conflits de systèmes qui en atténuerait les imperfections, plutôt que de se risquer derrière R.

Quadri sur les voies de l'unilatéralisme, (« pluraliste », selon D. Boden, 49 *Arch. phil. Droit*, 2005, p. 275), il choisit d'exploiter et de développer les vertus originelles de la bilatéralité savignienne – dans laquelle il reconnaît à bon es-cient une expression de la doctrine kantienne du droit et de la justice – comme déjà l'annonçait sa contribution aux *Mélanges Schwander (Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Saint Gall, 2011, p. 616 et s., repr. in Clunet, 2012, p. 61)*. En dotant la règle de conflit d'un facteur de rattachement omnivalent qui distribue les affaires sur un mode paritaire entre les ordres juridiques et qui donc souhaite établir une égalité de traitement entre eux, la bilatéralité répond à l'impératif catégorique : « agis uniquement d'après la maxime qui fait que tu peux vouloir en même temps qu'elle devienne une loi universelle ». Dans le choix du facteur de rattachement, la règle de conflit obéira aux exigences de justice et à la conception du droit international privé de l'ordre juridique qui la pose, mais elle n'y obéira qu'autant que celles-ci se prêtent à être partagées par les ordres juridiques étrangers. Certes, compte tenu de l'indépendance et de la singularité de chaque ordre juridique, la mise en œuvre de cette directive dans une norme abstraite ne débouche pas nécessairement sur l'agrément de l'ordre juridique désigné, qui de son côté peut, dans son indépendance et sa propre singularité, cultiver des vues différentes et conclure à un rattachement différent. Mais, dans ce cas, qui constitue la situation de renvoi, le formalisme kantien n'encourage pas à articuler la désignation retenue par l'ordre désigné sur celle effectuée par l'ordre du for (pour essayer d'aboutir à un renvoi concluant au premier degré – ou *mutatis mutandis*, au second ou *énième* degré) ; il incite le for à persévérer dans l'obéissance à la maxime et à renouveler la tentative d'atteindre l'harmonie de solutions.

Deux critères de substitution sont alors proposés par l'auteur et remarquablement défendus dans une analyse aussi précise que cohérente ; il s'agit, en cascade et pour faire pencher la balance entre la loi désignée et la loi du for, d'une part, de l'autonomie des parties et, d'autre part, si celle-ci ne s'est pas exprimée, du principe de proximité. Chaque règle de conflit bilatérale s'incorpore ainsi des rattachements subsidiaires et d'une belle plasticité qui lui donnent les meilleures chances de parvenir à une désignation susceptible d'être acceptée par l'ordre juridique désigné et d'assurer l'harmonie internationale des solutions. De la sorte, le particularisme des systèmes de droit international privé est ramené au sein même de la règle de conflit bilatérale à un niveau compatible avec l'universalisme que requiert le règlement des intérêts privés.

La première partie de l'ouvrage établit la rationalité de cette construction ; *Zweckrationalität*, souligne justement l'auteur qui ne se satisfait pas d'une règle, serait-elle de conflit, qui agirait à l'encontre ou au mépris de ses fins. Le lecteur constatera qu'il n'est pas convié à une recherche toute théorique qui se confinerait dans l'atmosphère éthérée des idées pures, qu'au contraire il est conduit dans le champ ouvert de la raison pratique, lequel pour être parcouru et reconnu demande, il est vrai, qu'on recourt parfois à l'abstraction ; mais la sollicitude de l'auteur a émaillé sa démonstration d'encarts proposant à point

nommé des « cas pratiques » inspirés d'affaires dont effectivement les tribunaux ont eu à s'occuper. La seconde partie de l'ouvrage confirmerait, si besoin était, que M. Gian Paolo Romano n'appartient pas à la classe des juristes en chambre ou juristes d'imagination, abrités des contraintes du droit positif ; cette seconde partie, des deux la plus étendue, se consacre en effet tout entière, en le plaçant sous l'éclairage diffusé par la première partie, au droit positif du renvoi tel que l'ont produit hier et aujourd'hui la législation et la jurisprudence.

Par l'ampleur et la maîtrise de l'information, la finesse des analyses, la rigueur, voire la minutie de l'interprétation, la précision et la probité des conclusions, cette invitation à une relecture du droit international privé comparé du renvoi pertinemment limité au domaine des successions et de la responsabilité délictuelle, rencontrera sans doute aisément l'adhésion. Le déploiement des expériences allemande, suisse, belge, italienne, espagnole et même mexicaine, pour la législation, auxquelles viennent se joindre en jurisprudence les droits français, anglais, américain et australien, offre un large panorama, scruté en détail, et autorise un bilan intégrant les évolutions les plus récentes, d'où il ressort, pourvu que ne soient négligés ni l'ensemble des données de fait de chaque cause, ni l'ensemble des motifs de chaque décision, que l'acceptation ou le refus du renvoi ne sont pas déterminés par un parti doctrinal favorable ou hostile, mais procèdent normalement d'un jugement qui se fonde sur l'autonomie des parties ou la proximité de la loi finalement appliquée. Le lecteur en conclura volontiers que le droit positif rejoint la thèse de M. Romano.

Peut-être aussi ce lecteur, que des ressources dialectiques et une puissance rhétorique hors du commun auront justement séduit, n'y perdra pas tout esprit critique et sera porté à nuancer son adhésion. Si c'est un apport capital de l'ouvrage que d'avoir ainsi démasqué la subsidiarité de principes généraux sous la figure du renvoi et convaincu que l'objet et la mission du droit international privé ne s'accommodent pas d'un particularisme intransigeant mais au contraire implique – plus que jamais aujourd'hui – un universalisme actif, il demeure que certaines distinctions s'imposent. Hors les domaines où la science et les talents de l'auteur se sont exprimés, la volonté de coordination, de conciliation des ordres juridiques, est très inégale. Il suffit d'évoquer ici, par exemple, ces positions qu'au cours des dernières décennies le droit international privé français a cru devoir adopter en ce qui concerne la filiation (art. 311-14 et 311-15 c. civ. fr.) ou le mariage des personnes de même sexe (art. 202-1, al. 2 c. civ. fr.) ; positions qui confèrent aux choix nationaux une priorité écrasante et exclusive de l'harmonie internationale des solutions. Cependant là où elle subsiste, cette suprématie est toujours précaire et aujourd'hui plus que jamais où, sur ce continent, les juges nationaux travaillent sous l'œil sévère des juridictions européennes et sont encouragés à s'aventurer sur d'autres voies pour déjouer les pièges du particularisme. À vrai dire, ceci non plus n'a pas échappé à l'auteur (v. son étude « La bilatéralité éclipsée par l'autorité... », *Rev. crit. DIP*, 2006. 457 et, plus récemment « Quelques remarques sur le conflit interna-

tional de statuts familiaux », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, P. Lagarde (dir.), Pédone, 2013. 185), mais par cet ouvrage, qui se contient dans les limites de son sujet, il montre que la réflexion sur le renvoi, toujours vive et actuelle – comme l’atteste la bibliographie (v. encore récemment E. Agostini, « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit. DIP*, 2013. 545) – n’a rien perdu de sa fécondité et peut toujours contribuer à révéler les potentialités de cet instrument éprouvé par les siècles qu’est la règle de conflit bilatérale.

Bertrand ANCEL
Professeur émérite de l’Université Panthéon Assas (Paris 2)

En musardant, voici quinze ans, dans la bibliothèque héritée de mon grand-père, je suis tombé sur la deuxième édition d'un ouvrage italien d'introduction au droit, dont la préface soulignait l'importance des changements qu'avait dû apporter son auteur à la suite des suggestions et critiques entre-temps reçues des lecteurs, et en tirait la conclusion que les premières éditions ne devraient pas être publiées.

Déposée à l'Université de Saint Gall en mai 2009, la première édition du manuscrit, quoique estimée digne de l'habilitation qu'elle poursuivait, n'a justement pas été publiée. Je ne puis que remercier les Professeurs Ivo Schwander et Paul Lagarde, lecteurs parmi les plus autorisés, de m'avoir, sans doute malgré eux, car leurs rapports en encourageaient une parution rapide, fait comprendre, avec leurs remarques aussi fines, aussi judicieuses, qu'il valait mieux suivre la recommandation de mon auteur italien, dont j'ai oublié le nom mais non pas la sagesse. Laissé macérer dans un tiroir pendant quelques temps en raison des nouvelles responsabilités confiées au signataire de ces lignes par l'Université de Genève, le manuscrit a subi ensuite des remaniements considérables et c'est donc une version presque entièrement refondue qui paraît aujourd'hui chez Schulthess.

Je tiens à exprimer ici toute l'affectueuse reconnaissance que je dois à mes pères spirituels, dont la patience m'a touché tout autant que leur impatience m'a flatté : M. Tito Ballarino, l'aîné d'entre eux, sans qui rien ne serait de ce qui est, et dont le don singulier qu'il possède de penser la pensée de ses élèves avant qu'ils ne l'aient pensée eux-mêmes est d'autant plus précieux pour ceux, parmi ses élèves, qui ont quelque peine à penser leur pensée jusqu'au bout ; M. Bertrand Ancel qui, m'incitant à m'alimenter du « hachis jurisprudentiel », m'a dispensé le conseil peut-être le plus fécond, notamment pour quelqu'un qui a été « dressé à une autre école » que la française, et les rencontres parisiennes rue de l'Arbalète comptent parmi les dates-charnière du développement des idées qui sous-tendent l'ouvrage ; M. Ivo Schwander qui, au hasard d'un entretien sur les rives du Léman, a bien voulu accepter d'en être le Habilitationsvater et dont l'ouverture d'esprit incarne si puissamment le génie juridique helvétique, aussi naturellement porté à la « coordination » et, pour cela, aussi congénial à l'objet de l'enquête. La proximité de ce triumvirat d'intelligences supérieures – et de ces sûrs atlantes du droit international privé contemporain – est le plus grand privilège qui puisse être donné à un jeune chercheur.

Les personnes qui m'ont soutenu tout au long du premier et du second labeur sont à tel point nombreuses que la gratitude à leur égard ne peut en être exprimée que silencieusement. L'aide que m'ont apportée, sous des formes et à des stades divers, Alan Ragueneau, Mathilde Bessonnet, Joann Caloz, Michel Reymond, David Bochatay, Didier Boden, Valentin Rétornaz, Ilaria Pretelli, Elena Neidhart et Valérie Fluckiger, mes amis de l'Institut suisse de droit comparé, au premier rang desquels le directeur de son incomparable bibliothèque, Sadri Saieb, et mes collègues des Universités de Lausanne et de Genève, spécialement les Professeurs Andrea Bonomi, Thomas Kadner Graziano et Jacques de Werra, a été cependant trop décisive pour qu'elle ne soit reconnue ici de manière un peu publique. Il est des gratitudes plus personnelles sur lesquelles la discrétion empêche de s'attarder. Je pense, bien sûr, et comme toujours, à mes parents, dont la vie même demeure la plus exemplaire des œuvres, à mes frères et sœurs, y compris par alliance, eux aussi devenus des modèles, de même qu'à leur merveilleuse progéniture, promesse de l'aube.

Aux lecteurs de juger s'il fallait attendre la troisième édition pour que le manuscrit leur soit soumis.

Genève, 12 novembre 2014
G.R.

Sommaire

Introduction	1
--------------------	---

Première Partie

Thèse, antithèse et recherche d'une synthèse

Titre I : Thèse et antithèse	17
------------------------------------	----

Titre II : Recherche d'une synthèse	45
---	----

Deuxième Partie

La synthèse et le droit positif

Titre I : Compatibilité de la synthèse avec les solutions législatives	277
---	-----

Titre II : Compatibilité de la synthèse avec les solutions jurisprudentielles	345
--	-----

Synthèse	659
----------------	-----

Table des matières

Préface (Bertrand Ancel)	V
Remerciements	XI
Sommaire	XIII
Table des matières	XV
Abréviations	XXIII
Introduction	1
 Première Partie	
Thèse, antithèse et recherche d'une synthèse	15
Titre I : Thèse et antithèse	17
Section I : Énoncé de la thèse et de l'antithèse	17
§ 1. La thèse ou position	18
§ 2. L'antithèse ou opposition	18
Section II : Pertinence et insuffisance des thèse et antithèse	19
§ 1. L'argument logique ou fondé sur la nature de la règle de conflit	19
§ 2. L'argument juridique : de l'argument du respect à l'argument de l'abandon	25
A – Argument du respect du droit étranger avancé par la thèse	25
B – Argument de l'abandon avancé par l'antithèse	31
§ 3. L'argument pratique ou fondé sur l'harmonie des solutions et sur l'extension du domaine de la loi du for	35
A – Harmonie des solutions	35
B – Efficacité augmentée de la loi du for	40
Conclusions du Titre I	43
Titre II : Recherche d'une synthèse	45
Chapitre 1 : La forme de la règle chargée de trancher le conflit de renvoi	58
Section I : L'antinomie internationale (ou conflit international de lois) et ses méfaits	58
Sous-section 1 : Le concept d'antinomie internationale	58
§ 1. Définition de l'antinomie internationale	59
§ 2. Essence de l'antinomie internationale : articulation entre conflit de prétentions privées et conflit de prétentions étatiques	63
A – Autonomie de la volonté étatique et autonomie de la volonté individuelle	63
B – Du conflit de prétentions privées au conflit de prétentions étatiques	78

Sous-section 2 : Les méfaits de l'antinomie internationale	84
§ 1. Les méfaits de l'antinomie internationale du point de vue des auteurs des règles ou normes antinomiques	85
A – Inefficacité d'au moins une des règles ou normes antinomiques	85
1. Droits de créance et obligations corrélatives	86
2. Conditions de validité formelle et matérielle d'un acte	93
3. Statuts familiaux	98
B – De l'inefficacité à la perte de juridicité	100
1. Invalidité d'une des règles ou normes antinomiques	102
2. Les causes de l'invalidité d'une des règles ou normes antinomiques	106
3. Principe de non-contradiction des actions humaines et sa violation en cas d'antinomie interne et internationale	112
C – De l'inefficacité d'au moins <i>une</i> des règles ou normes antinomiques à l'inefficacité et à la perte de juridicité de l'une <i>et</i> de l'autre	116
1. Antinomie internationale de règles abstraites et sa résolution par la saisine d'un juge	116
2. De l'antinomie internationale de règles abstraites à l'antinomie internationale de décisions	118
§ 2. Les méfaits de l'antinomie internationale du point de vue des destinataires des règles antinomiques	120
Sous-§ 1. Antinomie internationale résolue par la saisine d'un juge	121
A – L'atteinte portée à la sécurité juridique et à la prévisibilité du Droit	121
1. Sécurité juridique antérieure à la naissance d'une relation juridique	121
a) Rôle de la volonté individuelle lors de la création et de la détermination de la teneur des relations juridiques	122
b) Fonction facilitatrice du Droit avant la naissance d'une relation juridique	124
c) La fonction facilitatrice du Droit international privé et sa mise en échec par le conflit international de lois	125
2. Sécurité juridique postérieure à la naissance de la relation mais antérieure à la judiciarisation de celle-ci	127
a) De la prévisibilité du Droit à la sécurité juridique	128
b) Objectif recherché par la sécurité juridique préjudiciaire : épargner aux justiciables la nécessité d'un procès pour connaître la règle de droit	129
c) Insécurité juridique préjudiciaire découlant de l'antinomie internationale et nécessité d'une saisine	131
3. Sécurité juridique postérieure à la décision de justice	133
a) Sécurité juridique apportée par la décision de justice	133
b) Sécurité juridique apportée par la judiciarisation	136
B – L'atteinte portée à la Justice	139
1. Justice matérielle et formelle, concrète et abstraite	139

2. Conflit interne de lois et son apport à l'affinement de la Justice	144
3. Antinomie internationale résolue par la saisine du juge à l'épreuve de la Justice	148
a) Violation de la « tierceté »	149
b) Occasion manquée d'une justice plus affinée	150
c) Stagnation du Droit	151
Sous-§ 2. L'antinomie internationale irrésolue	152
Section II : Prévention et résolution de l'antinomie internationale	159
§ 1. Règle de conflit bilatérale comme moyen <i>nécessaire</i> mais non <i>suffisant</i> pour prévenir l'antinomie internationale	161
A – La règle de conflit bilatérale comme moyen nécessaire pour prévenir le conflit international de lois	161
B – La règle de conflit bilatérale comme moyen non suffisant pour prévenir le conflit international de lois	171
§ 2. Bilatéralité de la règle de conflit de renvoi	176
A – Renonciation conditionnelle : le réflexe de la réappropriation de la vocation sacrifiée	177
B – Contrariété de la thèse et de l'antithèse au bilatéralisme	183
C – La bilatéralité nécessaire de la règle de conflit de renvoi et ses conditions	186
D – Conflits entre les règles de conflit de renvoi et hiérarchie des règles de conflit	194
1. Diversité non génératrice de conflits entre les règles de conflit de renvoi	195
2. Diversité génératrice de conflits positifs et négatifs entre les règles de conflit de renvoi	196
E – Renvoi au deuxième degré ou nième degré	200
1. Renvoi au deuxième degré ne recouvrant pas un renvoi-retour	201
2. Renvoi au deuxième degré recouvrant un renvoi-retour	205
Chapitre II : La substance possible de la règle chargée de trancher le conflit de renvoi	209
Section I : Les deux critères : proximité et autonomie	209
Section II : Aptitude des deux critères à fournir la synthèse entre la thèse et l'antithèse	212
§ 1. Argument logique	213
§ 2. Argument juridique	216
§ 3. Argument pratique	217
§ 4. Statut normatif du renvoi	219
Section III : Réserves suscitées par l'autonomie et la proximité à l'épreuve des situations de renvoi	220
§ 1. Autonomie individuelle	220
A – Pouvoir de désignation	220
1. Désignation de la loi applicable et absence de conflit de règles de conflit	221

2. Désignation de la loi applicable et conflit négatif de règles de conflit	224
a) Effectivité des mérites et inconsistance des réserves	224
b) Fondement rationnel du pouvoir de désignation	231
B – Attentes des parties	236
1. Différents types d’attentes	236
2. Attentes et absence de conflit de règles de conflit	237
3. Attentes et conflit négatif de règles de conflit	239
§ 2. Principe de proximité	242
A – Proximité et absence de conflits de règles de conflit	243
B – Proximité et conflit négatif de règles de conflit	245
1. La loi désignée par la proximité pure est déterminable à l’avance	246
2. La loi désignée par la proximité pure n’est pas déterminable à l’avance	247
3. Proximité et « lexforisme »	249
§ 3. Nécessité d’une généralisation des règles de conflit de renvoi proposées ?	252
A – Forme bilatérale de la règle de conflit de renvoi	252
B – Substance de la règle de conflit de renvoi	254
1. Règles de conflit de renvoi de forme et de source bilatérale	254
a) Voie bilatérale ou multilatérale législative	254
b) Voie bilatérale judiciaire	259
2. Règles de conflit de renvoi de forme bilatérale et de source unilatérale	261
Conclusions du Titre II	266

Deuxième Partie

La synthèse et le droit positif 273

Titre I : Compatibilité de la synthèse avec les solutions législatives	277
Section I : Principe de proximité	278
Section II : Autonomie individuelle	297
§ 1. Composante subjective de la clause échappatoire	297
§ 2. Caractère facultatif de la règle sur le renvoi	299
A – Caractère facultatif de la disposition admettant le principe du renvoi	300
1. L’accord porte sur la loi du for désignée par la règle de conflit de renvoi du for	300
2. L’accord porte sur la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois du for	301
B – Caractère facultatif de la disposition refusant le principe du renvoi	304
C – De la facultativité judiciaire à la facultativité préjudiciaire	304

§ 3. Exclusion du renvoi en cas de loi désignée par les parties comme moyen de coordination	305
A – Conflit de renvoi entre une règle à rattachements multiples de l'État A et une règle à rattachement unique de l'État B	305
1. L'État dont la règle de conflit est à rattachement unique refuse le renvoi	306
2. L'État dont la règle de conflit est à rattachement unique accepte le renvoi	309
B – Conflit de renvoi entre une règle à rattachement unique de l'État A et une règle à rattachement unique de l'État B	311
Section III : Validité des actes	316
§ 1. Critère de la validité comme manifestation de l'autonomie individuelle	317
A – Validité appréciée avant l'établissement de l'acte (validité de l'acte potentiel)	317
B – Validité appréciée après la réalisation de l'acte	321
§ 2. Positivité de la validité comme critère bilatéral pour trancher un conflit de renvoi	325
A – Renvoi entre une règle de conflit à rattachements multiples et une règle de conflit à rattachement unique	326
B – Renvoi validant entre deux règles de conflit à rattachement unique	332
Conclusions du Titre I	341
Titre II : Compatibilité de la synthèse avec les solutions jurisprudentielles	345
Chapitre I : Renvoi en matière successorale	348
Section I : Facteurs pertinents	348
§ 1. Proximité	348
A – Attaches personnelles du <i>de cuius</i>	349
B – Attaches réelles	352
C – Contacts des prétendus ayants droit	353
§ 2. Volonté ou attentes des intéressés	355
A – Volonté ou attentes du <i>de cuius</i>	355
B – Volontés ou attentes des successibles	357
C – <i>Professio iuris</i> multilatérale du <i>de cuius</i> et des successibles	358
§ 3. Unité internationale de la loi applicable	359
A – Un critère bilatéral et tiers	359
B – Cas dans lesquels l'unité est à même de trancher un conflit de renvoi	362
C – Avantages et inconvénients de l'unité par rapport à la proximité et à l'autonomie	364
Section II : Jurisprudence française	368
Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence	370
§ 1. Renvoi provoqué par la succession aux meubles	370
A – Décisions ayant appliqué la loi française	371
B – Décisions ayant appliqué la loi étrangère	384

§ 2. Renvoi provoqué par la succession aux meubles et aux immeubles	392
A – Décisions ayant appliqué la loi du for	393
B – Décision ayant appliqué la loi étrangère	395
§ 3. Renvoi provoqué par la succession aux immeubles	395
A – Décisions ayant appliqué la loi étrangère	397
B – Décisions ayant appliqué la loi française	399
Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	405
§ 1. Synthèse confrontée aux résultats de la jurisprudence	405
A – Le <i>de cuius</i> est ressortissant étranger	406
B – Le <i>de cuius</i> est ressortissant français	412
C – Bilan	414
§ 2. Synthèse confrontée aux motifs et aux explications avancées par la doctrine	420
A – « Équité », « intérêt prépondérant » et « résultat concret » : renvoi implicitement conditionnel (de <i>Forgo</i> à <i>de Marchi</i>)	421
B – Consécration explicite du caractère conditionnel du renvoi (de <i>Ballestrero</i> à <i>Tassel</i>)	431
Section III : Jurisprudence anglaise	444
Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence	445
§ 1. Loi applicable à la forme du testament	447
§ 2. Loi applicable au fond de la succession	459
A – Arrêts ayant appliqué la loi anglaise	459
B – Arrêts ayant appliqué la loi étrangère	465
Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	468
§ 1. Loi applicable à la forme du testament	468
§ 2. Loi applicable au fond de la succession	472
§ 3. Bilan	478
Section IV : Jurisprudence américaine	484
§ 1. Présentation de la jurisprudence	484
§ 2. Aptitude la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	488
Section V : Jurisprudence allemande	492
Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence	495
§ 1. Décisions antérieures à l'entrée en vigueur de l'EGBGB (1861-1900)	495
A – Décisions ayant appliqué la loi du for	496
B – Décisions ayant appliqué la loi étrangère	500
§ 2. Décisions rendues sous l'empire de l'article 27 EGBGB	502
A – Décisions ayant appliqué la loi allemande	502
B – Décisions ayant appliqué la loi étrangère	506
C – Conflit de renvoi au deuxième degré	508
1. Conflits équivalents aux conflits de renvoi au premier degré mettant en cause la loi allemande et une loi étrangère	509
2. Conflits équivalents aux conflits de renvoi au premier degré impliquant deux lois étrangères	510

§ 3. Décisions postérieures à 1986	512
A – Décisions ayant appliqué la loi allemande	512
B – Décision ayant appliqué la loi étrangère	516
Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	517
§ 1. Décisions antérieures à l'entrée en vigueur de l'EGBGB (1861-1900)	517
§ 2. Décisions rendues sous l'empire de l'article 27 EGBGB	519
A – Conflits de renvoi visés par l'article 27 EGBGB	522
B – Conflits de renvoi non visés par l'article 27 EGBGB	523
§ 3. Décisions postérieures à 1986	527
§ 4. Conclusions	531
Section VI : Jurisprudence espagnole	537
Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence	539
§ 1. Décisions antérieures à l'arrêt <i>Lowenthal</i>	539
A – Décisions antérieures au Code civil espagnol de 1974	539
B – Décisions rendues sous l'empire de l'article 12-2 du Code civil espagnol de 1974	544
§ 2. Arrêts du Tribunal suprême de 1996, 1999 et 2002	545
§ 3. Décisions des juridictions inférieures de 2000 à 2008	551
Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence	556
§ 1. Compatibilité des solutions retenues avec la synthèse proposée	556
§ 2. Inscription progressive de la synthèse dans les motifs	566
§ 3. Conclusions	576
Chapitre II : Renvoi en matière délictuelle	582
Section I : Renvoi délictuel et prévisibilité du droit	583
§ 1. Sources de renvoi en matière délictuelle	584
A – Conflit de renvoi impliquant deux règles à rattachement unique	584
B – Conflit de renvoi impliquant une règle à rattachements multiples	587
§ 2. Prévisibilité prédélictuelle et postdélictuelle	587
A – Prévisibilité prédélictuelle dans l'ordre interne	588
B – Prévisibilité postdélictuelle dans l'ordre interne	592
C – Prévisibilité de la loi applicable dans l'ordre international	594
§ 3. Renvoi et prévisibilité du droit	596
Section II : Jurisprudence en matière de renvoi délictuel	604
Sous-section 1 : Jurisprudence des pays européens	606
§ 1. Jurisprudence française	607
§ 2. Jurisprudence belge	611
A – Arrêts de la Cour de cassation	611
B – Décisions des juridictions de fond	613
§ 3. Jurisprudence allemande	614
A – Décisions ayant appliqué la loi étrangère	617
B – Décisions ayant appliqué la loi allemande	619

Sous-section 2 : Jurisprudence américaine	623
§ 1. Renvoi de type classique	625
A – Renvoi de qualification	625
B – Renvoi de rattachement	627
§ 2. Renvoi tiré du principe de proximité	628
A – Arrêts ayant appliqué la loi du for	628
B – Arrêts ayant appliqué la loi étrangère	629
Sous-section 3 : Jurisprudence australienne	631
§ 1. Faits et décision	632
§ 2. Le « conflit de règles de conflit » et la démarche empruntée par la <i>High Court</i> pour le résoudre	635
§ 3. Avatars de la prévisibilité du droit dans la trilogie <i>Pfeiffer, Zhang</i> et <i>Neilson</i>	639
A – Prévisibilité dans les arrêts <i>Pfeiffer</i> et <i>Zhang</i>	639
B – Prévisibilité dans l’arrêt <i>Neilson</i> rendu en appel par la <i>Full Court</i>	641
C – Prévisibilité dans l’arrêt <i>Neilson</i> rendu par la <i>High Court</i>	643
Sous-section 4 : Bilan du rôle de la proximité et de l’autonomie	644
§ 1. Principe de proximité	644
§ 2. Autonomie individuelle	649
Conclusions du Titre II	650
Synthèse	659
Bibliographie	689
Décisions citées	721
Index analytique	731

Abréviations

A.E.D.I.Pr.	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
A.L.J.	Australian Law Journal
Ann. IDI. / A.I.D.I.	Annuaire de l'Institut de droit international
A.S.D.I. / S.J.I.R.	Annuaire suisse de droit international / Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Adel. L. Rev.	Adelaide Law Review
AJ.	L'Actualité juridique
AJ. Fam.	L'Actualité juridique : Famille
Alb. L. Rev	Albany Law Review
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. U. L. Rev.	American University Law Review
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch. giur.	Archivio giuridico "Filippo Serafini"
Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
ARSP	Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie
B.U. Int'l J.	Boston University International Law Journal
B.Y.I.L. / Brit.Y.B. Int'l L.	British Yearbook of International Law
BöhmsZ	Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht (ab 12. 1903: für internationales Privat- und Öffentliches Recht) begr. v. Böhm
Brook. L. Rev.	Brooklyn Law Review
Bull. soc. législ. comp.	Bulletin de la Société de législation comparée
Bus. Law.	Business Lawyer
C.C.J.C.	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
C.L.J.	Cambridge Law Journal
Cal. L. Rev. / Calif. L. Rev.	California Law Review
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review
Cardozo J. Int'l & Comp. L.	Cardozo Journal of International and Comparative Law
Clunet	Journal du Droit International "Clunet"
Col. J. Trans. L.	Columbia Journal of Transnational law
Col. L. Rev./Columbia L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell Int'l L.Q.	Cornell International Law Quarterly
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Creighton L. Rev.	Creighton Law Review
CS	Comunicazioni e Studi
D.	Recueil Dalloz
D.P.	Recueil Dalloz Périodique
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
Dir. int.	Diritto internazionale
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Duke L. J.	Duke Law Journal
Duq. L. Rev.	Duquesne Law Review
Enc. Dalloz	Encyclopédie Dalloz

Enc. dir.	Enciclopedia del diritto
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FamRBint	Familien-Rechts-Berater international
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Florida L. Rev.	Florida Law Review
Foro it.	Il Foro Italiano
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Georgetown L. J.	Georgetown Law Journal
Harv. J. L. & Pub. Pol'y	Harvard Journal of Law & Public Policy
Harv. L. R.	Harvard Law Review
Hastings L. J.	Hastings Law Journal
Holdsworth L. Rev.	Holdsworth Law Review
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Ind. L. J.	Indiana Law Journal
Int'l L. Q.	International Law Quarterly
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
J. Comp. Leg. Int. L.	Journal of Comparative Legislation and International Law
J. Law Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
J.P.I.L.	Journal of Private International Law
JCP	Semaine juridique
JCP G	Semaine juridique, édition générale
JCP N	Semaine juridique, notariale et immobilière
JR	Juristische Rundschau
Jur. Woch. / JW	Juristische Wochenschrift
Jurisl. dr. int.	Jurisclasseur de droit international
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
L. & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
L.Q.R.	Law Quarterly Review
La. L. Rev.	Louisiana Law Review
Maastricht J. of Eur. Comp.	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Melb J. Int. L.	Melbourne Journal of International Law
Melb. Univ. L. R.	Melbourne University Law Review
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Mod. L. R.	Modern Law Review
N.I.P.R.	Nederland Internationaal Privaatrecht
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NiemeyersZ.	Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NotBZ	Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
Notre Dame L. Rev.	Notre Dame Law Review
Nouv. rev. dr. int. pr.	Nouvelle revue de droit international privé
Ohio St. L. J	Ohio State Law Journal
Oklahoma L. Rev.	Oklahoma Law Review

R.E.D.I	Revista Española de Derecho Internacional
R.T.D.F.	Revue trimestrielle de droit financier
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec. cours	Recueil des Cours de l'Académie et droit international de La Haye
Recht int. Wirtschaft	Recht der internationalen Wirtschaft
Rép. dr. int. Dalloz	Répertoire Dalloz de droit international
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev. crit.	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. int. lég. comp.	Revue de droit international et de législation comparée
Rev. dr. int. pr. et dr. pén. int.	Revue de droit international privé et de droit pénal international
Rev. dr. suisse	Revue de droit suisse
Rev. fac. dr. Univ. Liège	Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège
Rev. gen. der. / RGD	Revista General de Derecho
Rev. gén. dr. civ.	Revue générale de droit civil belge
Rev. hell.	Revue hellénique de droit international
Rev. int. dr. comparé / RIDC	Revue internationale de droit comparé
Rev. prat. des sociétés	Revue pratique des sociétés civiles et commerciales
RSDIE	Revue suisse de droit international et européen
Rev. tr. dr. fam.	Revue trimestrielle de droit familial
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rev. tunis. dr.	Revue tunisienne de droit
Riv. delle società	Rivista delle società
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
Riv. dir. int. / RDI	Rivista di diritto internazionale
Riv. dir. int. pr. proc. / RDIPP	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
Riv. dir. priv.	Rivista di diritto privato
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
Riv. int. fil. dir.	Rivista internazionale di filosofia del diritto
Riv. it. Scienze giur.	Rivista italiana scienze giuridiche
Riv. not.	Rivista del notariato
Riv. trim. dir. proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RLDC	Revue Lamy droit civil
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
S.	Recueil Sirey
SchwJZ / SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
So. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Stan. L. Rev	Stanford Law Review
Syd. L. Rev.	Sydney Law Review
T. Jef. L. Rev.	Thomas Jefferson Law Review
T. Not.	Tijdschrift voor notarissen
Temp. L. Q.	Temple Law Quarterly
Tex. L. Rev	Texas Law Review
Torts L. J.	Torts Law Journal
Tr. com. fr. DIP / TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé
Trav. Assoc. Capitant	Travaux de l'Association Henri Capitant

Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
UCLA L. Rev.	University of California Los Angeles Law Review
Univ. New South Wales L. J.	University of New South Wales Law Journal
Univ. of Tasmania L. Rev.	University of Tasmania Law Review
UWAL Rev.	University of Western Australia Law Review
Va. L. Rev. / Virg. L. Rev.	Virginia Law Review
Vand. J. Trans. Law	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
VersR.	Versicherungsrecht
Wis. L. Rev.	Wisconsin Law Review
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht oder Wohnungswirtschaft und Mietrecht
Wm and Mary L. Rev.	William and Mary Law Review
WPNR	Weekblad voor Privatrecht, Notariaat en Registratie
Yale L. J.	Yale Law Journal
Yearbook P.I.L. / YBPIL	Yearbook of Private International Law
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZfJ	Zeitschrift für Jugendrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZiP	Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZvglRWiss / ZfVR	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Introduction

1. Pérennité du dilemme. Selon l'explication traditionnelle, une situation de renvoi prend naissance lorsque la règle de conflit de lois d'un État A désigne comme applicable à une relation privée internationale la loi d'un État B, et que la règle de conflit de lois de l'État B désigne à son tour comme applicable à cette même relation la loi de l'État A ou bien celle d'un État C. La « question du renvoi » consiste à déterminer – et à indiquer aux particuliers, personnes physiques ou morales, parties à la relation interindividuelle frappée par le « conflit de renvoi »¹ – au profit de quelle loi ce conflit doit être tranché et, par conséquent, quelle est la loi qui régit en définitive la relation humaine en cause².

On est là assurément en présence de l'un de « [c]es objets classiques » qui, d'après une doctrine éminente, « doivent être périodiquement repris même s'ils sont l'objet de controverses persistantes conduisant au scepticisme sur la possibilité d'un progrès appréciable³ ». Le renvoi ne cesse en effet d'exciter la discussion, voire la polémique⁴ : en atteste la floraison d'études publiées lors

¹ Ce livre emploie les expressions « relations interindividuelles » et « relations humaines » comme synonymes de l'expression « relations privées » et, dès lors, comme désignant également les relations impliquant une ou plusieurs personnes *morales*. La création de celles-ci est, directement ou indirectement, le fait d'une ou plusieurs personnes physiques, et c'est aussi par des êtres humains qu'elles décident et agissent. Se rapportant aux successions et à la responsabilité délictuelle (v. *infra*, n° 4), la grande majorité des affaires examinées mettaient au demeurant en cause des « individus » au sens étroit du terme. Les expressions « relations intersubjectives » et « relations interpersonnelles » ont été écartées en vue de réduire, dans la mesure du possible, la confusion entre les relations impliquant des personnes privées et les relations interétatiques, dont il sera également question, les États étant aussi des « sujets » et des « personnes » (sur la notion d'État ici retenue, v. *infra*, n° 43). On aura résisté à la tentation d'ajouter à l'expression « relation privée » (« interindividuelle » ou « humaine ») le qualificatif de « juridique » car c'est entre autres de la manière dont le conflit de renvoi est résolu, et partant dont l'est le « conflit juridique » qu'il recouvre, et de la nature « juridique » de la solution qu'il reçoit, que dépend l'accès à la juridicité d'une telle relation privée : v. *infra*, n° 31, 98, 104, 117.

² Il s'agit, pour B. Ancel et Y. Lequette (*Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Paris, 2006, p. 62) de « la plus fameuse des controverses qui ait agité dans le monde entier la théorie du droit international privé ».

³ H. Batiffol, « Préface » à P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959 ; cf. J. Maury, c.r. de Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, *Rev. crit.*, 1959, p. 602, pour qui « il y a intérêt, de temps à autre, à reprendre une question de ce genre pour tâcher de faire le point ».

⁴ Selon Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles Sommières (*Droit international privé*, Paris, 8^e éd., 2004, p. 256), « le bien-fondé du renvoi est aujourd'hui encore contesté » ; pour B. Audit, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, 2006, p. 187, « aucun accord ne s'est dégagé quant au traitement à lui réserver » ; M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío : la respuesta del sistema español », *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 2004, p. 185, évoque la « interminable lista de artículos y monografías sobre este tema, sin que en ninguno de los casos se haya

des vingt dernières années – au premier rang desquelles un imposant cours professé à l'Académie de la Haye qui vient de paraître au prestigieux recueil⁵ – de même qu'une nouvelle session de l'Institut de droit international y consacrée⁶. Les formules législatives inscrites dans les codifications contemporaines

podido llegar a conclusiones definitivas » ; cf. ég. A. Marín López, « Las cuestiones generales de derecho internacional privado en las recientes codificaciones europeas : el reenvío », *Actualidad civil*, 1995, p. 957 pour qui « el problema del reenvío no es hoy una cuestión definitivamente resuelta », et J. Carrascosa González, note sous SAP Badajoz, 11 juill. 1995, *R.E.D.I.*, 1996, p. 320, qui souligne que « el interminable debate sobre la conveniencia / inconveniencia del reenvío en los distintos sistemas nacionales de DIPr no está cerrado ». Quant à la légitimité et à l'utilité du renvoi, la division des esprits subsiste. Bien des auteurs, encore aujourd'hui, en souhaitent la disparition : v. p. ex. J.C. Fernández Rozas / S. Sánchez Lorenzo, *Derecho Internacional Privado*, 3^a ed., Madrid, 2004, p. 150 : « Cabe confiar en que [el reenvío] pueda desaparecer de nuestro sistema lo más pronto posible » ; C.M.V. Clarkson / J. Hill (ed.), *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2nd ed., Oxford, 2005, p. 549 : « it can only be hoped that the doctrine of renvoi is fast approaching its sell-by date » ; F. Rigaux / M. Fallon, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, 2006, p. 241, concluent également à une « incompatibilité de la technique du renvoi avec la nature même de la règle de conflit de lois ». Pour d'autres auteurs, le renvoi demeure indispensable : M. Chait, « Renvoi in Multi-national Cases in New York Courts : Does its Past Precludes Its Future ? », 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 143 (2003-2004), p. 175 : « renvoi is more than just useful in contemporary international choice of law – it is fundamental » ; le « rôle fondamental du mécanisme du renvoi » est évoqué par P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé – Cours général », *Rec. cours*, 1999, t. 276, p. 44 ; v. également A. Briggs, « In Praise and Defense of Renvoi », 47 *I.C.L.Q.* 877 (1998), p. 878, soulignant « its importance to the body of the conflict of laws ». Le désaccord se prolonge jusqu'à l'analyse des tendances législatives. Pour les uns, le renvoi serait en recul sur le plan international : G. Mäsch, « Renvoi – Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur », *RabelsZ.*, 1997, p. 286 : « international auf dem Rückzug » ; cf. E.D. Graue, « Rück- und Weiterverweisung (renvoi) in den Haager Abkommen », *RabelsZ.*, 1993, p. 62 : « [o]nly a few, mostly Continental European legal systems still recognize it » ; pour les autres, c'est plutôt l'hostilité à son égard qui se raréfie : v. R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung im deutschen Internationalen Privatrecht », *RabelsZ.*, 1997, p. 698 : « Sachnormverweisungen sind... international selten geworden » ; v. ég. M. Sonnentag, *Der Renvoi im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2001, p. 49 : « [d]ie meisten Rechtsordnungen sehen Kollisionsnormverweisungen vor » et J.A.T. Ortiz de la Torre, « ¿ Anular por reenvío la voluntad del testador ? », *La Ley*, 2003, p. 1703 : « los ordenamiento jurídicos nacionales, especialmente de base legal, son abrumadoramente partidarios de la técnica del reenvío ». Pour ce qui est des inclinations doctrinales, selon J.H.C. Morris et D. McLean (*The Conflict of Laws*, 5th ed., London, 2000, p. 515), « the great majority of writers, both English and foreign, are opposed to it » (cf. également J.G. Collier, *Conflict of Laws*, 3rd ed., Cambridge, 2001, p. 20 et A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 5^a ed., Granada, 2005, vol. I, p. 227) ; en revanche, pour Th. Vignat, *Droit international privé*, Paris, 2005, p. 69 : « très peu d'auteurs sont hostiles au principe même du renvoi ».

⁵ A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *Rec. cours*, 2010, t. 352, p. 9 s. Ce cours a fait l'objet d'un long compte rendu de la plume de P. Picone, sous le titre « Riflessioni sulle finalità del 'rinvio' nel diritto internazionale privato contemporaneo », *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1192 s.

⁶ Quant aux monographies parues depuis 1995, v. R. Sfeir, *Aspects contemporains du renvoi en droit international privé comparé*, Bruxelles, 2009 ; W. Chen, *Rück- und Weiterverweisung in staatsvertraglichen Kollisionsnormen*, Frankfurt a.M. (etc.), 2004 ; W.J. Kassir, *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Paris (etc.), 2002 ; C. Lindenau, *Die Einführung des Renvoi in das internationale Privatrecht Italiens*, Frankfurt a.M. (etc.), 2001 ; M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht* ; H. Kuhn, *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zürich, 1998 ; K. Schmidt, *Die Sinnklausel der Rück- und Weiterverweisung im internationalen Privatrecht nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB*, Frankfurt a.M. (etc.), 1998 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR – Funktion und Bedeutung*, Zürich, 1996 ; v. également F. Khomamizadeh, *Les limites à l'application du renvoi*, th. Univ. Nantes, 1995 et S. Tonolo, *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, 2003. De très longs développements sont consacrés au renvoi par E. Castellanos

Ruiz, *Unidad vs. pluralidad de la sucesión internacional*, Granada, 2001 (p. 66-141). Les articles consacrés au renvoi depuis 1995 se comptent par dizaines. Dans la littérature « continentale », v. É. Agostini, « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit.*, 2013, p. 545 s. ; A. Borrás, « L'approche du renvoi dans un système d'unité de la succession », *Mélanges M. Révillard*, Paris, 2007, p. 1 s. ; K. Schurig, « Die sogenannte akzessorische Anknüpfung und das Renvoiproblem », *Festschrift A. Heldrich*, München, 2005, p. 1021 s. ; S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad en el reciente derecho internacional privado español de sucesiones : los derechos del cónyuge superviviente y el reenvío », *Estudios de derecho civil, Homenaje F.J. Serrano García*, Valladolid, 2005, p. 130 s. ; M. Gebauer, « Gesamtverweisung und *ordre public* », *Festschrift E. Jayme*, München, 2004, p. 223 s. ; F. Sturm / G. Sturm, « Der renvoi im Namensrecht », *ibidem*, p. 921 s. ; M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, « Succession law and renvoi : the Spanish solution », *ibidem*, p. 977 s. ; M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 181 s. ; E. Castellanos Ruiz, « Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio antes y después de la STS de 23 septiembre 2002 », in A.-L. Calvo Caravaca / E. Castellanos Ruiz (dir.), *El derecho de familia ante el siglo XXI : aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 239 s. et, du même auteur, « Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio », *Revista colombiana de Derecho internacional*, 2003, p. 211 s. ; K. Siehr, « Engste Verbindung und Renvoi », *Festschrift H.J. Sonnenberger*, München, 2004, p. 667 s. ; du même auteur : « Renvoi : A Necessary Evil or Is It Possible to Abolish it by Statute ? », *Foundations and Perspectives of International Trade Law* (ed. I. Fletcher et al.), London, 2001, p. 193 s., et « Renvoi und wohlverordnete Rechte », *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 407 s. (cf. également « Güterrechts- und Erbschaft im deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr – Zur Theorie der rechtsfortbindenden internationalen Koordination von IPR-Systemen », *Festschrift R.A. Schütze*, München, 2002, p. 1097 s.) ; L. Chedly, « Le rejet inopiné du renvoi par le Code de droit international privé », *Mélanges S. Belaid*, Tunis, 2003, p. 295 s. ; E. Lorenz, « Renvoi und ausländischer *ordre public* », *Festschrift R. Geimer*, München, 2002, p. 562 s. ; F. Bouckaert, « Werd 'renvoi' uit het nieuw ontwerp van I.P.R.-wetboek volledig verbannen ? », *Liber Amicorum J. Herbots*, Leuven 2002, p. 19 s. ; R. Rivas de Andrés, « Aplicación de las legítimas del Código civil español a las herencias inglesas (Un consejo sobre como preparar una herencia inglesa en España a la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002) », *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 2002, p. 2979 s. ; K. Lipstein, « Unusual badfellows – Renvoi and foreign characterization joined together », *Essays K. Siehr*, The Hague (etc.), 2000, p. 405 s. ; J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo : historia y reapertura de la vieja polémica en el D.i.pr. español », *Actualidad Civil*, 1999, p. 1261 s. ; P. Venturi, « Sul c.d. rinvio *in favorem* nel sistema italiano di diritto internazionale privato », *R.D.I.P.P.*, 1999, p. 524 s. ; P. Picone, « Rinvio indiretto 'implicito' e coordinamento tra metodo classico e metodo giurisprudenziale dei conflitti di leggi », *Riv. dir. int.*, 1998, p. 925 s. ; G. Mäsch, « Renvoi – Plädoyer », p. 285 s. ; R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 685 ; L. Migliorino, « La questione del rinvio e le soluzioni accolte nelle convenzioni internazionali », *R.D.I.P.P.*, 1996, p. 499 s. ; A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español : una interpretación actualizada », *RJNot.*, 1995, p. 257 s. ; B. Luger, « Die Gesamtverweisung und das Günstigkeitsprinzip im österreichischen IPRG », *ZfVR*, 1995, p. 178 s. ; M.-L. Hachem, « Nouvelles réflexions sur le renvoi », *Rev. tunis. droit*, 1995, p. 185 s. Dans la littérature anglo-australienne : A. Gray, « The Rise of Renvoi in Australia : Creating the Theoretical Framework », 30 *Univ. New South Wales L.J.* 1 (2007) ; A. Mills, « Renvoi and the Proof of Foreign Law in Australia », 65 *C.L.J.* 37 (2006) ; R. Mortensen, « Troublesome and Obscure : The Renewal of Renvoi in Australia », 2 *J.P.I.L.* 1 (2006) ; M. Keyes, « The Doctrine of Renvoi in International Torts : *Mercantile Mutual Insurance v. Neilson* », 13 *Torts L.J.* 1 (2006) ; A. Dickinson, « Renvoi : The Comeback Kid ? », 122 *L.Q.Rev.* 183 (2006) ; M. Davies, « Renvoi and Presumption of Foreign Law », 30 *Melb. Univ. L.R.* 244 (2006) ; A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More : Renvoi and International Torts Litigated in Australia », 1 *J.P.I.L.* 35 (2005) ; R. Yezerski, « Renvoi Rejected ? The Meaning of the 'lex loci delicti' after *Zhang* », 26 *Sydney L.R.* 273 (2004) ; A. Briggs, « In Praise and Defence of *Renvoi* », 47 *I.C.L.Q.* 877 (1998) ; E. Rimmel, « The Place of Renvoi in Transnational Litigation – A Pragmatic Approach to an Impractical Doctrine », 19 *Holdsworth L.R.* 55 (1998) ; E. Wiltshire, « Renvoi : The Eternal Conflict – England and Spain », 23 *Int'l Legal Prac.* 48 (1998). On signalera encore la place importante qu'occupe le renvoi dans les Cours professées à La Haye par A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », *Rec. cours*, 2009, t. 341, spéc. p. 227 s., B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », *Rec. cours*, 2003, t. 305, p. 322 s., J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *Rec. cours*, 2001, t. 292, p. 181 s. et P. Picone, « Méthodes

persistent à se placer sous le signe d'une apparente diversité : l'Italie semble s'être convertie au renvoi, quoiqu'un peu dans la précipitation ; le Japon, la Corée du Sud et la Turquie y sont demeurés plutôt fidèles ; la Suisse et l'Allemagne ont opté pour une attitude plus nuancée ; la Belgique et les Pays-Bas s'y sont en revanche largement opposés, de même que l'ont fait la Tunisie, la Russie, la Lituanie, l'Ukraine et la Bulgarie⁷. Les décisions récentes s'y rapportant ne manquent pas⁸ ; dans les motifs de l'une d'elles, rendue en 2005 par la Cour

de coordination », p. 96 s., p. 241 s., p. 250 s. Le renvoi a fait pour la quatrième fois l'objet d'un examen par l'Institut de droit international à la session de Berlin de 1998 : v. le rapport de K. Lipstein, « La prise en considération du droit international privé étranger », *Ann. IDI*, 1998, p. 15-57, et les délibérations, *ibidem*, p. 91-153.

⁷ Respectivement art. 13 de la « loi de réforme » italienne du 31 mai 1995, art. 4 de l'*EGBGB* allemand de 1986, art. 11 du nouveau *Ho-rei* japonais approuvé en juillet 2005, art. 9 de la loi coréenne sur le droit international privé de 2001, art. 14 de la LDIP helvétique de 1987, art. 16 du Code belge de droit international privé de 2004, art. 35 du Code tunisien de droit international privé de 1999, art. 1190 du Code civil russe de 2002, art. 11.3 du Code civil de Lituanie de 2000, art. 2.4 de la loi ukrainienne sur le droit international privé de 2005, art. 2.3 de la loi turque de droit international privé de 2007. Pour le détail des formules employées par les codifications contemporaines dans les dispositions qu'elles consacrent au renvoi, v. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », *passim* ; M. Sennettag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 44 s. ; K. Lipstein, « La prise en considération », p. 19 s. ; W. Kassir, *Reflexions sur le renvoi*, p. 40 s. Une sélection d'entre elles sera analysée *infra*, Deuxième Partie, Titre I.

⁸ En France : Cass (1^{er} Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, n° 09-11-901, *JCP*, 5 juill. 2010, p. 748, note E. Cornu, « Le renvoi fonctionnel en matière de succession immobilière internationale. Acte 2 : l'unité du for et du jus » ; *Defrénois*, 2010, p. 1805, note P. Callé ; *D.* 2010, p. 2955, note L. D'Avout ; *JCP N* 2010, p. 1308, note A. Devers ; *Clunet*, 2010, n° 4, p. 19, note H. Péroz ; *Rev. crit.*, 2011, p. 53, note B. Ancel (jointe à Cass., 1^{er} Ch. civ., 23 juin 2010, *Ettehadieh*) ; v. ég. l'avis de l'avocat général référendaire, P. Chevalier, « Successions morcelées et renvoi législatif : une nouvelle occasion de simplification saisie par la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 11-12 août 2010, p. 13 – Cass. (1^{er} Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, n° 06-12.140, *Rev. crit.*, 2009, p. 512, note B. Ancel ; *Clunet*, 2009, p. 567, note H. Péroz ; *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *AI*, 562, obs. V. Egéa ; *JCP* 2009.II.10068, note F. Boulanger ; *Actu* 106, obs. E. Cornu ; *AJ fam.*, 2009, p. 356, obs. A. Boiché ; *Dr. et patrimoine*, 2009, n° 107, p. 187, note M.-E. Ancel ; *Defrénois*, 2009, p. 1705, note M.-C. Meyzeaud-Garaud ; *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, comm. 62, note É. Fongaro ; *JCP N*, 2009, p. 1196, note A. Gosselin-Gorand ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 94, p. 14, note D. Sindres ; *D.* 2010, 1585, note P. Courbe ; v. ég. C. Le Gallou, « L'unité successorale ou l'utilité du renvoi dans les successions immobilières internationales », *RLDC*, 2009, p. 45 s. – Cass. (1^{er} Ch. civ.), 20 juin 2006, *Willenstein*, *Rev. crit.*, 2007, p. 383, note B. Ancel ; *Clunet*, 2007, p. 124, note H. Gaudemet-Tallon – Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 sept. 2005, *D.* 2006, n° 25, note F.-X. Morisset ; *Rev. crit.*, 2006, p. 100, note H. Muir Watt – Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit.*, 2000, p. 399, note B. Ancel ; *D.* 2000, p. 539, note F. Boulanger ; *JCP* 2000.II.10443, note Th. Vignal ; *Defrénois*, 2000, p. 1157, note M. Révillard ; *Clunet*, 2001, p. 505, note M. Révillard ; *Droit de la famille*, 2000, n° 70, note É. Fongaro. En Belgique : Cass., 17 oct. 2002, *R.T.D.F.*, 2002, p. 341, note M. Fallon, *Echtscheidingsjournaal*, 2003, p. 2, note M. Traest (arrêt dont on a pu écrire qu'il « a définitivement tranché en faveur de la technique du renvoi » : F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 233) ; Anvers, 27 oct. 1999, *Rev. gén. dr. civ.*, 2002, p. 629, note J. Verlinden ; Liège, 23 janv. 1998, *R.T.D.F.*, 1998, p. 665, note J.-Y. Carlier ; Termonde, 27 juin 1997, *T. Not.*, 1997, p. 410, note F. Bouckaert, *Rev. gén. dr. civ.*, 1998, p. 140, note C. De Busschere. En Allemagne : BGH, 10 mai 2000, *IPRax*, 2002, p. 33, note E. Umbeck (et la contribution de O. Hartweg, *ZvglRWiss.*, 2002, p. 434) ; OLG Nürnberg, 25 avr. 2005, *FamRBint.*, 2006, p. 6, note F. Klinkhammer ; OLG Stuttgart, 4 mars 2005, *FamRZ.*, 2005, p. 1676 ; OLG Stuttgart, 22 nov. 2004, *FamRZ.*, 2005, p. 913 ; OLG Düsseldorf, 9 nov. 2004, *FamRBint.*, 2005, p. 51, note Z. Turan-Schnieders ; OLG Stuttgart, 16 oct. 2002, *FamRZ.*, 2003, p. 1669, *IPRspr.*, 2002, n° 83 ; OLG München, 3 août 2001, *BayOblGZ.*, 2001, p. 203, *IPRspr.*, 2001, n° 111 ; OLG Frankfurt a.M., 24 juin 1999, *NJW*, 2000, p. 1202, note de la rédaction. En Autriche : OGH, 18 mars 1999, 8 Ob 64/99, *ZfRV*, 1999, p. 189. En Espagne, il faut

suprême d'Australie, est peut-être déposée la réflexion prétorienne la plus élaborée jusque-là⁹ ; en France, le langage de l'arrêt *Riley* du 11 février 2009, en dépit de son ambiguïté, incite à y voir les signes avant-coureurs d'une nouvelle étape de l'épopée judiciaire, ultracentenaire et glorieuse, de la question du renvoi¹⁰. Autant de témoignages de l'actualité tenace de celle-ci et du dilemme qu'elle recouvre¹¹.

d'abord signaler les trois grands arrêts rendus par le *Tribunal supremo* : STS, 11 nov. 1996, *Lowenthal*, *R.E.D.I.*, 1997, p. 264, note E. Rodríguez Pineau (v. ég. la note à la décision d'appel de P. Blanco-Morales Limones, « ¿ Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la ley española a la sucesión de un inglés domiciliado en España ? », *RGD*, 1995, p. 11341 s.) ; STS, 21 mai 1999, *John A. Denney*, *Cuad. Civitas Jurispr. civil*, 1999, p. 1125, note M.A. Amores Conradi ; v. ég. les notes de E. Rodríguez Pineau, *R.E.D.I.*, 1999, p. 756 et R. Süss, « Nachlassenschaft und gespaltene Rückverweisung : Die Entscheidung des spanischen Tribunal Supremo vom 21. Mai 1999 », *IPRax*, 2001, p. 488 ; STS, 23 sept. 2002, *François Marie J. W.*, *R.E.D.I.*, 2003, p. 435, note de P. Jimenez Blanco (et les commentaires de J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1699, et I. Lázaro González, *C.C.J.C.*, n. 61, 2003, p. 155) ; quant aux décisions rendues en instance d'appel, v. SAP Asturias, 1 sept. 2005, n. 304/2005, JUR 2005/220269 ; SAP Barcelona, 28 sept. 2004, n. 493/2003, JUR 2004/289919 ; SAP Las Palmas, 28 juin 2004, n. 384/2004, JUR 2004/203300 ; SAP Tarragona, 13 mai 2004, n. 188/2004, JUR 2004/205302 ; SAP Granada, 19 juill. 2004, n. 483/2004, AC 2004/1527 ; SAP Alicante, 10 mars 2003, n. 124/2003, JUR 2003/197311 ; SAP Málaga, 13 mars 2002, n. 117/2002, AC 2002/1287 (*R.E.D.I.*, 2003, p. 424, note de P. Jiménez Blanco) ; SAP Alicante, 7 juill. 2001, n. 294/2001, JUR 2001/236860 ; v. ég. RDGRN, 18 janv. 2005, *R.E.D.I.*, 2005, p. 1023, note I.A. Calvo Vidal. Au Liban, v. Cass. (5^e Ch. civ.), 28 mai 1998, *Philibert*, *Rec. Hatem*, 1999, p. 11 et en Tunisie, Cass. (Ch. civ.), 26 janv. 1999, n° 60562, *Rev. tunis. de droit*, 1999, note N. Gara.

⁹ *Neilson v. Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd.* (2005) HCA 54, du 24 sept. 2005. Les nombreuses contributions parues dans la littérature australienne entre 2004 et 2007 citées *supra*, note 6, tirent toutes leur origine de cette affaire déjà célèbre.

¹⁰ Pour la référence de l'arrêt *Riley*, v. *supra*, note 8.

¹¹ On ajoutera, aux auteurs cités *supra* (note 5), les suivants : K. Roosevelt, « Resolving Renvoi : the Bewitchment of Our Intelligence by Means of Language », 80 *Notre Dame L. Rev.* 1821 (2004-2005), p. 1836 (« the problem still persists ») ; K. Siehr, « Renvoi : A Necessary Evil », p. 206 (« the problems surrounding this phenomenon have not been solved and are still debated ») ; E. Wiltshire, « Renvoi : The Eternal Conflict », p. 49 (« little progress has been made to clarify the situation ») ; E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 101 (pour qui la question du renvoi « sigue estando de rabiosa actualidad »). Il faut relever que le problème intéresse la science parce qu'il intéresse la pratique : « [n]or is renvoi's significance merely theoretical ; the renvoi situation does arise in actual cases » (K. Roosevelt, « Resolving Renvoi », p. 1828) ; dans l'arrêt *Neilson*, Kirby J. a déclaré que la Cour « does not have the luxury of ignoring the issue... [i]t must answer it, addressing at least some of the complexities » (HCA 54, n° 165). L'Académie espagnole du notariat constate que « el problema suscita en la práctica notarial cotidiana en muchos puntos de la geografía española », si bien qu'il « existe una necesidad de reflexión » (M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 185) ; v. ég. M.A. Amores Conradi, note sous STS, 21 mai 1999, *Cuadernos civitas Jurispr. civil*, 1999, p. 1131, pour qui le problème « es susceptible de plantearse en una miríada de casos » et A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 306, qui évoque les risques de responsabilité professionnelle du notaire. Dans sa contribution destinée aux praticiens, E. Wiltshire, « Renvoi : The Eternal Conflict », p. 49, fait état de l'incertitude regrettable dans laquelle est à l'heure actuelle plongé un testateur britannique ayant son domicile ou des biens en Espagne quant à la loi applicable à sa succession ; cf. S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 156. Lors de son activité de consultation, l'*Institut suisse de droit comparé* est souvent confronté aux situations de renvoi (les dossiers y relatifs sont accessibles sur place aux chercheurs). On avouera volontiers que c'est précisément des réponses souvent nuancées qu'il a fallu donner aux particuliers et de l'insatisfaction justifiée ainsi provoquée chez ceux-ci, qu'a pris naissance la réflexion aboutissant à la présente étude.

2. Thèse, antithèse, synthèse. La présente étude s'inscrit dans le mouvement de révision, amorcé depuis quelques années de part et d'autre de l'Atlantique, à l'égard de l'approche traditionnelle du problème¹². Une minorité chaque jour plus fournie d'auteurs dénonce désormais comme insatisfaisante l'alternative, prétendument bipolaire, entre *acceptation* et *refus* du renvoi, tirée à son tour de la dichotomie que traduisent les expressions allemandes *Kollisionsnormverweisung* et *Sachnormverweisung* autour desquelles le débat s'est depuis longtemps implanté¹³. Les formules possèdent, on le sait, leur magie, mais elles peuvent

¹² Dans la littérature américaine, il est de plus en plus question, surtout depuis l'étude de L. Kramer, « Return of the Renvoi », 66 *N.Y.U.L. Rev.* 979 (1991), d'une doctrine du « modern renvoi » (ou d'une « modern view of renvoi »), poursuivie notamment par K. Roosevelt, « Resolving Renvoi » et M. Chait, « Renvoi in Multinational Cases in New York Courts » ; v. déjà J.D. Egnal, « The Essential Role of Modern Renvoi in the Governmental Interest Analysis Approach to Choice of Law », 54 *Temp. L. Q.* 237 (1981).

¹³ B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *Rec. cours*, 1984, t. 186, p. 330 : « L'échec de la problématique classique réside dans la stricte alternative qu'elle pose entre *Sachnormverweisung* et *Gesamtverweisung*, sans place pour des solutions moyennes » ; du même auteur, *Droit international privé*, p. 187 : « la question traditionnelle, savoir si la désignation d'un droit étranger par la règle de conflit porte sur ses seules dispositions de fond ou inclut son droit international privé, est mal posée » ; K. Siehr, « Renvoi : A Necessary Evil », p. 206 : « sometimes a problem could not be solved because it had not been identified properly. The same may have happened to renvoi » ; et l'auteur d'ajouter (p. 212) : « the question is incorrectly formulated ». Pour D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, 1987, p. 245, « le phénomène du renvoi au premier degré est... difficilement explicable... dans la conception bilatéraliste des règles de conflit de lois à cause de la façon dont celle-ci pose le problème auquel ce type de renvoi correspond » ; É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, th. Univ. Bordeaux, 1975, p. 152, taxe la dichotomie traditionnelle d'« [a]lternative vicieuse », car « le problème du renvoi est infiniment moins simple que ne le laissait supposer, dans sa bivalence, la présentation initiale », « les termes du choix qu'il nécessite [ayant] connu une simplification abusive » et cela au niveau tant « quantitatif » que « qualitatif ». Déjà R. Quadri, « Critica del c.d. problema del rinvio », *Giur. comp. d.i.p.*, 1943, repr. in *Studi critici di diritto internazionale privato*, Milano, 1958, vol. I, p. 360 avait considéré que « l'alternativa sulla quale è stato impostato il problema del rinvio è proprio alla base dell'equivoco con il quale la dottrina ha fino ad oggi lavorato » ; cf. P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », *Clunet*, 1924, p. 878 : « [j]e crois que la question dite du renvoi est mal posée ». Pour D. Boden, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Paris 1, t. I, 2002, p. 572-585, les « six cercles vicieux du renvoi » (v. pour la liste, p. 578, note 1171), naissent de l'enchevêtrement des deux thèses bilatéraliste et unilatéraliste, si bien qu'« [a]ussi longtemps que persiste cet enchevêtrement, le renvoi reste un problème, et ceux qui tentent d'y remédier sans s'en prendre à ses racines sont condamnés à commettre des inconséquences, des régressions à l'infini ou des paris précaires ». De façon curieuse, aux États-Unis, K. Roosevelt, « Resolving Renvoi », p. 1887 s. est parvenu à des conclusions très voisines : « the idea that forum law can [determine] the foreign law applicable in those cases in which the *lex fori* does not control » « is mistaken... : it produces the renvoi problem and others » ; encore, p. 1890 : « In the same way that a faulty axiom will produce paradoxes in a logical system, this error creates ripples on the surface of the theory, and renvoi is one of those ». En ce qu'elle confie la résolution du conflit de renvoi à un critère bilatéral, tiers et supérieur aux rattachements en conflit négatif, par exemple à la proximité concrétisée au besoin par des présomptions, et à l'autonomie des parties, la synthèse peut bien aboutir à ce que l'État A, grâce à sa règle de conflit *de renvoi*, désigne en définitive une loi – entre la loi de l'État B désignée par la règle de conflit *de lois* de l'État A et la loi de l'État A désignée par la règle de conflit *de lois* de l'État B – qui est désignée également par l'État B du fait de la règle de conflit *de renvoi* de celui-ci ; et cette « méthode » de solution au problème du renvoi paraît tout aussi compatible avec les deux thèses bilatéraliste et unilatéraliste – et à même de réaliser une « synthèse » entre elles – que l'est l'adoption par l'État A d'une règle de

aussi, par leur magie, ensorceler et entraîner par là une espèce d'aveuglement de l'esprit qui ne disparaîtra que lorsqu'on aura trouvé la force de s'en débarasser.

C'est en nous engageant nous aussi dans un réexamen des tréfonds rationnels du problème que nous avons été incités à tenter de lire l'évolution des idées en la matière à travers le prisme de la fameuse triade qui, selon une puissante philosophie du progrès, constitue le mode d'avancement de l'histoire et de la pensée humaine : la thèse ou « position », l'antithèse ou « opposition », avec les vérités partielles que chacune d'elles recouvre, et enfin la synthèse ou « composition », dont le propre serait de relier ces éléments de vérité partielle en les sublimant en une vérité plus générale¹⁴. La position favorable au renvoi, et les arguments sur lesquels elle s'appuie, mériteraient alors d'être qualifiés de *thèse* ; l'attitude hostile au renvoi, et les contre-arguments qu'elle oppose à la thèse, formeraient l'*antithèse* ou, justement, l'*opposition*. C'est depuis quelque temps déjà que les produits de l'esprit que sont la thèse et l'antithèse semblent bien avoir atteint chacun leur point d'achèvement. La conscience est d'ailleurs aujourd'hui passablement répandue que les limites propres à la thèse et à l'antithèse, dont un siècle d'affinement a révélé la nature congénitale, empêcheront désormais l'esprit de réaliser, en prenant appui sur l'une ou l'autre, toute progression ultérieure. Voilà qui suggère qu'à un tel stade de l'évolution de la pensée sur le renvoi et d'ailleurs avant peut-être qu'elle ne sombre dans un processus d'involution, l'heure pourrait bien être à la tentative d'une *synthèse*¹⁵ : c'est-à-dire un aménagement tel que les arguments dont se réclament la thèse et l'antithèse, lavés des insuffisances que chacune reproche à juste titre à l'autre, peuvent tous y trouver leur place en ce qu'ils ont de pertinent et de constructif¹⁶.

conflit de lois désignant la loi d'un État B dont la règle de conflit de lois est identique à celle de l'État A et identiquement interprétée et donc désigne elle aussi la loi l'État B.

¹⁴ L'inspiration vient de haut : dans le récit qu'il nous a livré de la « Genèse historique de la théorie des conflits de lois », Henri Batiffol (*Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1949, n° 213) se sert de l'ordonnance hégélienne : v. P. Gothot, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 346-347.

¹⁵ Cf. les formules audacieuses employées par M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, « Succession law and renvoi », p. 987 (« reconstructing renvoi anew »), K. Roosevelt, « Resolving Renvoi », p. 1869 s. (« revising renvoi ») et M. Chait, « Renvoi in Multinational Cases in New York Courts », p. 162 s. (« redefining its role ») ; cf. ég. K. Siehr, « Renvoi : A Necessary Evil », p. 206 s. (« Renvoi reconsidered ») et R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 1 s. (« renewal of renvoi »). Cf. ég. D. Bureau / H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. I, Paris, 2007, p. 501, qui, à propos du renvoi, invite à « une relecture de sa place et de sa signification au sein de la théorie générale des conflits de lois ».

¹⁶ Cf. L. Raape, « Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht », *NJW*, 1959, p. 1014 : « So ganz unrichtig kann weder der eine noch der andere Standpunkt sein. Die Wahrheit liegt in der Mitte ». Cf. ég. M. Fallon, « Une consolidation de la technique du renvoi par la Cour de cassation : la bonne voie ? », note sous Cass. (Belgique), 17 oct. 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 347 s. : après avoir avancé que « l'avenir du renvoi semble résider... dans une technique correctrice, à laquelle le législateur du for aurait recours pour appuyer une politique qui lui est propre », l'auteur précise qu'« [e]ncore faut-il admettre que les termes théoriques même d'une telle formule restent à définir ».

Puisant sa source dans ce que l'on dénomme communément – avec les précisions que l'on dira – « bilatéralisme », lui-même jaillissant des racines premières du phénomène juridique, la synthèse commande de doter la règle sur le renvoi d'une forme tout aussi *bilatérale* que celle des règles de conflit étatiques qui le provoquent. Aussi est-ce à forger une *règle bilatérale de conflit de renvoi* qu'elle astreint. Quant à la substance du critère bilatéral de solution du conflit de renvoi à retenir, on s'interrogera notamment sur la possibilité de mobiliser les principes qu'il est convenu d'appeler *autonomie de la volonté*, d'une part, et *proximité*, d'autre part¹⁷. L'évolution du droit international privé contemporain incline tout État à solliciter chaque jour davantage ces principes pour trancher entre deux (ou plusieurs) rattachements significatifs. Il est permis de se demander si la force de cette avancée « irrésistible »¹⁸ de l'autonomie et de la proximité ne serait pas susceptible d'encourager un État en conflit de renvoi à y avoir recours pour se tirer également de l'indécision dans laquelle le plongent les situations génératrices de celui-ci, elles aussi l'incitant en substance au choix entre deux lois significativement rattachées¹⁹. Bien des auteurs ont, plus ou moins lucidement, abouti à recommander une telle solution – notamment en scrutant les applications potentielles de la proximité – sans pouvoir cependant s'attarder à en explorer les retombées sur la dialectique traditionnelle entre les deux doctrines antagonistes ou à en mesurer, y compris rétrospectivement, la positivité²⁰. Voilà qui est propre à justifier une contribution de plus

¹⁷ Le terme « proximité » employé dans cette étude désigne essentiellement la proximité que nous avons qualifiée « à l'état pur », consistant à renvoyer l'interprète à la recherche du rattachement le plus significatif *in concreto* (T. Ballarino / G.P. Romano, « Le principe de proximité chez P. Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 42 ; cf. N. Watté / C. Barbé, « Le nouveau droit international privé belge – Étude critique des fondements des règles de conflit de lois », *Clunet*, 2006, p. 859). V. *infra*, n° 131 s., 159 s.

¹⁸ Ce qualificatif est emprunté à A. Von Overbeck, qui se référerait, il est vrai, à la seule autonomie (« L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé », *Hommage F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 619 s.).

¹⁹ Sur ce que le « principe d'autonomie » peut – même ailleurs que dans le domaine des contrats – être le « complément rationnel du principe de proximité », v. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Rec. cours*, 1986, t. 196, p. 64 ; cf. N. Watté / C. Barbé, « Le nouveau droit international privé belge », p. 900, pour qui « [l]a volonté des parties constitue... un complément nécessaire de la proximité » ; cf. ég. W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit.*, 1990, p. 666.

²⁰ I. Schwander, « Einige Gedanken zum Renvoi », *Liber amicorum A. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 414 et 418 ; M. Aguilar Benítez de Lugo / F.J. Zamora Cabot, « Anotaciones a los recientes textos centroeuropeos de derecho internacional », *R.E.D.I.*, 1980, p. 105 ; C. Dubler, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, p. 119 ; G.A.L. Droz, « Regards sur le droit international privé comparé », *Rec. cours*, 1991, t. 229, p. 351 ; G. Goldstein / E. Groffier, *Droit international privé*, t. I, Cowansville, 1998, p. 83 ; E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 130 ; M. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 271-272 et p. 281 ; cf. ég. K. Siehr, « Renvoi : A Necessary Evil », p. 208 ; B. Luger, « Die Gesamtverweisung und das Günstigkeitsprinzip », p. 184 ; L. Chedly, « Le rejet inopiné », p. 229 ; J.-Y. Carlier, « Le renvoi fonctionnel au service de l'adoption internationale », note sous Civ. Liège (3^e ch.), 23 janv. 1998 et 27 mars 1998, *Rev. tr. dr. fam.*, 1998, p. 672 s. ; F.-X. Morisset, « Le renvoi de proximité », note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 sept. 2005, *D.* 2006, p. 1728. En examinant la proposition de L.B. Sohn fondée sur « une considération cumulative des rattachements de l'espèce » (« New Bases for Solution of Conflict of Laws Pro-

sur un sujet si disputé et excuse par avance – est-il donné d’espérer – ce que l’entreprise peut avoir d’outrecuidant.

3. Hypothèse de travail. Quelques précisions aideront à délimiter le champ d’investigation qui sera le nôtre. C’est pour l’essentiel le renvoi au *premier degré* (*rinvio indietro*, *Rückverweisung*, *reenvío de retorno*, *remission*) qui nous retiendra, au point que le terme « renvoi », à défaut d’autres indications, se rapportera ici à cette seule figure. L’attention prépondérante que nous y avons portée s’appuie sur un triple constat. D’abord, c’est le type de conflit de renvoi qui se présente le plus fréquemment en pratique. Ensuite, l’appréciation de la pertinence de la thèse et de l’antithèse est plus évidente lorsqu’elle y est cantonnée. Enfin et surtout, une synthèse élaborée à partir du renvoi au premier degré est susceptible de rejaillir sur les situations de renvoi au deuxième degré ou « nième » degré (*rinvio oltre*, *Weiterverweisung*, *reenvío de secundo grado*, *transmission*) qui posent problème. Et de fait de deux choses l’une : ou bien le renvoi au deuxième ou « nième » degré est *accepté* par l’État bénéficiaire de la deuxième ou « nième » désignation, auquel cas il n’y a alors aucun *renvoi* au sens propre du terme, c’est-à-dire aucune désignation *croisée* ou *réciproque*, mais un simple jeu de deux ou plusieurs *envois* : dès la découverte de cette figure de renvoi, les arguments de la thèse et de l’antithèse trouvent, d’après le sentiment pratiquement unanime, leur synthèse dans l’application de la « nième » loi acceptant sa désignation ; ou bien l’État placé en bout de chaîne *renvoie* à un des États « envoyants » : le segment de la chaîne englobant le jeu de désignations croisées ou réciproques, auquel seule convient l’appellation de « renvoi », est alors réductible à une situation de renvoi au premier degré et de ce fait justiciable du même traitement²¹.

En second lieu, on s’occupera pour l’essentiel du renvoi pouvant être qualifié de « classique », c’est-à-dire de celui que provoque la rencontre de deux règles de conflit à rattachement *unique prédéterminé*, dites savigniennes²², dont

blems », 55 *Harv. L.R.* 978, 1941-1942), Ph. Francescakis avait affirmé que « cette ‘mise en balance’ des rattachements exprime probablement une possibilité de solution des conflits de systèmes vers laquelle l’esprit tend à se porter tout naturellement » (*La théorie du renvoi*, p. 166-167) mais ne l’explora pas plus avant en raison de la « relative incertitude de droit qu[’elle] créerait ». Puisque cet inconvenient n’a pas empêché le principe de proximité à l’état pur de se répandre, tant comme clause spéciale que comme clause générale d’exception, l’objection tirée de l’imprévisibilité mérite d’être examinée à nouveaux frais. La volonté et les prévisions raisonnables des parties figurent parmi les critères proposés aux États-Unis, sous la forme de « canons d’interprétation » (*canons of construction*), par L. Kramer (« Return of the Renvoi », p. 1021 et surtout « Rethinking Choice of Law », 90 *Colum. L. Rev.* 277 (1990), p. 329 et 336) afin, entre autres, de trancher le conflit de renvoi.

²¹ En ce sens déjà E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », 31 *Harv. L. Rev.* 523 (1917-1918), p. 527 ; cf. J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., Tübingen, 2004, p. 161. V. *infra*, n° 126 s.

²² Cf. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 163, « le jeu du renvoi suppose que la question de droit soumise au juge entre dans le domaine d’application d’une règle de conflit véritable, retenant un critère de rattachement unique ».

la conviction est répandue qu'elles demeurent la majorité²³. Le renvoi peut certes être déclenché par le heurt de deux règles de conflit à la structure différente, notamment une règle à rattachement *unique* et une règle à rattachements *multiples*, et ce quel que soit le facteur utilisé par cette dernière pour départager les rattachements qu'elle retient – facteur de nature inévitablement, au sens large, matérielle : autonomie des parties ou promotion d'un certain résultat ; il peut enfin aussi naître, du moins en théorie, de l'affrontement de deux règles à rattachements multiples. Si l'on évoquera à point nommé ces situations « modernes » de renvoi, ce ne sera que pour déduire de la solution qu'on incline à y donner, y compris législativement, un élément de positivité de la synthèse, laquelle aura été élaborée à partir des situations de renvoi classique. Il n'est cependant pas exclu qu'une telle synthèse, et notamment le soubassement rationnel qu'on y aura dégagé, puissent inversement prêter à la solution tenue pour applicable aux conflits de renvoi engageant une règle à rattachements multiples un fondement plus solide et convaincant que celui qu'on avance communément.

En troisième lieu, on aura à l'esprit les seules relations interindividuelles dont la naissance résulte directement des actes ou faits des justiciables ou des événements qui les impliquent, sans que soit nécessaire l'entremise des autorités étatiques. L'intervention de celles-ci revêt à l'égard de ces relations une triple nature : elle est *éventuelle*, non pas *nécessaire* ; elle est de type *déclaratif*, puisqu'elle vise à établir la teneur des droits et obligations supposés déjà existants, et non *constitutif* ; elle a lieu dans l'exercice de la juridiction *contentieuse*, c'est-à-dire dans le cadre d'un *conflit de prétentions* avancées par deux (ou plusieurs) personnes privées, et non, au sens large, *gracieuse*, ce qui supposerait un accord entre elles quant à la demande à former devant l'autorité, accord qui, précisément, dans ce domaine, leur épargnerait la nécessité de la saisir. C'est d'ailleurs parce qu'elle statue sur un conflit de prétentions que l'autorité susceptible d'être saisie d'une situation *ex lege* est essentiellement *judiciaire* et que l'acte par lequel elle tranche prend la forme d'une décision de justice et non pas d'un acte public non décisionnel ou non juridictionnel²⁴.

²³ P. Picone, « Méthodes de coordination », p. 35.

²⁴ Une fraction importante des questions touchant ce qu'on appelle généralement le *statut personnel*, spécialement les conditions d'accès à un nouvel état civil, tel celui d'époux, de partenaire, de divorcé, de parent ou d'enfant adoptif, est ainsi exclue de notre champ d'investigation. Le concours d'une autorité est *nécessaire* à l'établissement de tels statuts ; l'activité qu'elle y déploie est par là même de type largement *constitutif* et peut s'exercer, et c'est souvent le cas, dans un contexte *non contentieux* – l'on songe à la célébration du mariage ou à l'enregistrement d'un partenariat, mais aussi au prononcé d'un divorce consensuel ; l'autorité peut dès lors être de type *non judiciaire* et l'acte qu'elle établit peut être un acte *non juridictionnel*. Retrancher de l'enquête un tel domaine peut paraître, sinon arbitraire, du moins surprenant. Ce parti s'explique par le fait que le droit international privé semble bien avoir évolué, dans ces domaines, lorsque c'est de la constitution de l'état civil dans un État qu'il s'agit, vers une application quasi-généralisée de la loi de cet État et, quand il s'agit de son efficacité dans un autre État, vers l'adoption de celle qu'il est convenu d'appeler la « méthode de la reconnaissance » (P. Lagarde dir., *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013). Dans un cas comme dans l'autre, la règle de conflit à rattachement

On supposera, en quatrième lieu, que l'espèce soit telle que les trois conditions supplémentaires suivantes soient réunies : tout autant l'État A que l'État B, ce dernier étant désigné par la règle de conflit de l'État A et désignant à son tour la loi de l'État A, attribuent l'un et l'autre la compétence *directe* à leurs juges ; chacun d'entre eux accepte en tant que chef de compétence *indirecte* le chef de compétence *directe* retenu par l'autre ; aucun ne se refuse à reconnaître la décision que les juges de l'autre auront rendue du seul fait de la divergence des rattachements consacrés par leurs règles de conflit. La première condition est, sinon pratiquement toujours, du moins très souvent réalisée s'agissant du renvoi au premier degré : le simple fait du renvoi illustre que la relation inter-individuelle qu'il frappe est significativement rattachée à chacun des deux États impliqués ; il n'est dès lors pas étonnant que ce lien fort soit tenu par chaque État pour suffisant afin d'y asseoir la compétence de ses autorités. La seconde condition est elle aussi, et à plus forte raison, remplie dans la quasi-totalité des situations de renvoi. Car si renvoi il y a, c'est que chacun des deux États A et B considère que l'État avec lequel l'affaire présente le rattachement le plus significatif est l'autre, si bien qu'il est assez raisonnable qu'il le reconnaisse *a fortiori* comme – en tout cas concurremment – fondé à en donner un règlement judiciaire²⁵. La troisième condition est réunie dans la mesure de l'absence, dans les systèmes de reconnaissance propres à chacun des États concernés, du contrôle de conformité au règlement du conflit de lois de l'État requis. La constatation est souvent faite que ce contrôle n'est pas ou plus pratiqué en tant que tel dans la quasi-totalité des systèmes²⁶. Quoiqu'il en soit de

unique est écartée. Il se peut d'ailleurs que cette double tendance soit plus ancienne qu'il n'y paraît de prime abord. L'explication qu'elle nous a paru appeler (« La bilatéralité éclipsée par l'autorité – Développements récents en matière d'états des personnes », *Rev. crit.*, 2006, p. 456 s. ; « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in P. Lagarde dir., *La reconnaissance des situations*, p. 185) est celle-là même qui justifie la recherche d'une synthèse entre thèse et antithèse en matière de renvoi.

²⁵ Un tel résultat est atteint soit parce que chacun des deux États retient les deux contacts comme chefs de compétence directe et adopte au stade de la reconnaissance le principe de la *bilatéralité* ou *Spiegelbindlichkeit*, soit parce que chacun des deux ou l'un d'entre eux se réclame du principe, plus souple, du « lien caractérisé », condition qui est d'autant plus certainement réalisée que, de son point de vue, l'autre État est précisément celui avec lequel la relation interindividuelle présente le rattachement le plus significatif.

²⁶ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 150 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 184 ; A. Bucher, « Le for de raisonnement », *Liber amicorum G.A.L. Droz*, The Hague (etc.), 1996, p. 43-44 (v. du même auteur, « La famille en droit international privé », p. 51) ; D. Boden, *L'ordre public*, p. 575, note 1170 ; M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 134-135 et p. 140 (qui se réfère au § 328 Abs. 1 Nr. 3 ZPO) ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », *Jurisl. dr. int.*, Fasc. 532-1, 1993, n° 103 ; cf. M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, « Succession law and renvoi », p. 990 et J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 231 s. ; v. déjà Th. Niemeyer, *Vorschläge u. Materialien zur Kodifikation des IPR*, Leipzig, 1895, p. 83 (cf. les doutes émis par D. Anzilotti, « La questione del rinvio ed i conflitti fra le disposizioni legislative di diritto internazionale privato », *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, p. 355). En France, l'arrêt *Cornelissen* (Cass. 1^{er} Ch. civ., 20 févr. 2007) semble bien avoir renoncé au contrôle en question (sur la portée d'une telle renonciation, v. B. Ancel / H. Muir Watt, « Le jugement étranger et le conflits de lois : chronique d'une séparation », *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 133).

l'étendue réelle de cette disparition, une telle absence peut être d'autant plus raisonnablement tenue pour sûre dans les situations de renvoi qu'il n'est point nécessaire ici que l'État requis renonce à tout contrôle de la loi appliquée : il suffit que le fait que l'État de la décision ait mis en œuvre sa propre loi, par acceptation du renvoi, ou, en le récusant, la loi de l'État requis, ne constitue pas en soi un obstacle à l'accueil par celui-ci de la décision émanant de celui-là. Puisque les deux lois en présence – la loi de l'État de la décision et la loi de l'État requis – sont, par hypothèse, la première, désignée par la règle de conflit de l'État requis et, la seconde, désignée par la règle de conflit de l'État de la décision auquel fait référence la règle de conflit de l'État requis, ces deux lois peuvent en définitive être ramenées toutes deux au règlement de conflit de l'État requis. On peut dès lors sans difficulté présumer que la reconnaissance chez lui ne sera pas empêchée du fait que le juge de l'État d'origine a statué sur le fondement de l'une ou de l'autre²⁷.

On imaginera enfin que les lois des États A et B soient, quant au contenu matériel des règles pertinentes, tout à la fois raisonnablement *accessibles* et significativement *différentes* et notamment – et en simplifiant un peu un point sur lequel nous reviendrons – que la mise en œuvre de la loi A déboucherait sur un faisceau de droits subjectifs et obligations autre que le faisceau de droits subjectifs et obligations qu'induirait la mise en œuvre de la loi B²⁸. Aussi, dans l'hypothèse que l'on se donne, les parties sont, indépendamment de la saisine d'un juge, de l'État A ou de l'État B, à même de prévoir la teneur de la décision qui serait prononcée sur le fondement de la loi A *si elles pouvaient raisonnablement prévoir que le juge appliquerait la loi A*, tout autant qu'elles sont à même de prévoir la teneur de la décision qui serait prononcée sur le fondement de la loi B *si elles pouvaient raisonnablement prévoir que le juge saisi appliquerait la loi B*. Il s'ensuit que les protagonistes de notre hypothèse, dès lors qu'ils sont mis en position de savoir avec une certitude suffisante que c'est la loi A ou bien la loi B qui régit la relation interindividuelle qu'ils ont nouée – ce qui suppose qu'ils puissent savoir qu'un juge, qu'il soit de A ou de B, s'il est saisi, retiendrait cette loi et écarterait l'autre – n'ont pas de raison de le saisir *effectivement* afin

²⁷ Cf. la recommandation en ce sens adoptée par l'Institut de droit international, le 19 septembre 1987, Session du Caire, *Ann. IDI*, 1987, p. 177. Il est intéressant de constater qu'au moins dans certains pays, tels que l'Angleterre, le contrôle de la loi appliquée semble avoir commencé à s'effacer précisément dans les situations où l'État de la décision dont la loi était désignée par la règle de conflit de l'État de la reconnaissance désignait une loi autre que la sienne – celle de l'État de la reconnaissance ou une loi tierce : *Armitage v. Attorney General*, [1906] P. 135 ; E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », p. 559 s. Cf. D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 352 s.

²⁸ On peut qualifier de « significative » la différence quant au résultat de l'application des lois A et B lorsqu'aux yeux d'une personne raisonnable, elle est d'une étendue telle que la saisine d'un juge se justifie économiquement dans la mesure où il s'agit du seul moyen pour surmonter l'incertitude. Cf. J. Raz, *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford, 2009, p. 193, à propos du conflit *interne* entre deux lois lorsque le résultat de l'application de chacune au cas concret est clair (« the verdict of the each rule on the case is clear »), mais que l'on ignore laquelle sera appliquée car on ignore la règle de conflit (interne) de lois qui les départage (« lacking an appropriate conflict-resolving rule »).

de connaître les droits et obligations résultant dans leur sphère juridique d'une telle relation ; c'est-à-dire qu'à partir du moment où il devient pour eux suffisamment sûr que leur relation est régie par la loi A ou qu'elle est régie par la loi B, toute incertitude, et par conséquent toute matière potentiellement contentieuse et toute incitation au procès, disparaît²⁹.

4. Successions et délits. Le domaine du droit vers lequel pointe l'ensemble de ces préalables est celui des *successions*, qui « a servi – et ce n'est pas un hasard – à la fois de banc d'essai et de terrain d'élection à la doctrine du renvoi »³⁰. Tout d'abord, les règles de conflit traditionnelles, bien qu'en recul – en raison notamment de la pénétration des règles à rattachements doubles ou triples remettant au *de cuius* la sélection ultime de la loi applicable – sont ici encore fort répandues. Ensuite, la divergence des rattachements qu'elles retiennent – nationalité, domicile ou résidence habituelle du *de cuius* et lieu de situation des biens, notamment immeubles – ne semble pas avoir lâché prise depuis les origines du problème. En troisième lieu, tous ces liens, ou deux d'entre eux au moins, sont souvent utilisés par chaque pays afin d'y asseoir la compétence de ses juges ; lorsqu'ils ne sont pas tous acceptés par lui en tant que chefs de compétence indirecte, celui que leur règle de conflit érige en facteur de rattachement l'est assez systématiquement, et cela suffit. En quatrième lieu, les droits et obligations naissent en la matière, ou en tout cas se cristallisent, du fait du décès du *de cuius* ; si l'on néglige les opérations d'administration, au sens large, de la succession et, le cas échéant, de partage, l'intervention des autorités a lieu afin d'établir la teneur de ces droits et de ces obligations lorsqu'il existe un désaccord entre les intéressés : évoluant dans un cadre *contentieux*, elle revêt une nature *éventuelle* et *déclarative*. Enfin, les disparités entre les lois substantielles ne sont pas prêtes de s'amenuiser dans un domaine où les efforts de rapprochement sont quasi-absents ; aussi n'est-il pas rare, pour prendre l'exemple peut-être le plus éclatant, que des deux lois en conflit de renvoi, la loi A ouvre au *de cuius* une liberté quasi-totale de laisser ses biens à qui il veut et valide de ce fait entièrement les dispositions testamentaires qu'il aurait prises au profit de personnes qui ne sont pas membres de sa famille, tandis que la loi B prévoit une réserve héréditaire à l'avantage de certains de ses proches, ce qui réduit à proportion l'efficacité de ses dernières volontés³¹.

Les traits de l'hypothèse de travail que nous nous sommes donnée se laissent également discerner dans un grand nombre de situations de renvoi met-

²⁹ Cela suppose qu'il soit possible pour les parties concernées de se procurer aisément la connaissance des rattachements retenus par les règles de conflit de A et B et d'identifier où ils se concrétisent en l'espèce, c'est-à-dire qu'elles soient à même d'établir avec une certitude suffisante avant tout procès que la règle de conflit de l'État A désigne la loi de B et la règle de conflit de l'État B la loi de A.

³⁰ P. Lagarde, « Succession », *Rép. Intern. Dalloz*, 2^e éd., Paris, 1998, n° 52 s.

³¹ Pour des considérations semblables, ainsi que pour un aperçu des disparités évoquées et de bien d'autres en ce domaine, v. A. Bonomi, « Successions internationales : conflits de lois et conflits de juridictions », *Rec. cours*, t. 350 (2010), p. 71 s.

tant en cause d'autres divisions du droit. On aura, dans cette étude, privilégié, à côté des successions, la matière de la responsabilité *délictuelle* : si la doctrine est depuis longtemps hésitante sur la meilleure manière de gérer le conflit de renvoi qui s'y produit, la jurisprudence, certes moins abondante que sur le terrain des successions mais non point négligeable, culmine avec l'arrêt *Neilson*, qui compte parmi les plus retentissants, tous pays et toutes matières confondus³².

5. Doctrine et théorie. Il s'agira, dans un premier temps, de présenter les composantes de la triade : la thèse ou « position », favorable au renvoi, l'antithèse ou « opposition », prônant son refus, et enfin la synthèse ou « composition », dont l'objectif est de tenter de ménager une place à l'une et à l'autre, et qui sera initialement appréhendée en tant que proposition doctrinale. Dans un second temps, le propos sera en revanche *constatif*³³ : en se focalisant sur la seule synthèse et notamment sur la forme bilatérale qu'elle prescrit de donner à la règle chargée du conflit de renvoi et sur les principes d'autonomie et de proximité qu'elle pourrait utilement convoquer pour lui donner substance, on se demandera dans quelle mesure une telle forme et de tels principes se réclament déjà du droit positif, d'origine législative mais surtout jurisprudentielle. Se voulant donc tout à la fois de droit *prospectif* et de recherche en droit *positif* – cette dernière ayant pour principal matériel d'observation une jurisprudence fournie couvrant plus d'un siècle, ce qui lui confère une allure *rétrospective* –, ce travail s'intéresse à la prétendue synthèse, d'abord, en tant que *doctrine* visant à faire admettre une certaine solution au problème du renvoi ; il s'y intéresse ensuite en tant que *théorie* se donnant pour capable d'expliquer ce qui se fait déjà, et s'est fait dans un passé toujours vivant, en droit positif³⁴.

³² Sur l'affaire *Neilson*, v. *infra*, n° 417 s.

³³ Rapp., à propos de cette terminologie, Ph. Francescakis, c.r. de B. Ancel, *Le conflit de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1976, *Rev. crit.*, 1978, p. 805 s., et in Ph. Francescakis, *La pensée des autres en droit international privé*, Thessalonique, 1985, p. 379 s.

³⁴ Pour la distinction entre *doctrine* et *théorie*, v. P. Gothot, « La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats », *RDIPP*, 1979, p. 5 s. et, y compris pour un relevé des autres significations que peut prendre l'expression « théorie juridique », D. Boden, *L'ordre public*, p. 505 s.

Première Partie

Thèse, antithèse et recherche d'une synthèse

6. Édification progressive de la thèse et de l'antithèse. On mettra d'abord en parallèle la thèse et l'antithèse (Titre I). L'une et l'autre ont été édifiées progressivement à travers les vicissitudes dues aux conditions historiques particulières dans lesquelles ont pu se réaliser les étapes successives de cette construction parallèle. Ce sont moins les apports individuels à cette œuvre que l'œuvre elle-même, scrutée dans ce qu'elle a d'objectif et de global, qui nous retiendront. C'est pourquoi on aura, à quelques exceptions près, renoncé à indiquer, dans le corps du texte, les personnalités qui y ont, par ailleurs pour la plupart de façon notoire, le plus contribué³⁵. Sans bien sûr remettre en cause le rôle que joue dans l'histoire des idées, y compris celle du droit, l'œuvre pionnière accomplie par certains esprits³⁶, la pensée humaine peut être suivie dans son développement toujours laborieux, souvent sinueux, et présentée dans sa vivante et captivante richesse, sans pour autant la rattacher à tel ou tel penseur. Toute idée, une fois émise, se détache de celui qui l'a formulée le premier et qui, à son tour, en tenait au moins des fragments de ses prédécesseurs, pour mener désormais une vie propre, objective, en vertu d'un principe immanent de développement et d'autoréflexion, et s'intégrer en quelque sorte à l'esprit collectif. Elle peut être dès lors alimentée et affinée par d'autres esprits, tout véritable progrès étant, ici comme ailleurs, le « fruit des labeurs de générations »³⁷. Aussi, pour peu que l'on possède un certain sens de l'histoire, on comprendra que la synthèse proposée à partir des principes d'autonomie et de proximité – objet du second volet de cette première partie de l'étude – ne peut représenter qu'une ébauche de composition (Titre II).

³⁵ Ce qui, sinon excuse, du moins explique l'extension qu'ont prise certaines notes.

³⁶ À propos de l'histoire du renvoi, v. le constat de Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 97, selon lequel « la discussion abandonne parfois brusquement le passé pour s'agglutiner en quelque sorte autour d'un travail récent lequel fait ainsi, dirait-on, le relais de l'argument d'autorité, toujours présent dans l'évolution du droit ». C'est d'ailleurs précisément la destinée que devait connaître son grand livre, ainsi que le prophétisait déjà J. Maury dans le compte rendu – « modèle du genre » (ainsi P. Gothot, « Phocion Francescakis et 'La pensée des autres' », *Rev. crit.*, 1987, p. 711) – qu'il lui consacra à la *Revue critique* (1959, p. 608).

³⁷ G. Sperduti, *Evoluzione storica e diritto internazionale privato*, Padova, 1970, p. 2.

Titre I

Thèse et antithèse

7. Processus dialectique. Il convient d'abord de présenter brièvement les arguments nourrissant respectivement la thèse, qui préconise l'admission du renvoi, et l'antithèse, qui en recommande le refus (Section I). Il s'agit ensuite de mesurer la part de pertinence et celle d'insuffisance revenant à chacun des arguments ainsi échangés (Section II). On précisera d'emblée que c'est bien la thèse qui a initié un tel processus dialectique, un tel mouvement de critique créatrice : la responsabilité qu'elle avait prise de s'écarter de la solution tenue, sinon pour acquise, du moins pour naturelle – on y reviendra –, l'a mise en demeure de se justifier. C'est à elle en effet que, dirait-on d'un mot, incombait le fardeau de la preuve. La position occupée par l'antithèse a été, dès le départ, plus confortable : à l'instar d'une défenderesse, elle a dû, pour s'accréditer, moins rendre positivement compte d'elle-même que nier la réalité des bienfaits promis par l'idée antagoniste et, en général, mettre le doigt sur ce qu'avaient d'incohérent ou fallacieux les arguments tour à tour invoqués par celle-ci. L'impuissance de ces arguments à gagner l'adhésion de l'esprit tournait naturellement au profit de l'antithèse. En s'arcboutant sur les insuffisances qu'elles se sont mutuellement reprochées, la thèse et l'antithèse ont pu progresser et franchir des niveaux de maturité et de prise de conscience de soi toujours plus élevés. De tels griefs paraissent dès lors, du moins retrospectivement, avoir fourni à chacune autant d'encouragements à rendre compte d'elle-même de manière toujours plus riche et rationnelle.

Section I : Énoncé de la thèse et de l'antithèse

8. Présentation tripartite. En reprenant une distinction ayant fait date, la thèse invoque à son avantage pour l'essentiel trois arguments, que l'on peut qualifier de *logique*, de *juridique* et de *pratique*³⁸ (§ 1). L'antithèse s'oppose à la thèse sur chacun de ces trois fronts (§ 2). Si, en raison de la valeur pédagogique qui s'y attache et en hommage à la tradition prestigieuse qui l'a mise au point, nous avons retenu une telle classification tripartite, nous n'avons pas hésité à

³⁸ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 95 s. ; cf. E.M. Meijers, « La question du renvoi », *Bull. Inst. Jur. Int.*, 1938, p. 197, note 1.

montrer la part de relativité qu’elle comporte, ces trois arguments s’enchevêtrant parfois jusqu’à se confondre³⁹.

§ 1. La thèse ou position

9. Argumentation de la thèse. L’argument *logique* – ou fondé sur la *nature* de la règle de conflit – consiste en ce que la désignation de la loi étrangère effectuée par la règle de conflit du for porterait sur l’intégralité de cette loi, y compris ses règles de conflit. Il faut dès lors tenir compte de la règle de conflit étrangère renvoyant à la loi du for, puisque c’est la nature de cette désignation qui l’exige. L’argument *juridique* tient au *respect* du droit étranger envisagé dans la globalité de ses éléments, parmi lesquels figure le domaine d’application qu’assigne à ses règles matérielles le législateur qui l’édicte (ou son substitut prétorien). Deux justifications sont avancées. D’après la première, historiquement plus ancienne, l’application d’une règle étrangère à l’encontre de la volonté de l’État qui l’édicte reviendrait à violer sa souveraineté ; la désignation de la loi étrangère ne peut être, ainsi conçue, qu’une « offre » que le législateur du for adresse à l’État étranger, non une injonction. D’après la seconde, dès lors que l’on donne efficacité à une règle étrangère en dehors du champ d’application que lui assigne l’État qui l’édicte, on applique autre chose que cette règle. L’argument *pratique* tire sa force, d’une part, de l’harmonie des solutions, qui serait favorisée par l’admission du renvoi, davantage en tout cas que par son refus ; il insiste, d’autre part, sur ce qu’une telle admission multiplie les cas d’application de la loi du for, ce qui est tenu pour un avantage, la loi du for étant d’application plus aisée pour le juge.

§ 2. L’antithèse ou opposition

10. Argumentation de l’antithèse. L’antithèse récuse chacun de ces trois arguments. L’argument *logique* est pour elle intenable puisque, si la désignation opérée par la règle de conflit du for vise également la règle de conflit de l’État étranger, la référence que la règle de conflit étrangère fait à la loi du for se doit elle aussi d’embrasser la règle de conflit du for, ce qui provoquerait le fameux cercle inextricable. L’argument *juridique* n’emporte pas non plus la conviction. D’une part, la souveraineté n’a pas de place en matière de conflit de lois, car les intérêts privés sont seuls en cause. D’autre part, il n’y a aucune nécessité à ce que la loi étrangère ne soit appliquée que dans le domaine d’efficacité qu’elle réclame, l’indivisibilité du droit matériel et du droit international privé étranger ne répondant à aucun impératif auquel le for serait soumis ; et d’ailleurs, il est peu désirable que, dans le but de respecter le champ d’application que s’assigne le droit étranger, le for aboutisse à négliger les limites de ce-

³⁹ Cf. J. Maury, c.r. de Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 605.

lui qu'il fixe à sa propre loi. Enfin, le for, s'il accepte le renvoi, abandonne à l'État étranger une décision qu'il est censé prendre lui-même, celle de désigner la loi applicable au rapport interindividuel soumis à ses autorités : l'appréciation de la proximité que reflète la règle de conflit du for serait contrecarrée par le renvoi, puisque celui-ci conduit le for à retenir une loi dont il estime qu'elle n'est pas la plus appropriée. L'argument *pratique* n'est pas davantage persuasif : d'une part, l'acceptation du renvoi ne parvient pas à l'harmonie davantage que son refus ; d'autre part, on ne peut accorder de mérite à l'application augmentée de loi du for : au contraire, le renvoi, en ce qu'il nantit la loi du for d'un domaine d'efficacité plus important que celui qu'il reconnaît à la loi étrangère, se détourne du principe d'*égalité* entre la loi du for et la loi étrangère dont s'inspire pourtant chacune des règles classiques génératrices du renvoi.

Tâchons à présent de mesurer la part de vérité que renferment la thèse et l'antithèse.

Section II : Pertinence et insuffisance des thèse et antithèse

11. Plan. On examinera la pertinence et l'insuffisance propres à chacun des arguments et contre-arguments qui viennent d'être présentés schématiquement – *logique*, d'abord (§ 1), *juridique* ensuite (§ 2), *pratique* enfin (§ 3) – en les envisageant dans la place qu'ils occupent à l'intérieur du dialogue critique qui s'est ainsi noué. On se permettra d'ajouter, ici et là, à l'un et l'autre édifice patiemment érigé, quelques retouches, dernières conséquences non encore clairement explicitées des prémisses qui en servent de fondement.

§ 1. L'argument logique ou fondé sur la nature de la règle de conflit

12. Désignation matérielle ou conflictuelle. L'application de la loi du for aux situations de renvoi⁴⁰ a pu être expliquée par ceci que la désignation opérée par la règle de conflit du for recouvrerait également la règle de conflit étrangère. C'est là la notion de désignation *conflictuelle* (*Kollisionsnormverweisung*) que la thèse a opposée à la désignation *matérielle* (*Sachnormverweisung*)⁴¹. On a vu le grief émis par l'antithèse : pourquoi, si la désignation à laquelle procède la règle de conflit du for est « globale », celle qu'effectue la règle de conflit étrangère ne le serait-elle pas elle aussi⁴² ? L'écueil logique que traduisent les

⁴⁰ Au premier degré, le seul qui nous intéresse pour l'instant. V. *supra*, n° 3.

⁴¹ V. p. ex. Paris (1^e Ch.), *Kilford*, 17 févr. 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 870. Sur cette affaire, v. *infra*, n° 247.

⁴² L. von Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl., Hannover, 1889, Band I, p. 280, note 45 (c'est l'auteur qui a, semble-t-il, le premier parlé de *circulus inextricabilis*) ; F. Kahn, « Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts », *Abhandlungen zum IPR*, Band I, München, 1928, p. 20 ; G.C. Buzzati, *Il rinvio nel diritto internazionale privato*, Milano,

images célèbres du cabinet de miroirs ou de la partie de tennis interminable⁴³ conduit à réfuter un postulat auquel on doit de toute façon déroger pour y échapper⁴⁴.

Il faut reconnaître, à la fois, le bien-fondé de cette critique et sa limite, très tôt relevée par l'antithèse. Si la règle de conflit du for englobe par sa nature la désignation de la règle de conflit étrangère, il semble impossible de ne pas reconnaître à la désignation effectuée par celle-ci une nature, et par là une portée, identiques⁴⁵. On discerne mal comment cette nature et cette portée peu-

1898, p. 77 ; G.C. Buzzati / A. Lainé, « Des conflits entre les dispositions législatives de droit international privé – Rapport », *Ann. IDI*, 1898, p. 25 ; E. Lorenzen, « The Renvoi Theory and the Application of Foreign Law », 10 *Colum. L. Rev.* 190 (1910), p. 197-198. En jurisprudence, *Reichsgericht*, 31 mai 1889, *RGZ*, t. 24, p. 326 (peut-être sous l'influence de L. von Bar, dont le maître ouvrage fut publié la même année) ; *Haumschild v. Continental Casualty Co.*, 7 Wis.2d 130, 95 N.W.2d 814 (1959) ; TGI Seine, 21 juin 1969, *D.* 1970, p. 780, note J. Prévault ; *Gaz. Pal.*, 1970 I, p. 138, *Clunet*, 1970, p. 723, obs. R. Dayant. Sur cette dernière affaire, v. *infra*, n° 395.

⁴³ Pour une liste d'autres métaphores ou descriptions célèbres, v. D. Boden, *L'ordre public*, p. 580 s. et K. Siehr, « Renvoi : A Necessary Evil », p. 202. On y ajoutera l'image du carrousel ou « merry-go-round » parfois évoquée par des auteurs américains et, surtout, celle de « Alphonse & Gaston », *gentlemen* d'origine française protagonistes d'une bande dessinée américaine du début du XX^e siècle, connus pour leur courtoisie excessive conduisant chacun à se refuser à franchir le seuil d'une porte avant l'autre (« After you, Alphonse », « No, you first, my dear Gaston ! ») : v. E. Griswold, « Renvoi revisited », 51 *Harv. L. Rev.* 1165 (1937-1938), p. 1169 et L. Kramer, « Return of the Renvoi », p. 1034. De manière plus érudite, M. Wolff (*Private International Law*, Oxford, 1945, p. 203) cite un épisode tiré d'une vieille comédie allemande, *Die deutschen Kleinstädter*, de A.F. Kotzebue, dont il fournit le résumé que voici : « some over-polite provincials stand before an open door bowing and inviting each other to take precedence – until the curtain falls, and when the curtain rises for the next act they are still standing in the same place ». Cf. ég. F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Rec. cours*, 1989, t. 213, p. 147 : « À certains moments, la courtoisie commande de faire céder son propre code de politesse devant la conception que l'autre entend fait prévaloir » ; rapp. la « Vortrittsstheorie » d'A. Schnitzer, « Der Renvoi », *Schw.JZ*, 1973, p. 213 s., p. 215 et *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4. Aufl., Band I, Basel, 1957, p. 212 s.

⁴⁴ Dans la doctrine américaine, la « endless chain » ou « endless oscillation » a été souvent tenue pour rédhitoire : E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1182 s. ; D.E. Seidelson, « The Americanization of Renvoi », 7 *Duq. L. Rev.* 201 (1968-1969), p. 202 qui cite le passage suivant tiré de la « majority opinion » de *Haumschild v. Continental Casualty Co.*, 7 Wis.2d 130, 95 N.W.2d 814 (1959) : « The reason why the authorities on conflict of laws almost universally reject the renvoi doctrine... is that it is likely to result in the court pursuing a course equivalent to a never ending circle ». Dans l'affaire *Neilson*, la Cour d'appel (*Full Court*) a tenu cet argument pour décisif : *Mercantile Mutual Insurance Ltd v. Neilson* (2004), 28 WAR 206, p. 216 (v. *infra*, n° 425) ; v. également l'opinion « dissidente » de McHugh dans la décision de la *High Court*, (2005) HCA 54, n° 43 : « if... the *lex causae* applies a doctrine of total renvoi to its choice of law rule, then the *lex fori*'s own commitment to total renvoi will require the forum court to embark down the long road to nowhere ». On a pu même soutenir qu'en retenant la loi du for, on méconnaît la prémisse de la « Gesamtverweisung » en s'enfermant dans une contradiction : P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl., Tübingen, 1976, p. 269, selon lequel le fait de « stopper » au profit du for le cercle potentiellement infini « widerspricht dem Prinzip der Gesamtverweisung » (argument repris par J. Kropholler, *IPR*, p. 162-163) ; G. Maridakis, « Introduction au droit international privé », *Rec. cours*, 1962, t. 105, p. 435 ; cf. É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 147.

⁴⁵ G.C. Buzzati / A. Lainé, « Rapport », p. 25 ; E. Lorenzen, « The Renvoi Theory », p. 198 ; J. Perroud, note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Soulié, Clunet*, 1910, p. 890 (« comment interpréter ces termes : loi américaine, loi française ? Sous peine de contradiction, il faut adopter pour les deux références au droit étranger une seule et même interprétation ») ; cf. ég. E. Audinet, note sous le

vent varier selon qu'est en cause la règle du for ou la règle étrangère. Certes, on a pu professer du côté de la thèse que ce n'est pas parce que la désignation opérée par sa règle de conflit est de type conflictuel que le for *doit* considérer que l'est également celle qu'effectue la règle de conflit étrangère : le for peut bien tenir celle-ci pour matérielle *à ses fins*, notamment en vue d'échapper au cercle vicieux⁴⁶. L'antithèse peut néanmoins objecter que si le for est libre d'*attribuer* à la désignation étrangère un caractère matériel, on voit mal pourquoi il ne lui serait pas loisible dans la poursuite du même dessein de l'*attribuer également* à sa règle de conflit. Cela extirperait au surplus le cercle vicieux de sa racine même. Ce ne peut donc pas être le caractère conflictuel de la désignation, prétendument *préexistant* et *inhérent à la nature* de celle-ci, qui commande au for d'accepter le renvoi⁴⁷.

La désignation matérielle, prônée par l'antithèse, s'imposerait-elle donc *naturellement* par la force des choses, ne serait-ce que faute de mieux⁴⁸ ? La thèse s'y insurge car une telle désignation laisse précisément subsister le conflit à la

même arrêt (*Soulié*), S. 1910.1.105 et le juge E.G. Winthrop *in re Tallmadge*, 109 Misc. 696, 181 N.Y.S. 336 (1919), p. 709. Plus récemment, F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 241 soulignent à quel point il est illogique que la « technique du renvoi, telle qu'elle est pratiquée, ne s'évade d'un cercle vicieux que par une divergence d'interprétation entre les fonctions respectives de la règle étrangère de rattachement et de la règle du for correspondante » (cf. déjà F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles », p. 146). Pour D. Boden, *L'ordre public*, p. 576, « dans chaque cas, l'on ne sort du cercle vicieux qu'en soutenant, avec inconséquence, que l'une des désignations (la première ou la dernière, en général), est une désignation de substance ».

⁴⁶ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, réimpr. Paris 2002, p. 289 ; Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 100-101 ; J.-F. Aubert, « Une révision du droit international privé : la *théorie du renvoi* de M. Francescakis », *A.S.D.I.*, 1958, p. 187 s. ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 37, note 102 ; rappr. M. Sonntag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 101 et E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1177 ; cf. déjà E. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, Band I, Leipzig, 1897, p. 241.

⁴⁷ Pour F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 22, le renvoi est « der Natur der Gesetzesnormen über internationale Privatrecht widerstrebend ». Nombre d'auteurs se tirent d'affaire en affirmant qu'en tout état de cause, il faut bien mettre un terme à cet « échange » des « deux systèmes qui se renvoient la balle » : B. Audit, *D.i.p.*, p. 183 ; L. Raape / F. Sturm, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., Band I, München, 1977, p. 174 ; A. Schnitzer, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, p. 212 ; rappr. P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 28 ; E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1191. Des deux choses l'une : soit on reconnaît que ce n'est pas la nature de la règle de conflit qui appelle une application « globale » de la loi désignée, mais que c'est pour des « motifs utilitaires » qu'à la fois on *interprète* la règle du for comme se référant à la règle de conflit étrangère et celle-ci comme se référant à la règle matérielle du for (cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 88 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 183, L. Raape / F. Sturm, *Internationales Privatrecht*, p. 174) – ce qui oblige à s'expliquer sur ces « motifs utilitaires » ; soit on admet que l'acceptation du renvoi n'est pas plus conforme à la nature de la règle de conflit étrangère que l'application de la loi matérielle étrangère ne l'est à la nature de la règle de conflit du for. Dans un cas comme dans l'autre, il est impossible de justifier l'acceptation du renvoi par le respect de la nature, ainsi entendue, de la règle de conflit. On comprend donc que F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 241, concluent à l'« incompatibilité de la technique du renvoi avec la nature même de la règle de conflit de lois ».

⁴⁸ Cf. G.C. Cheshire, *Private International Law*, 3rd ed., Oxford, 1947, p. 65. Rappr. E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », p. 535 et p. 553 pour qui « the arguments in its favor have been indicated in a negative way in the elimination of the other alternatives » (p. 537).

suppression duquel une telle désignation semble être *naturellement* ordonnée⁴⁹. Faut-il dès lors se résigner au constat que ni la thèse ni l’antithèse ne peuvent en définitive se réclamer de la vraie nature de la règle de conflit et de la référence à la loi étrangère qu’elle opère ?⁵⁰

13. Règlement subsidiaire. Dans le but d’esquiver le cercle vicieux tout en continuant à invoquer à son avantage la nature de la désignation, la thèse a pu évoluer vers l’idée selon laquelle ce n’est pas en vertu de la (seule) règle de conflit étrangère que le for applique sa loi, mais bien (aussi) d’une *règle de conflit subsidiaire* du for⁵¹. Il n’y a dès lors pas de véritable *Kollisionsnormverweisung*, car la désignation opérée par la règle de conflit du for n’intéresserait, de par sa nature, que la branche « introverse » de la règle de conflit étrangère, celle qui fixe les limites du domaine d’application de la loi étrangère. Cette explication recherche un compromis entre l’idée de la désignation conflictuelle et celle de la désignation matérielle : la règle de conflit porte naturellement sur la loi matérielle étrangère mais à la condition que la règle de conflit étrangère la désigne de son côté. Puisque c’est à la prise en compte par le for de la branche « extroverse » de cette dernière – celle qui désigne une loi étrangère, ici du for

⁴⁹ Cf. E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1180, pour qui « rejecting renvoi... seems almost inevitably to result in the very sort of conflict which the conflict of laws is in part designed to prevent » ; rapp. N. Bentwich, *The Law of Domicile in Its Relation to Succession and the Doctrine of Renvoi*, London, 1911, p. 182.

⁵⁰ Cf. récemment, R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 710 : « [e]s ist aber keine aus der Natur der Kollisionsnorm logisch beantwortbare Frage. *Logisch* sind Sachnorm- und Kollisionsnormverweisung gleichwertig » (italique de l’auteur) ; É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 148, conclut, à la fois, à « [l’]impossibilité d’une référence globale » (p. 148-150) et à « [l’]impossibilité d’une référence matérielle » (p. 150-152) ; cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 70 : « en termes logiques, le renvoi est un problème insoluble » ; cf. ég. F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, th. Paris I, 1995, p. 371, pour qui le renvoi au premier degré « n’a jamais été totalement lavé du soupçon de cercle vicieux » et Q. Alfonsín, *Teoría del Derecho privado internacional*, Montevideo, 1955, p. 463, pour qui « ninguna de las dos alternativas... es necesaria » ; rapp. P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 199.

⁵¹ Les origines de l’essentiel de cette théorie remontent à J. Westlake, *Ann. IDI*, 1900, p. 35 s. (cf. déjà *Ann. IDI*, 1898, p. 31 s. ; rapp. A. Colin, note sous Pau, 2 juin 1906, *Knowles, D.P.* 1907.2.1 ; cf. N. Bentwich, *The Law of Domicile*, p. 184). On sait qu’il revient à P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », le mérite de lui avoir donné forme (v. aussi *Précis de droit international privé*, 4^e éd., Paris, 1946, p. 295 s.). Ce qui est peut-être moins connu, c’est que R. Quadri (« Critica del c.d. problema del rinvio », p. 361) est parvenu tout seul à une conclusion identique : la « sola conclusione ammissibile e che appare strano come sia fino ad oggi sfuggita alla dottrina » (Quadri ignorait évidemment l’intuition de Lerebours) est que « [n]on potendo, ad esempio, funzionare il criterio di collegamento dato dalla cittadinanza, dovrà ricercarsi un *criterio di collegamento sussidiario*, sia esso costituito dal domicilio, dalla residenza, ecc. » (c’est nous qui soulignons) ; K. Siehr, « Renvoi : A Necessary Evil », p. 208, attribue la paternité de l’idée de résoudre le renvoi par des « subsidiary choice of law-rules » à l’auteur italien. W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1980, vol. I, p. 206 s. a tenu cette idée – qualifiée par lui de « bedingte Zuweisung » – pour utile. Très voisine est la position de I. Schwander, « Einige Gedanken zum Renvoi », pour qui la situation de renvoi appelle une *Sonderanknüpfung* (cf. A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 132). Il est enfin piquant de relever sous la plume de P. Picone, « Méthodes de coordination », p. 48, note 53 que « le conflit négatif demande en soi la recherche de critères de rattachement subsidiaires ».

du raisonnement – que revient la responsabilité du cercle vicieux, la thèse ainsi aménagée, en négligeant cette branche, semble bien le surmonter⁵².

L'antithèse peut objecter qu'à y regarder de près, cette variante engendre une nouvelle asymétrie car la règle de conflit du for est mise en œuvre dans ses deux branches, introverse ou unilatérale et extroverse ou bilatérale, tandis que la règle de conflit étrangère ne l'est que dans la seule branche introverse⁵³. Si seule la branche désignant la loi du for compte s'agissant de la règle de conflit étrangère, ce n'est qu'au prix d'une inconséquence qu'on admettrait l'opérativité de la branche de la règle de conflit du for qui désigne une loi étrangère, point de départ du raisonnement pourtant accepté par la thèse et l'antithèse et à défaut duquel elles se trouveraient en effet l'une et l'autre évidemment ébranlées⁵⁴ : « sans envoi point de renvoi »⁵⁵. En adhérant à un tel aménagement de la thèse, le for s'interdirait au surplus de prendre en compte un éventuel renvoi au deuxième (ou nième) degré et le cas échéant d'en recueillir les bienfaits, notamment lorsque ce renvoi est accepté par le pays bénéficiaire de la seconde (ou nième) désignation : ce n'est que s'il appréhende la règle de conflit étrangère dans sa portion extroverse également que le for peut légitimement se transporter dans un ordre juridique autre que celui vers lequel pointe sa règle de conflit⁵⁶. Enfin, cette variante de la thèse ne parvient pas encore à expliquer pourquoi la nature de la désignation exigerait que la mise en œuvre de la loi étrangère soit conditionnée à ce que l'État étranger la tienne pour compétente de son côté et, surtout, quelles sont les modalités du règlement subsidiaire dont il est question⁵⁷. Le débat s'en trouve ainsi déplacé sur le terrain des arguments juridique et pratique⁵⁸.

⁵² Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 100 ; P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971, p. 209 s. ; É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 145 et 218 ; D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, p. 245 ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 11 et 48 ; Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.i.p.*, p. 211 s. ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 181 s. ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 7.

⁵³ Rappr. É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 150 et p. 219.

⁵⁴ Si l'on se résout à supprimer la branche bilatérale de la règle de conflit, on bascule dans l'unilatéralisme : cf. K. Roosevelt, « Resolving Renvoi », *passim*.

⁵⁵ B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 476.

⁵⁶ C'est ce que certains reprochent à la théorie du règlement subsidiaire : É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 213 (et littérature citée à la note 2) ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 58 et Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 70 (ce dernier notamment à propos de la théorie de J.-P. Niboyet). Cf. ég. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 100 et Y. Loussouarn, « L'œuvre de Paul Lerebours-Pigeonnière », *Clunet*, 1954, p. 888, pour qui cependant la suppression de la « compli-cation du renvoi à plusieurs degrés » serait un avantage.

⁵⁷ Pour ce constat, v. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 51.

⁵⁸ Un courant doctrinal ancien, mais qui compte d'importants partisans aujourd'hui, a essayé de montrer que certains rattachements expriment plutôt, de par leur *nature*, une *Sachnormverweisung* et d'autres une *Kollisionsnormverweisung*. C'est la théorie de la « hiérarchisation des rattachements », notamment entre la loi nationale et la loi du domicile, d'une part, et, d'autre part, notamment en matière de successions, entre une loi personnelle et la *lex rei sitae*. Selon une telle idée, lorsque le conflit de renvoi met en cause l'État du domicile qui désigne la loi nationale et l'État de la nationalité qui désigne la loi du domicile, l'État du domicile devrait accepter le renvoi et appliquer sa propre

loi matérielle alors que l'État national devrait refuser le renvoi et appliquer la loi matérielle de l'État du domicile. En faveur d'une telle hiérarchisation, v. déjà P. Fiore, « Du conflit entre les dispositions législatives de droit international privé », *Clunet*, 1901, p. 424 s., p. 681 s. ; E. Frankenstein, *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, Band I, Berlin, 1926, p. 502 ; P.H. Neuhaus, note sous in *Re Duke of Wellington, RabelsZ.*, 1949, p. 149 s., p. 164 s. ; Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 103 s. et 163 s. ; E. Rabel, *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, 2nd ed., Ann Arbor, 1958, p. 46 et p. 83 et, plus près de nous, A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 155 et 160 ; K. Siehr, « Die Beerbung von Schweizer Bürgern mit letztem Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland », *Mélanges P. Piotet*, Bern, 1990, p. 531 s., p. 548 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 188 ; cf. E. Wiltshire, « Renvoi : The Eternal Conflict », p. 63. Cette idée représente peut-être la première tentative de synthèse entre la thèse et l'antithèse. La Convention de la Haye pour régler les conflits de lois entre la loi nationale et la loi du domicile ouverte à la signature le 15 juin 1955 – dont on a fait l'apologie récemment : E. Wiltshire, « Renvoi : The Eternal Conflict », p. 63 – reposait sur un fondement semblable (v. sur une telle Convention, *infra*, n° 172). Seulement, la consécration en jurisprudence du renvoi de la loi du domicile à la loi nationale – plus ancienne même que le renvoi de celle-ci à celle-là : cf. *Collier v. Rivaz* (1841) 163 ER 608 et OAG Lübeck, 21 mars 1861, *Seuffert's Archiv*, n° 107 – empêche de fonder cette hiérarchisation sur la nature des règles de conflit en question (cf. déjà W. Wengler, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *RabelsZ.*, 1934, p. 191 s. : « solange sie nicht nachweist, welche Anknüpfungen anders zu bewerten sind und warum... sie bleibt in ihrer gegenwärtiger Form ein zweckloser Einbau in das System des Kollisionsrecht »). Il est intéressant de mettre en regard l'idée qu'avait suggérée à Ph. Francescakis l'analyse de la jurisprudence française – acceptation du renvoi fait de la loi nationale étrangère à la loi du domicile du for, mais non de la loi étrangère du domicile à la loi nationale du for – et la conclusion, opposée, tirée par G.C. Cheshire, *Private International Law*, p. 126, de l'examen de la jurisprudence anglaise, dont pouvait pour lui s'inférer l'acceptation du renvoi fait par la loi du domicile étrangère à la loi nationale du for, mais non dans d'autres hypothèses (« where the connecting factor – entendre : de la règle de conflit du for – is something other than domicile, there is no suggestion in the authorities that the Private International Law of the relevant foreign system should be administered » : v. sur ces décisions anglaises ayant majoritairement mis en œuvre la loi anglaise et américaine de la nationalité, *infra*, n° 290 s.). Le défaut de positivité de l'idée d'une hiérarchisation des rattachements est souligné par M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 108 s. ; cf. ég. H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. I, 8^e éd., Paris, 1993, p. 507 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 163 ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 45 et n° 140. Ph. Francescakis, « Renvoi », *Rép. dr. int. Dalloz*, Paris, 1968-1969, n° 46 a lui-même reconnu que l'interprétation qu'il avait donné de certains arrêts de la jurisprudence française était douteuse (cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 37). Il est au surplus assez paradoxal qu'à la loi nationale, tenue, dans l'aménagement originaire de l'idée, pour hiérarchiquement supérieure – une sorte de « rattachement primaire » : E. Frankenstein, *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, p. 502 s. – soit réservé un champ d'application moins étendu qu'à la loi du rattachement secondaire du domicile. Plus réaliste est B. Audit, *D.i.p.*, p. 188, qui en substance justifie l'application augmentée de la loi du domicile à laquelle aboutit une telle hiérarchisation en en appelant à la plus grande légitimité intrinsèque dont le domicile peut se réclamer à ses yeux : le « souci d'effectivité et de réalisme conduit à faire prévaloir la seconde sur la première » ; cf. A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 155 ; K. Siehr, « Die Beerbung », p. 548. Ces auteurs trahissent de la sorte leur préférence pour le domicile (ainsi ouvertement A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 162). Cela nous conduit à l'objection que l'antithèse peut adresser à cet aménagement de la thèse : on voit mal pourquoi l'on pourrait raisonnablement exiger d'un État qui estime que la nationalité est le rattachement le plus significatif, donc plus que le domicile, qu'il accepte de lui préférer ce dernier – ne serait-ce que dans les cas de renvoi –, car cela reviendrait à exiger qu'il se contredise : rapp. J. Maury, « Règles générales », p. 543 ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 45-46 et note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 27 janv. 1969, *Rev. crit.*, 1969, p. 710 s., p. 716 ; L. Kramer, « Return of the Renvoi », p. 992 ; cf. G. Maridakis, « Le renvoi en droit international privé, rapport définitif », *Ann. IDI*, 1957, p. 1 s., p. 41. Sur ce que « le choix de la loi nationale ou de la loi du domicile... n'emporte, par lui-même, aucune conséquence obligatoire quant au rejet ou à l'admission du renvoi », v. M. Nizard, *Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel*, Paris, 1968, p. 140-141, cité par L. Chedly, « Le rejet inopiné », p. 311, pour qui il s'agit d'une position doctrinale « presque unanime » (l'auteur cite cependant la doctrine divergente de B. Audit : *ibidem*, note 100). L'Institut de droit international a d'ailleurs renoncé à proposer la supériorité de l'un critère sur

§ 2. L'argument juridique : de l'argument du respect à l'argument de l'abandon

14. Argument double. La thèse s'appuie sur le respect dû au système étranger désigné par le for (A). L'antithèse ne se contente pas de remettre en cause l'utilité de ce respect et l'aptitude de la thèse à l'assurer ; en procédant à une espèce de démarche reconventionnelle, elle soutient de surcroît que l'adhésion à la thèse entraîne un abandon injustifié à une souveraineté ou, en tout cas, à une règle de conflit étrangère (B).

A – Argument du respect du droit étranger avancé par la thèse

15. Énoncé de l'argument. Le for – avance la thèse – en acceptant le renvoi, porterait davantage respect à l'État étranger en tant qu'entité souveraine⁵⁹.

l'autre : Y. Loussouarn, « La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé », *Rapport définitif et projet de résolution*, *Ann. IDI*, 1987, p. 295 s., 329, 333-334 et les adhésions de H. Batiffol, p. 354-355, F. Capotorti, p. 356, J.A. Carillo-Salcedo, p. 360, P. Gannagé, p. 361-362, R. Graveson, p. 372 et A. Philip, p. 374-375. Sur ce que les « nombreuses tentatives mises en œuvre de tout temps par la doctrine d'arrêter sur papier une hiérarchie de rattachements... se sont heurtées à des difficultés infranchissables », v. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 205. Voisine à celle de la hiérarchisation des rattachements est l'idée d'une « hiérarchisation des chefs de compétence judiciaire », suggérée en Europe par F. Eckstein, « Die Frage des anzuwendenden Kollisionsrechts », *RabelsZ*, 1934, p. 136-140 ; Ph. Franciscakis, *La théorie du renvoi*, p. 107, l'a perçue au fondement de la « foreign-court theory » ; P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 161, l'a trouvée « juste en elle-même » ; K. Siehr, « Coordination of Legal Systems in Private International Law », *Essays P. Nygh*, The Hague (etc.), 2004, p. 325 s., p. 334, semble y adhérer ; rapp. A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 154 s., qui insiste sur le « caractère subsidiaire » de la compétence fondée sur la nationalité. Aux États-Unis, avec une énergie particulière, v. E.W. Briggs, « Renvoi in the Succession of Tangibles : A False Issue Based on Faulty Analysis », 64 *Yale L. J.* 195 (1954-1955) ; du même auteur « Utility of the Jurisdictional Principle in A Policy-Centered Conflict of Laws », 6 *Vand. L. Rev.* 667 (1952-1953). Pas plus que la précédente, cette « hiérarchisation » ne saurait s'autoriser de la « nature des choses » et est propre à attiser les mêmes querelles que celles qu'elle est censée apaiser : v. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 195, qui observe qu'« une hiérarchie des chefs de compétence judiciaire agréée internationalement n'existe pas, puisque la valeur et l'importance respective des critères utilisables en la matière sont appréciées par les États de manière discordante » ; v. ég. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 33, G. Maridakis, « Rapport », p. 41, P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 162 », R. Sfeir, *Aspects contemporains du renvoi*, p. 447 s. et aux États-Unis, L. Kramer, « Return of the Renvoi », p. 979, note 46 ainsi que A. T. Von Mehren, « The Renvoi and Its Relation to Various Approaches to the Choice-of-Law Problem », *Essays H.E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 380 s., p. 386, note 3. En effet, en matière de succession mobilière, la compétence « primaire » reviendrait, selon E.W. Briggs (« Utility of the Jurisdictional Principle », p. 668), au lieu de situation des biens, pour K. Siehr (« Coordination of Legal Systems in Private International Law », p. 334), au lieu du domicile, solution qui d'après P. Lagarde (« Le principe de proximité », p. 162) peut être « controversée, certains États accordant une place prépondérante au juge national ».

⁵⁹ L. von Bar, *Ann. DIP*, 1898, p. 41 ; du même auteur « Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht », *BöhmsZ*, 1897, p. 177 s. ; rapp. A.A. Ehrenzweig, *Private International Law – A Comparative Treatise on American International Conflicts Law*, Leyden, 1967, n° 60-63 ; cf. H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 499 qui voient dans l'arrêt *Soulié* « l'idée... que le renvoi respecte la souveraineté étrangère en tenant compte des limites qu'elle même lui apporte », bien qu'ils ajoutent aussitôt que « la suppression du conflit de souverainetés ne supprime pas tout conflit de lois ».

Point n'est ici besoin de s'aventurer sur le terrain délicat – foyer d'autres non moins déchirantes controverses – du rôle revenant à la souveraineté en matière de loi applicable⁶⁰. C'est, en effet, le respect qu'il convient de vouer au droit étranger en tant que système qui a fini par l'emporter dans l'argumentation de la thèse⁶¹ : le *domaine d'application* de la loi étrangère que lui forge la règle de conflit étrangère serait un élément essentiel et inséparable du contenu matériel de cette loi⁶². Contre cette idée, l'antithèse s'est, là encore, vigoureusement inscrite en faux : d'une part, l'indissociabilité des deux éléments de la règle de droit, matériel et spatial, n'est pas démontrée et elle est même démentie par la positivité des règles bilatérales⁶³. D'autre part, en appliquant sa propre loi à la relation interindividuelle frappée du conflit de renvoi, le for aboutit avant tout à manquer de respect envers sa propre règle de conflit en ce que précisément celle-ci exclut la relation privée dont il est question du champ d'application de la loi du for⁶⁴. Il s'agit là encore de prendre conscience de la part de vérité sous-jacente aux deux philosophies antagonistes.

16. Opportunité de respecter le « spatial ». Il est communément admis aujourd'hui qu'il n'est pas interdit à un législateur étatique de combiner deux éléments normatifs d'origine différente, en empruntant notamment le contenu rationnel d'une règle étrangère tout en l'assortissant d'un domaine d'application qui est indépendant et le cas échéant différent de celui que lui a fixé son législateur d'origine⁶⁵. En se livrant à pareille dissociation, le for n'empiète sur au-

⁶⁰ Dont il faut constater une certaine résurgence, car la souveraineté fonderait, selon une vue autorisée, un certain nombre de règles de conflit, et même précisément celles qui donnent le plus souvent lieu au conflit de renvoi, comme celles qui adoptent comme rattachement la nationalité, le lieu de passation des actes et le lieu de situation des biens (P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 49).

⁶¹ A. Schnitzer, « Der Renvoi », p. 215 ; cf. ég. *Handbuch des internationalen Privatrechts*, p. 212. Selon J. Maury, « Règles générales », p. 526, le respect de l'ordre juridique étranger traduit « l'idée qui est à la base de toutes les théories du renvoi ».

⁶² En ce sens, p. ex., le comte de Vareilles-Sommières, *Synthèse du droit international privé*, t. II, Paris, 1897, p. 97-98 ; J. Westlake, *Ann. IDI*, 1900, p. 164 s. ; P. Lepaulle, « Nature et méthode du droit international privé », *Clunet*, 1936, p. 286 ; cf. H. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois*, Paris, 1905, p. 600.

⁶³ H. Lewald, « La théorie du renvoi », *Rec. cours*, 1929, t. 29, p. 597 : « l'indivisibilité prétendue du droit privé et des règles de conflit n'existe pas » ; P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », p. 882 : « il est faux d'affirmer l'indivisibilité inéluctable des lois internes et des règles du droit international privé d'un pays au regard d'un tribunal d'un autre pays » ; cf. déjà F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 204 et E. Lorenzen, « The Renvoi Theory », p. 203.

⁶⁴ P. Bate, *Notes on the doctrine of renvoi in private international law*, London, 1904, p. 103 et 106.

⁶⁵ Tout à fait explicite est R. De Nova dans sa correspondance avec A. Pilenko, publiée in *Dir. int.*, 1959, p. 199-200 : « [n]on vedo perché (giuridicamente) una norma non possa essere *costruita* da un sistema giuridico anche mediante elementi tratti da altri sistemi giuridici. La *lex fori* costruisce la propria norma... per conto proprio e come le pare, anche attingendo al 'materiale normativo' presente in altri diritti e manipolandolo, se occorre » (italique de l'auteur). En ce sens, v. ég. H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 498 ; F. Rigaux / M. Fallon, *D.I.p.*, p. 242 ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 37, note 102 ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 70 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 24 ; M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 104 ; G. Mäsch, « Renvoi – Plädoyer », p. 285 ; P. Lalive, « Tendances et méthodes en droit inter-

cune souveraineté étrangère, pas plus qu'il ne méconnaît une règle, notamment du droit des gens, à laquelle il doit obéissance : n'est-ce pas ce à quoi aboutit en substance tout législateur qui se résout à importer dans son droit une solution législative étrangère et à en imposer l'observation à la communauté étatique dont il a la charge, en lui forgeant ainsi un domaine d'application distinct et nouveau⁶⁶ ? C'est là, la vérité de l'antithèse. Il ne s'agit cependant que d'une demi-vérité puisque le constat qu'il est loisible au for de négliger le domaine d'application dont la loi étrangère désignée est assortie dans l'État qui l'édicte ne suffit pas à justifier que le for s'en désintéresse effectivement. C'est sur le terrain de l'*opportunité* ou bien, a-t-on dit, de la *rationalité* – de la *Zweckrationalität*, pourrait-on préciser – que la thèse invite à situer la confrontation⁶⁷.

La conviction est au demeurant de nos jours répandue selon laquelle, à l'égard des relations privées internationales qui, à l'instar de celles qui sont frappées par un conflit de renvoi, présentent un contact significatif avec son milieu, un État *peut* déclarer applicable sa propre loi puisqu'aucun impératif extérieur, tiré notamment du droit des gens, ne l'en empêche⁶⁸. Aussi bien, il serait paradoxal que l'on nie à l'État A du for la *possibilité* de scinder la règle matérielle de l'État B de la règle de conflit de ce dernier et de ne tenir compte à ses fins que de la première en écartant la seconde, alors même qu'on lui reconnaît la liberté de négliger l'une et l'autre en appliquant sans autre sa propre loi. Mais puisque l'État A préfère retenir la loi de l'État B à l'égard de certaines des situations auxquelles il aurait pourtant toute latitude, au sens précisé, d'appliquer la sienne, force est de conclure que l'État A estime que l'application de la loi de l'État B est plus conforme à la justice qu'il veut poursuivre pour son propre compte. Il est permis d'étendre ce raisonnement à la règle de B fixant le domaine d'application de la loi de B et de se demander, une fois admise la liberté de l'État A de ne pas tenir compte de cette règle et donc de ce domaine,

national privé », *Rec. cours*, 1977, t. 155, p. 273 ; A.A. Ehrenzweig, *Private International Law*, p. 143.

⁶⁶ Rapp. J.-F. Aubert, « Une révision du d.i.p. », p. 209 et M. Wolff, *Private International Law*, p. 200 (qui cite la réception du Code civil suisse en Turquie : « Switzerland was pleased, not shocked, by the Turkish adoption of the Swiss civil code »).

⁶⁷ J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 70 et n° 123 ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 37, note 102 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 161 ; L. Chedly, « Le rejet inopiné », p. 309-310 ; H. Donnedieu de Vabres, « De l'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive des conflits de lois », *Clunet*, 1905, p. 1239. Rapp. Neilson (2005), HCA 54, n° 98, où les juges Gummrow et Hayne, dans leur « joint opinion », se demandent bien « why should choice of law be premised upon the results of imposing on a foreign legal system a division which that foreign system may not make ? ».

⁶⁸ P. de Vareilles Sommières, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Paris, 1997, *passim*, et les conclusions à p. 280 s., et les cours de F.A. Mann, « The Doctrine of Jurisdiction », *Rec. cours*, 1964, t. 111, p. 1 s. et « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years », *Rec. cours*, 1984, t. 179, p. 9 s. ; v. ég. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 570.

s'il est conforme à la justice visée par l'État A qu'il ne les respecte effectivement pas⁶⁹.

Or, la thèse suggère que l'observation d'un tel domaine *peut précisément mieux servir cette justice que sa méconnaissance*⁷⁰. Dans la mesure où l'on discerne une telle justice en l'uniformité de solutions – on y reviendra – il est, non seulement sans doute plausible, mais proprement *nécessaire*⁷¹ de l'avancer, car la poursuite de cette uniformité passe, de gré ou de force, par l'observation de ce domaine. Et de fait, vérifier que l'espèce pour laquelle la règle de conflit de l'État A désigne la loi de l'État B est incluse dans le domaine d'application que lui fixe B, revient à s'assurer que B l'applique à son tour. Dès lors que la relation privée en cause y échappe, c'est nécessairement que l'État B tient pour applicable une autre loi. Si l'État A persiste à retenir la loi de l'État B, il aboutirait fatalement à ruiner l'harmonie de solutions entre son ordre et celui de B⁷². Encore

⁶⁹ C'est ainsi que H. Donnedieu de Vabres, « De l'impossibilité d'arriver à une solution », semble poser le problème : « il s'agit de savoir si on fait œuvre rationnelle lorsqu'on étend la compétence d'une loi plus qu'il n'était dans la pensée de ses auteurs » (p. 1239). On est d'ailleurs tenté d'avancer, avec J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 156-157, que « la prise en compte des objectifs supranationaux par les règles de conflit de lois est d'autant plus intéressante à étudier qu'elle joue librement » ; cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 84 ; rapp. E. Griswold, « Renvoi revisité », p. 1187, pour qui « it is of course true that we *need not* recognize the right which the foreign court would recognize and enforce ; but ordinarily we will *want* to recognise it » (c'est nous qui soulignons ; v. aussi p. 1186, note 69).

⁷⁰ Cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 123 : « même s'il n'est pas logiquement et juridiquement impossible d'appliquer une loi étrangère hors du domaine qu'elle s'assigne, il demeure qu'il est peu satisfaisant de le faire ». Rapp. É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 151 pour qui l'antithèse « présente... le grave défaut d'être 'politiquement' malheureuse car elle méconnaît l'esprit du droit international privé ». En effet, « le régime de solidarité internationale qui consiste à réglementer le commerce international en utilisant des lois étrangères exclut logiquement leur déformation volontaire ». Pour R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 711 « [m]ittelbar geht so der fremde Anwendungswille doch in unsere Interessenwertung ein ». F. Munari, in S. Bariatti (ed.), « Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (I. 31 maggio 1995, n. 218) – Commentario », *NLCC*, N. 5-6, 1996, ad art. 13, p. 1027 stigmatise, au-delà de la « contraddizione logica della soluzione che rende applicabile la legge che non lo vuole », la « assoluta inutilità (ed anzi, in astratto, la dannosità) anche sotto il profilo strategico della stessa soluzione ».

⁷¹ Cette nécessité est rarement relevée. Cf. G. Wiederkehr, note sous Paris (1^e Ch.), 1^{er} juin 1978, *Rev. crit.*, 1979, p. 771 : après avoir affirmé qu'« il faut reconnaître que seul le système de l'unilatéralisme respecte intégralement, en théorie, la loi étrangère compétente puisqu'il laisse le soin de se désigner elle-même », l'auteur remarque qu'« on peut penser que la fonction du droit international privé n'est pas tant d'imposer le respect d'une loi étrangère que d'assurer une certaine harmonie et une certaine sécurité des relations juridiques internationales des personnes privées, ainsi qu'un certain équilibre des intérêts des États ». Or comme l'observe le OGH autrichien (arrêt du 11 déc. 1987, 6 Ob 631/86) : « Es widerspräche... der Rechtssicherheit, würde bei der Anwendung fremden Rechtes durch die inländischen Gerichte eine im ursprünglichen Geltungsbereich des massgeblichen fremden Rechts nach der dortigen Rechtsprechung und Lehre gefestigte Ansicht hintangesetzt » (EvBl. 1985/172). Pour P. Mayer, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2, p. 129, « le bilatéralisme implique surtout, d'une part que l'auteur de la règle de conflit n'hésite pas à se prononcer sur la compétence des lois étrangères, d'autre part qu'il ne tient pas compte, pour ce faire, du point de vue du législateur étranger ». Seulement, ainsi entendu, le bilatéralisme ne poursuivrait pas vraiment la coordination.

⁷² Cf. B. Ancel, note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit.*, 2000, p. 407 : « l'algèbre conflictuel classique... reconnaît à la règle de conflit la vertu d'ordonner de traiter le pro-

faut-il vérifier que l'acceptation du renvoi débouche *vraiment* sur un tel respect. On en vient ainsi à la véritable faiblesse de la thèse.

17. Application et élaboration du droit. En se demandant s'il convient d'appliquer sa propre loi aux relations privées frappées du conflit de renvoi, le for quitte le plan de l'*application* des règles déjà établies par lui pour se hisser à celui où *s'élaborent* les règles nouvelles⁷³. Dans le cadre où il évolue par hypothèse, le for n'a en effet pas encore édicté de règle tranchant la question du renvoi ; c'est précisément ce à quoi il souhaite à présent se livrer et c'est bien pour l'y aider qu'interviennent la thèse et l'antithèse, chacune lui recommandant une solution différente. En faisant grief à la thèse de violer la règle de conflit du for, l'antithèse – peut rétorquer la thèse – est en porte-à-faux parce qu'elle méconnaît le fait qu'il s'agit ici bien moins de *mettre en œuvre* la règle de conflit existante – auquel cas une violation peut effectivement être commise par ceux qui sont tenus de la respecter ou de la faire respecter – que d'*élaborer* une règle qui n'existe par hypothèse pas encore. En édictant une règle favorable au renvoi, le for ne peut évidemment pas être taxé de violer la règle de conflit qu'il a lui-même établie auparavant. La relation entre les deux règles sera celle qui s'installe d'ordinaire entre une règle antérieure et une règle postérieure du même rang édictées par la même autorité normative. La règle postérieure peut certes contribuer à compléter la règle antérieure, la préciser, en définir, restreindre ou élargir le domaine d'application, prévoir des exceptions à son efficacité, le cas échéant l'abroger, mais non pas la violer.

18. Règles fixant le domaine d'efficacité de la loi d'un État. Le dilemme ouvert par le renvoi incite le for à se demander s'il n'y a pas lieu d'étendre le champ d'application de sa loi matérielle afin, notamment, d'y englober les relations interindividuelles prises dans le jeu des désignations croisées : ce domaine viendrait alors *s'ajouter* à celui que trace à la loi du for sa règle de conflit, lequel ne couvre pas de telles relations. Dans la mesure où le for répond par l'affirmative, ce n'est plus la seule règle de conflit du for qui fixe le champ d'application de la loi du for, car l'acceptation du renvoi consacrée dans la règle par laquelle le for a tranché le dilemme y contribue également de manière décisive⁷⁴. Mais cela vaut pour tout État, y compris l'État B désigné par la règle de conflit du for de l'État A : dans la mesure où B est enclin de son côté à

jet [ou la question de droit] de la manière qu'il le serait dans [l'ordre désigné], c'est-à-dire concrètement... de le doter de la sanction prescrite par le système juridique de cet ordre laquelle, par l'effet d'un renvoi, peut être définie par une autre loi ».

⁷³ Rappr. J. Derruppé, « Plaidoyer pour le renvoi », p. 188.

⁷⁴ En ce sens Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 151, qui fait état de l'« extension de l'application de la loi interne du for par le moyen du renvoi » ; cf. p. 102 : « la loi interne du for ne tire plus sa vocation de la règle de conflit du for, mais... du principe même du renvoi ». Sur ce que le « renvoi... élargit le champ d'application de la *lex fori* », B. Ancel, note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 mars 2000, p. 404. Cf. Paris (1^{er} ch.), 17 févr. 1910, *Kilford*, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 872 : « Le renvoi fait partie de la loi qui l'ordonne et forme corps avec elle ».

accepter le renvoi, *ce n'est pas la seule règle de conflit de B qui trace le domaine d'efficacité de la loi de B, car la règle de B sur le renvoi y concourt elle aussi*⁷⁵.

Aussi bien est-il inexact d'affirmer, comme le fait la thèse, qu'appliquer la loi étrangère de B aux hypothèses de renvoi, c'est désavouer le domaine d'action que B assigne à sa loi, voire aller « à l'encontre de la volonté de l'État [B] qui l'édicte » : la situation peut en effet fort bien entrer dans ce domaine, lequel est issu de l'imbrication de la règle de conflit et de la règle sur le renvoi⁷⁶. L'affirmation évoquée n'est pertinente que si l'État B *récluse* le renvoi, puisque dans pareil cas, le champ d'efficacité de la loi de B se trouve positivement dé-

⁷⁵ On tend encore aujourd'hui à négliger la fonction que, lors de l'élaboration du champ d'application international de sa loi, l'État qui accepte le renvoi finit par assigner à celui-ci : au-delà de la portion de ce champ résultant de la règle de conflit, on conclut souvent à une « incompétence » ou une « inapplicabilité » de cette loi, à un « refus » ou « dénégation de compétence » de celle-ci, si bien que son application aurait lieu « contre son gré » ou « contre la volonté de l'État » qui l'édicte. Chez D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, p. 245, il est question, à propos de la théorie de P. Lerebours-Pigeonnière, d'une loi étrangère qui « n'est pas applicable à des cas auxquels elle ne veut pas s'appliquer d'après la *règle de conflit de lois* du pays dont elle émane » (c'est nous qui soulignons) : cela est exact, sauf à préciser que le champ d'application international de la loi d'un État, la « volonté d'application » de la loi d'un État, ne découle pas de la seule règle de conflit, mais également d'autres règles, qui font également partie du système de droit international privé de cet État. Est-il raisonnable d'affirmer, par exemple, que la loi du for, lorsqu'elle intervient en tant que loi de police ou par le biais de l'ordre public ou en cas de défaillance du facteur de rattachement ou d'impossibilité de connaître la loi étrangère, *ne veut pas s'appliquer dans ces cas* du fait que la règle de conflit ne la désigne pas ? Cf. A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 155 qui évoque « l'idée de ne pas appliquer une loi qui ne veut elle-même pas être appliquée », tout en précisant : « du moins à première vue, si l'on ne tient pas compte du renvoi qu'elle pourrait accepter » ; P. Reichart, *Der Renvoi im Schweizerischen IPR*, p. 4, selon lequel « [e]in konstituierendes Merkmal der Renvoi-Situation ist der (*primär*) fehlende Anwendungswille der fremden Rechtsordnung » (c'est nous qui soulignons). Nombre d'auteurs reconnaissent que l'acceptation du renvoi aboutit à élargir le champ d'application de la loi du for : outre ceux que mentionne la note précédente, v. P. Vallindas, *Ann. IDI*, 1957, p. 97 ; W. Wengler, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. crit.*, 1963, p. 203 s. et 503 s., p. 206 ; A. Ferrer Correia, *Ann. IDI*, 1990, p. 304. Cela sous-entend que la règle acceptant le renvoi concourt à fixer le domaine d'application de la loi du for : il s'agit – il est vrai – d'une volonté d'application *conditionnée*, comme l'est d'ailleurs celle des règles du for applicables en raison de l'intervention de l'ordre public ou de l'impossibilité de connaître le contenu du droit étranger. Plus précisément, la volonté d'application des règles du for applicables en raison du renvoi est conditionnée au contenu de la règle *de conflit* de l'État étranger désigné par la règle de conflit du for (cf. I. Schwander, « Einige Gedanken zum Renvoi », p. 418 : « Spezialregeln, bedingt durch die Haltung des Kollisionsrechts der verwiesenen Rechtsordnung »), de même que la volonté d'application des règles du for applicables en raison de l'ordre public est conditionnée au contenu de la règle *matérielle* de cet État étranger.

⁷⁶ En ce sens Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.i.p.*, p. 259, selon lesquels il est « choquant de faire régir [par la loi étrangère] en faisant abstraction du champ d'application dans l'espace qui lui est assigné par le législateur étranger, des hypothèses dans lesquelles sa propre règle de conflit lui *dénie toute compétence* » (c'est nous qui soulignons). S'il suffit que la règle de conflit d'un État ne désigne pas la loi de cet État pour conclure que celui-ci lui « dénie toute compétence », il est tout aussi « choquant » que, for de jugement, il l'applique (par renvoi) au mépris de cette incompétence. C'est ce qu'ont rétorqué les premiers adversaires du renvoi (entre tous G.C. Buzzati, *Il rinvio*, p. 120-121). Rapp. A. Bucher, « Le for de raisonnement », p. 42, pour qui l'« idée n'est... pas conforme à la réalité » et revient à une « application inexacte du droit international privé de l'État de la *lex causae* », et F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 241, selon lesquels « la technique du renvoi reste en deçà de ses ambitions tant qu'elle ne prend pas en compte l'ensemble des éléments constitutifs du droit international privé étranger ». Cf. ég. E. Mezger, note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 24 nov. 1953, *Consorts Besson*, *Rev. crit.*, 1955, p. 700.

fini par la seule règle de conflit de B, la règle sur le renvoi s'abstenant d'y toucher. Le mérite du respect revient donc dans ce cas, non du tout à la seule thèse, mais tout autant à l'adhésion à la thèse par l'État A qu'à l'adhésion à l'antithèse par l'État B. C'est ce qui ressort également de l'argument de l'abandon.

B – Argument de l'abandon avancé par l'antithèse

19. De l'abandon à la délégation. L'antithèse a avancé que le renvoi entraîne, pour le for, une abdication injustifiée de sa souveraineté au profit d'un État étranger⁷⁷. À quoi la thèse a pu aisément rétorquer que c'est là confondre de nouveau le plan prépositif de l'élaboration et le plan positif de l'application du droit. C'est en effet bien le for qui, lors de la mise au point de ses règles, se demande si, de son point de vue, il n'y aurait pas avantage, dans les situations de renvoi, à ce qu'il retienne en définitive sa loi matérielle ; si tel est le cas, c'est bien de sa propre détermination, de sa propre règle, qu'il s'agit ou, si l'on veut, de l'exercice de sa propre souveraineté⁷⁸. Ce n'est pas tant – a alors précisé l'antithèse – sa propre souveraineté que le for abandonnerait en se pliant à la règle de conflit étrangère, mais bien la tâche, qui lui appartient, de désigner la loi applicable⁷⁹. La thèse a pu surmonter la difficulté en arguant qu'il s'agit moins d'un abandon que d'une *délégation* : la règle de conflit étrangère « n'entre pas par miracle »⁸⁰, puisque c'est le législateur du for qui désigne l'ordre compétent pour sélectionner la loi applicable ; le for conserverait de ce fait la maîtrise des opérations en se bornant à sous-traiter l'une d'elles. L'antithèse peut néanmoins répliquer qu'au fond peu de choses varient vraiment⁸¹ : la tâche est certes « déléguée » par le for A à l'État B que le for estime le plus

⁷⁷ En ce sens déjà J.-E. Labbé, « Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause », *Clunet*, 1885, p. 12 ; cf. ég. du même auteur la note sous Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *Forgo*, *S.* 1881.I.393 ; É. Martin, « Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé – théorie du renvoi », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1898, p. 295 ; A. Lainé, « La théorie du renvoi en droit international privé », *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 605 s. ; 1907, p. 43 s., 313 s., 661 s. ; 1908, p. 729 s. et 1909, p. 12 s., 1907, p. 334-335 ; E. Audinet, note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Soulié*, *S.* 1910.I.105 ; E. Lorenzen, « The Renvoi Theory », p. 205 et p. 344 ; cf. aujourd'hui, G.C. Cheshire / P. North, *Private International Law*, 13th ed., London, 1999, p. 57.

⁷⁸ E. Brusa, *Ann. IDI*, 1898, p. 227 ; H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 497 ; L. Raape / F. Sturm, *Internationales Privatrecht*, p. 165 ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 78 ; P.H. Neuhäus, *Die Grundbegriffe*, p. 269 ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 37-38 et note 102 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 30 ; I. Schwander, *IPR, Allgemeiner Teil*, n° 323 ; M. Chait, « Renvoi in Multinational Cases in New York Courts », p. 152.

⁷⁹ Cf. J.-E. Labbé, « Du conflit entre la loi nationale », p. 12 : « n'est-ce pas de la part de ce législateur se démettre de sa fonction et renier son autorité ? » ; E. Lorenzen, « The Renvoi Theory », p. 205, qui stigmatise la « failure on the part of the State to discharge the duties owed to its inhabitants » ; G.C. Cheshire, *Private International Law*, p. 59 ; v. aussi avec une force particulière, L. Raape, « Die Rückverweisung », p. 1014.

⁸⁰ H. Batiffol, *Aspects philosophiques*, n° 142 ; H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, n° 304.

⁸¹ Cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 79 : « cette réplique ne va pas suffisamment au fond du problème ».

proche de l'espèce, mais n'est-ce au for qu'il incombe de la mener à bien, au regard de son ordre et selon ses propres vues⁸² ? Ainsi poussée à approfondir la raison d'être d'une telle délégation, la thèse a pu la discerner dans le désir du for non pas tant de donner efficacité à la loi matérielle de l'État qu'il juge avoir les titres les plus significatifs, mais plutôt de se conformer au point de vue de cet État. Cela rejoint en effet parfaitement le souci d'*harmonie*, objet de l'argument pratique, que l'on abordera dans un instant. Seulement, s'il en est ainsi – l'objection se devine – le for ne devrait-il pas tenir compte de l'attitude de l'État étranger à l'égard du renvoi⁸³ ? Or, un tel aménagement de la thèse – dit « double renvoi » : on y reviendra – n'est tenable que si l'État B accepte le rôle de délégué que le for A, déléguant, souhaite lui assigner, c'est à dire s'il *refuse* de son côté le renvoi. Car dans la mesure où les États A et B revendiquent l'un et l'autre le rôle de déléguant et qu'ils répudient celui de délégué, aucune loi ne sera jamais désignée par eux, si bien que chacun – la crainte émise par l'antithèse est ici parfaitement légitime –, en laissant subsister ce vide juridique, aura manqué à son devoir. Là encore, la thèse, pour gagner en crédibilité, invite à faire une part décisive à l'antithèse.

20. Démarche contradictoire. Faut-il se résigner au constat que l'acceptation du renvoi aboutit à contrecarrer l'appréciation de la proximité que le for dépose dans sa règle de conflit, ce dont l'antithèse n'a jamais cessé de tenir rigueur à la thèse⁸⁴ ? Pour atténuer la sévérité de ce blâme, on a pu préciser, du côté de la thèse, que l'existence même du conflit de renvoi, d'une part, illustre que le for présente avec la relation privée qui en est frappée un contact significatif, à tel point d'ailleurs que l'État étranger le tient pour le plus significatif de son côté ; et, par là même et d'autre part, elle rend manifeste la relativité du rattachement choisi par le for⁸⁵. Incontestable, cette vérité ne suffit pas en elle-

⁸² J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 159 ; cf. déjà J. Keidel, « De la théorie du renvoi en droit international privé selon le nouveau Code civil allemand », *Clunet*, 1901, p. 91.

⁸³ J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 29 ; M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, « Succession law and renvoi », p. 991.

⁸⁴ G.C. Buzzati, *Il rinvio*, p. 98 ; D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 369 s. (c'est en substance le seul argument à l'appui de l'antithèse que cet auteur tenait pour défendable à l'époque de ses *Studi critici*) ; H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 567 s. ; A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, Oxford, 1937, p. 23-24 ; J.P. Niboyet, note sous Paris, 12 avr. 1929, *de Marchi della Costa*, S. 1930.2.129 ; L. Raape, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., Berlin, 1961, § 11 III ; P. Louis-Lucas, « Renvoi », *Rép. dr. int. Dalloz*, Paris, 1968-1969, n° 75 ; A. Marín López, « Las cuestiones generales », p. 957 (« Nadie puede explicarnos por qué el juez debe dar preferencia a la regla de conflicto de un legislador extranjero en lugar de seguir la solución dada al conflicto de leyes por su propio legislador ») ; G. Mäsch, « Renvoi – Plädoyer », p. 290 ; C.M.V. Clarkson / J. Hill (ed.), *Jaffey on the Conflict of Laws*, p. 549 ; A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 228 ; A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 11 qui préconise, *de lege ferenda*, pour l'Espagne, la « suppression d'un mécanisme qui, en définitive, vient modifier le rattachement choisi » ; S. Alvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 146-147 ; R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 14-15.

⁸⁵ Pour ce constat, v. J. Maury, *Ann. IDI*, 1957, p. 82 ; Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, n° 131 ; É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, n° 44 ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 79 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 183 ; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 270 ; M.

même à dissiper le soupçon de contradiction planant sur la thèse. Avant d'édicter sa règle de conflit, le for s'est en effet interrogé sur la force respective d'un certain nombre d'indices ; il a délibérément tranché au profit de l'un d'entre eux, qu'il a jugé, de son point de vue, prépondérant, en écartant les autres qui, pour être plus ou moins significatifs de manière *objective*, lui ont paru – *subjectivement*, si l'on veut, mais cela n'a pas d'importance – moins appropriés⁸⁶. Certes, le rattachement qui a emporté ses préférences n'est pas le seul rationnellement envisageable. Mais celui que retient l'État étranger, que le for a estimé, en tout cas pour son ordre, qualitativement inférieur, quoique parfois de justesse, est affecté des mêmes défauts. Pourquoi devrait-il s'y rallier maintenant⁸⁷ ?

Ce dernier argument, apparemment impressionnant, ne peut cependant être avalisé jusque dans la conséquence que l'antithèse croit pouvoir en déduire, à savoir que le for, s'il se plie au renvoi, irait à l'encontre de ses propres préoccupations. La question décisive est de démêler ces préoccupations. La thèse invite le for à se demander s'il est préférable, de son point de vue, d'appliquer la loi étrangère désignée par le rattachement qu'il considère le plus significatif ou bien délaisser celui-ci et se rabattre sur sa propre loi lorsqu'elle est rattachée à l'espèce par le lien élevé en facteur de rattachement par l'État désigné. Répondre, comme le suggère sans plus l'antithèse, qu'il vaut mieux pour le for d'en rester à la loi étrangère parce que cela est plus respectueux de sa règle de conflit, c'est, d'une part, confondre une nouvelle fois le plan de l'application et celui de l'élaboration du droit, et, d'autre part, évoluer en tautologie puisque cette préférence n'est pas expliquée autrement que par elle-même⁸⁸.

Keller / K. Siehr, *Allgemeine Lehren zum IPR*, Zürich, 1986, p. 474 ; I. Schwander, *IPR, Allgemeiner Teil*, n° 326 et « Einige Gedanken zum Renvoi », p. 414 ; A. Flessner, *Interessenjurisprudenz*, p. 132. Selon B. Luger, « Die Gesamtverweisung und das Günstigkeitsprinzip », p. 184, il s'agit de la « einzig realistische Erklärung ».

⁸⁶ Cf. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 682, qui empruntent à P. Mayer (*D.i.p.*, 6^e éd., Paris, 1998, p. 615) la phrase suivante : « le choix d'un rattachement quelconque est toujours fondé sur ce que l'auteur de la règle, qu'il s'agisse des tribunaux ou du législateur, l'estime meilleur ».

⁸⁷ Pour Ch. Lindenau, *Die Einführung des Renvoi*, p. 22, le renvoi-retour automatique n'est pas un *perfectionnement* des règles de conflit du for (« Wertungsanbau der Kollisionsnormen »), mais une simple *reproduction* des choix conflictuels étrangers (« Wertungsaustausch »), « da man lediglich die Qualität und Wertung der fremden Anknüpfung übernimmt » ; v. ég. A. Flessner, *Interessenjurisprudenz*, p. 132-133 s. ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 26 ; G. Mäsch, « Renvoi – Plädoyer », p. 291, qui se demande pourquoi on devrait remettre en question le choix initial dans les seules situations de renvoi (en ce sens ég. R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 690) ; cf. M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 114 et 151 ; P.-H. Neuhaus / J. Kropholler, « Entwurf eines Gesetzes über internationales Privat- und Verfahrensrecht (IPR-Gesetz) », *RabelsZ*, 1980, p. 334 ; J.-F. Aubert, « Une révision du d.i.p. », p. 208 ; G.C. Cheshire, *Private International Law*, 2nd ed., p. 43.

⁸⁸ Cf. E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1176 et 1178. De manière explicite, par référence à la matière successorale, v. S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 146-147, pour qui écarter la loi que le for estime être la « más apropiada... es algo que bien pudiera estar motivado

21. Retour sur le règlement subsidiaire. L'idée du règlement subsidiaire promet là encore de mettre la thèse à l'abri de bien des accusations que lui adresse l'antithèse. D'une part, la loi du for est désignée en vertu d'un rattachement établi par le for, encore que subsidiaire : il n'y a donc pas plus abandon que délégation⁸⁹. D'autre part, puisque, d'après une telle variante de la thèse, la règle de conflit reflète tout autant le désir du for d'appliquer la loi qu'il estime la plus proche que la préoccupation du for de ne pas retenir une loi que l'État qui l'édicte écarterait en l'occurrence, le for semble bien, en y adhérant, échapper à la contradiction. L'argument du respect du droit étranger rend au demeurant compte de cette nature⁹⁰. On a vu la faiblesse frappant cet argument, réductible à l'impuissance de la thèse à parvenir par ses seules ressources au respect recherché. Or, la logique sous-jacente au règlement subsidiaire renferme en elle-même une force d'entraînement susceptible de lui faire surmonter sans peine une telle réserve. Car dans la mesure où le facteur subsidiaire de désignation retenu par le for diffère de celui qu'adopte, à titre primaire dirait-on, la règle de conflit étrangère, il peut par là même coïncider avec celui que retient à titre subsidiaire l'État étranger. Le domaine d'application que celui-ci assigne à sa loi, issu des liens primaire et subsidiaire, peut dès lors être enfin véritablement observé par le for.

On reviendra sur ce développement capital. Il importe ici de souligner que l'aménagement qu'a connu jusque-là cette idée paraît y dresser un obstacle redoutable⁹¹. Dans l'esprit de ses concepteurs, le rattachement subsidiaire du for *peut* en effet, semble-t-il, voire il *doit* être celui que retient de son côté la règle de conflit étrangère⁹². Il finit de la sorte par nourrir une « règle en blanc » incorporant mécaniquement la référence à la loi du for *parce que* c'est la règle de conflit étrangère qui la désigne. Cela revient en substance, sinon à un abandon,

por razones de otra índole que 'pesen más' que las que determinan que sea la ley nacional del causante la rectora de la sucesión ».

⁸⁹ Y. Loussouarn, « L'œuvre de Paul Lerebours-Pigeonnière », p. 898 ; Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 100 ; É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 218 ; J.G. Sauveplanne, « Renvoi », *Int. Enc. Comp. L.* (vol. III : Private international law), Tübingen, 1991, p. 8 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 183 ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 32-33 ; D. Boden, *L'ordre public*, p. 579.

⁹⁰ Pour É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 200, le « reproche décisif » qu'on peut adresser à cette idée est qu'« elle n'explique pas pourquoi on doit limiter la considération du droit étranger au déclinatoire de compétence qu'il soulève ».

⁹¹ Cette précaution du langage s'impose car, ainsi que J. Maury, « Règles générales », n° 198 et É. Bardin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, t. I, Paris, 1930, p. 214 s., le relevaient déjà, P. Lerebours-Pigeonnière ne s'est pas expliqué longuement sur sa teneur.

⁹² C'est ce que sous-entend le grief adressé à la théorie du règlement subsidiaire consistant à relever qu'il est « artificiel de prêter [au législateur français] tous les rattachements qui se rencontrent dans les lois étrangères et auxquels les juges français se conforment » : B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 153 ; J. Maury, « Règles générales », p. 546 ; H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, n° 310 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 183 ; É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 216 ; de façon tout à fait explicite, v. A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 227, pour lesquels la « norma de conflictio subsidiaria no es otra que la norma de conflictio extranjera » ; plus nuancé J.G. Sauveplanne, « Renvoi », p. 8.

du moins à une délégation⁹³. On peut aller jusqu'à concéder que tel n'est plus vraiment le cas dans l'hypothèse où cette coïncidence est le fruit du hasard. Toutefois, dans la mesure de cette coïncidence, qu'elle soit volontaire ou accidentelle, on ne se libère pas de la gêne pesant sur l'argument du respect – souci premier de l'idée en question⁹⁴ – et aussi sur l'argument pratique dont il est dans une large mesure, on s'en est déjà avisé, un simple avatar, argument qu'il convient maintenant d'aborder de front.

§ 3. L'argument pratique ou fondé sur l'harmonie des solutions et sur l'extension du domaine de la loi du for

22. Double bienfait. La thèse a fait valoir, d'une part et avec une vigueur particulière lors de la première phase de son histoire, que l'acceptation du renvoi aboutit à l'harmonie des solutions (A), d'autre part, à une étape ultérieure, intervenue assez rapidement, que le renvoi finit par désigner la loi du for dont il n'y aurait alors qu'avantage à ce que le for la retienne (B). L'antithèse se dit à même de riposter sur chacun de ces deux terrains, qu'il convient de prospector séparément.

A – Harmonie des solutions

23. Contribution paritaire. Le renvoi œuvre à l'harmonie, avance la thèse⁹⁵ ; le renvoi n'y concourt pas, rétorque l'antithèse⁹⁶. C'est surtout pour apprécier à sa juste valeur ce point cardinal, dont on a vu à quel point il est susceptible de déteindre sur les autres, qu'il y a lieu de scinder nettement les deux figures classiques de renvoi. En se cantonnant encore une fois au seul renvoi au premier degré, c'est une vérité irréfutable, algébrique dirait-on, que l'acceptation du renvoi ne contribue pas à l'harmonie *d'avantage* que son refus : *les deux atti-*

⁹³ Cf. B. Audit, *D.i.p.*, p. 181 et 183 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 8.

⁹⁴ É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 206 ; E. Mezger, note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 24 nov. 1953, *Consorts Besson*, *Rev. crit.*, 1955, p. 700.

⁹⁵ Il s'agit de « l'argument qui revient le plus » : W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 56 ; v. déjà G.C. Buzzati, *Il rinvio*, p. 64. Pour S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 152, « la idea de armonía internacional de soluciones es el mayor sostén histórico del reenvío » ; pour J. Carrascosa González, note sous SAP Badajoz, 11 juill. 1995, p. 319, une telle idée constitue « el principio vertebrador del reenvío », sa « razón sustentadora ».

⁹⁶ F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 19 et « Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht », *Abhandlungen zum IPR*, Band I, München, 1928, p. 124 s., p. 128-129 ; G.C. Buzzati, *Il rinvio*, p. 69 ; G.C. Buzzati / A. Lainé, « Rapport », p. 17 ; E. Lorenzen, « The Renvoi Theory », p. 205 ; H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 572 ; R. Ago, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours*, 1936, t. 58, p. 411 ; G. Maridakis, « Rapport », p. 567 ; Q. Alfonsin, *Teoría*, p. 447 ; cf. J. Maury, *Ann. IDI*, 1957, p. 80 ; A. Flessner, *Interessenjurisprudenz*, p. 131 s. ; A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 162 ; F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 238 ; E. Graue, *Staudinger Kommentar*, Berlin, 1981, ad Art. 27 *EGBGB*, n° 5 (« Trugschluss ») ; É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 171 ; A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 228.

tudes y fournissent un apport égal et également décisif car à l'égard de chaque relation internationale privée frappée d'un conflit du renvoi, l'harmonie s'alimente à la fois de l'admission du renvoi par un État et du refus du renvoi par l'autre État⁹⁷. Se confirme ainsi avec éclat l'étrange vérité qui s'est progressivement dévoilée jusque-là : la thèse ne peut se passer de l'antithèse pour s'accomplir, celle-ci a besoin de celle-là pour s'accréditer.

On comprend sans peine comment la conviction que le renvoi favoriserait l'harmonie a pu se répandre⁹⁸. À l'époque où les juges du for A s'y sont

⁹⁷ Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 68 : « Le renvoi est... un facteur d'harmonie entre une loi qui l'accepte et une loi qui le refuse » ; H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 572-573 ; M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 192 ; cf. Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *Droit international privé*, p. 261 ; M. Wolff, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3. Aufl., Berlin, 1954, p. 77 ; G. Maridakis, « Rapport », p. 36. Pour O. Hartweg, *Der Renvoi im deutschen internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt a.M. / Berlin, 1967, p. 141, il s'agit de la « spezielle Schwierigkeit der Renvoi-Problematik ».

⁹⁸ La figure du « renvoi-coordination » est liée au nom de H. Batiffol (v. notamment *Aspects philosophiques*, p. 187 et H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 497 s.). Sur l'importance du renvoi dans la réflexion de H. Batiffol, qui y voit « la réalisation de cette unité rationnelle de deux règles de conflit, certes distinctes, mais qui peuvent par leur combinaison, n'en faire qu'une », v. P. Gothot, « La place d'Henri Batiffol dans la doctrine », *Tr. com. fr. DIP*, 1991-1992, p. 30 ; cf. ég. E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 110 et R. Sfeir, *Aspects contemporains du renvoi*, p. 199. Les expressions « coordination des règles de conflit », « coordination des systèmes ou des ordres juridiques » se sont, au fil des années, chargées d'ambiguïté. La majorité des auteurs laisse apparaître que la coordination fait un avec l'harmonie de solutions, en ce sens que ce n'est que si celle-ci est assurée que celle-là s'accomplit : cf. J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 183, pour qui la coordination « demeure relativement abstraite (rappr. P. Gothot, « La place d'Henri Batiffol », p. 31, qui la qualifie d'« idée théorique ») si l'on ne souligne pas les avantages qu'elle procure. Le principal de ses avantages réside dans l'harmonie internationale des solutions » ; A. Von Overbeck (« Questions générales », p. 134) tient « la coordination des systèmes, l'harmonie internationale entre pays intéressés, l'application de la même loi quel que soit le juge saisi », pour désignant la même réalité ; ainsi explicitement J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1704 : « armonizar y coordinar » non terminos que se refieran a cuestiones distintas, más bien parece que se trata de una sustitución de una expresión por otra » ; v. implicitement E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 112, et explicitement A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 227 : « defendida por H. Batiffol, esta tesis afirma que el reenvío lleva a una armonía internacional de soluciones » ; cf. A. Bucher / A. Bonomi, *D.i.p.*, p. 112, n° 416 : « L'idée dominante est devenue la coordination des systèmes et, en particulier, l'harmonie des solutions » ; cf. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 161. Pour d'autres auteurs cependant, coordination et harmonie peuvent ne pas coïncider. À propos de l'idée de H. Batiffol prônant la « coordination » des systèmes, Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 102, explique que « ce but sera satisfait pour chacun d'entre eux par application de la règle de conflit de l'autre », coordination qui n'induit pas l'harmonie ; pour J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 130, le résultat de la coordination « peut être [non seulement l'harmonie mais] un résultat plus modeste, plus relatif, c'est-à-dire le simple fait que les règles de conflit en présence se sont finalement combinées, coordonnées, au lieu de s'ignorer » ; D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, n° 492 affirment qu'« [o]n ne voit guère l'utilité d'une « coordination » des règles étatiques de conflit de lois, qui laisse subsister les divergences des solutions de conflit en organisant leur échange ». L'œuvre de P. Picone s'organise autour des différentes « méthodes de coordination des ordres juridiques » identifiées par lui (v. « Méthodes de coordination », *passim*, et les deux forts volumes *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998 e *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003). Il apparaît que, pour M. Picone, la seule méthode traditionnelle dite « savignienne » aurait pour but l'harmonie des solutions (« Méthodes de coordination », p. 37 s., p. 46), ce qui conduit à penser que la « coordination » que recherchent les autres méthodes se réalise indépendamment de l'harmonie. Il est toutefois également question chez lui de « coordination des méthodes de coordination » (p. 232 s.). Il semble bien que cet effort supplémentaire de coordination, lequel s'étend aux méthodes de coordination autres que la mé-

heurtés pour la première fois, rien ne conduisait à douter que l'État B désigné par la règle de conflit de A réputait définitivement applicable la loi matérielle de A désignée par la règle de conflit de B, car le problème ne s'était pas encore fait jour chez B. C'est dire que le for A était fondé à tenir l'ignorance du problème chez l'État B pour équivalente à un refus du renvoi⁹⁹. Lorsqu'il leur est apparu qu'au nom de l'harmonie, l'un des deux États, A ou B, se devait d'infléchir sa règle de conflit, les juges du for A, pour se tirer d'affaire, n'ont eu d'autre choix que de « manipuler » celle du for. Si c'est bien l'acceptation du renvoi qui a engendré l'harmonie, celle-ci n'a pu se réaliser que parce que la situation à l'origine de l'impasse qu'il fallait débloquer ressemblait, du côté de l'État B désigné, à celle d'un refus du renvoi. Cette démarche étant devenue positive dans le for A, les autres États, et déjà l'État B, ne pouvaient plus, dès ce moment, s'en accommoder à leur tour dans leurs rapports avec lui : le préalable originel – l'ignorance du problème chez l'État désigné, ici l'État A, ignorance réductible à un refus du renvoi – avait désormais disparu.

24. Double renvoi. Afin de faire renaître l'harmonie en s'ajustant aux mutations du terrain qui s'était révélé propice à son éclosion, la thèse s'est ingénée à proposer le « double renvoi » ou renvoi « total » ou « intégral » (*double or total renvoi*, *Gesamtverweisung*). Pareille solution consiste pour l'État du for A à suivre, non seulement la règle de conflit de l'État B, mais également sa règle sur le renvoi. Aux deux attitudes ayant paru envisageables jusque-là s'en est du coup adjointe une troisième. Seulement, pour que le for puisse coordonner sa démarche avec celle de l'État étranger, il faut que celui-ci ait, contrairement au premier, tranché de façon inconditionnelle et notamment qu'il ait commandé à ses juges de tenir pour matérielle, soit la désignation effectuée par la règle de conflit du for en faveur de la loi étrangère – en refusant le renvoi –, soit la désignation effectuée par la règle de conflit étrangère en faveur de la loi du for – en acceptant le renvoi¹⁰⁰. Le fait que deux des trois positions ainsi identifiées supposent une certaine prise en compte du renvoi, et peuvent de ce fait se réclamer à quelque titre de la thèse, explique la ténacité de l'idée répandue selon laquelle c'est à la thèse que revient le mérite de l'harmonie, malgré le bouleversement de la donne originaire¹⁰¹ ; la tendance persistante à appréhender conjointement le renvoi au premier et au deuxième ou nième degré, a assuré-

thode savignienne, est, pour M. Picone, nécessaire là où l'harmonie n'est encore pas atteinte ; il s'ensuit que la coordination ménagée par les méthodes autres que la méthode traditionnelle, est au fond, pour lui, peu satisfaisante si elle ne débouche pas sur l'harmonie. Une des grandes ambiguïtés du droit international privé moderne est qu'il se donne un postulat – l'harmonie de solutions – sans vraiment l'explorer dans sa rationalité et dans sa nécessité (cf. J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1704, qui attire l'attention sur la « nube filosófica que envuelve la expresión 'armonía entre las legislaciones' »). V. *infra*, n° 30 s.

⁹⁹ J. Falconbridge, « Renvoi and succession to movables », *L.Q.Rev.*, 1930, p. 479.

¹⁰⁰ Ainsi B. Audit, *D.i.p.*, p. 185.

¹⁰¹ Ainsi E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1170.

ment affermi une telle conviction¹⁰². Il n'en demeure pas moins que la disparité des positions à propos du renvoi n'a jamais cessé d'être indispensable à l'harmonie recherchée¹⁰³. Celle-ci reste en effet le *produit du désaccord* des États A et B quant à la meilleure manière de réagir à une situation de renvoi, plus précisément la conséquence de ce que l'un d'eux applique finalement la loi matérielle désignée par sa règle de conflit, donc qu'il refuse le renvoi ou adopte une attitude équivalente, et que l'autre donne efficacité à sa propre loi matérielle désignée par la règle de conflit de l'autre État, donc en substance accepte le renvoi ou fait sienne une démarche aboutissant au même résultat¹⁰⁴.

25. Opposition d'attitudes. Il n'y a, au fond, rien de mal – pourrait-on observer – à ce que la disparité des rattachements générant le renvoi se double d'une disparité des attitudes face à celui-ci, sorte de diversité dans la diversité qui débouche quand même sur l'uniformité, un peu comme le produit de deux signes négatifs donne un signe positif. Ne pourrait-on pas franchir un pas de plus et aller jusqu'à discerner en cette diversité précisément le principe de la synthèse, dès lors qu'elle fait une part égale à la thèse et à l'antithèse en les associant, tout comme la contrariété des pôles conduit deux aimants à faire un ou comme l'opposition de sexes est seule gage de fécondité, bel exemple des coexistences en lutte, des contraires résolus en complémentaires, des dissonan-

¹⁰² Dans les traités ou manuels de droit international privé, on commence souvent par affirmer que le renvoi « favorise » l'harmonie et on délimite ensuite la portée de cette affirmation par des formules telles : « surtout en matière de renvoi au deuxième degré » (v. p. ex. P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 269 ; J. Kropholler, *IPR*, p. 164 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 23). La nuance finit par voiler la vérité : dans l'hypothèse de travail qu'on s'est donnée (v. *supra*, n° 3), « le renvoi au premier degré, posé comme principe, donc consacré par tous, n'amène jamais la concordance des solutions » : J. Maury, *Ann. IDI*, 1957, p. 78. Pour A. Bucher, « Le for de raisonnement », p. 42, l'application de la loi du for par renvoi-retour est « en parfaite contradiction » avec l'objectif de l'harmonie de solutions (v. aussi A. Bucher / A. Bonomi, *D.i.p.*, p. 115, n° 432) ; cf. É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 171, pour qui il est « logiquement impossible d'expliquer [l'accueil [du renvoi] par l'idée d'harmonie » ; pour D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, p. 248, le renvoi au premier degré « ne saurait être justifié par l'idée d'harmonie de solutions ». On a parfois considéré, surtout dans le passé, que le renvoi au premier degré favorise l'harmonie en ce qu'il permet de reconnaître une décision ou un acte public étrangers établis sur le fondement d'une loi autre que celle désignée par la règle du for (v. p. ex. D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 355 s.). À mesure que le contrôle de la loi appliquée s'efface (v. *supra*, n° 3), ce raisonnement cesse d'être pertinent à l'égard des décisions ; quant aux actes publics non décisionnels, si l'acte public est fondé sur la loi de l'autorité par renvoi de la loi étrangère désignée, c'est plutôt le refus du renvoi qui permet à l'État de la reconnaissance de réaliser l'harmonie : c'est donc toujours la diversité d'attitudes qui y conduit.

¹⁰³ E.M. Meijers, « La question du renvoi », p. 206 ; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 273 ; T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 400 ; R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 704 ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 90-91 ; M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 137-138.

¹⁰⁴ Cf. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 168 : « le facteur qui détermine la coordination n'est pas constitué par l'admission du renvoi en elle-même mais plutôt par la circonstance que les deux systèmes juridiques impliqués adoptent à l'égard du renvoi une attitude divergente ». Cf. H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 553 ; cf. les observations du juge Russel et du *referee* Winthrop dans l'affaire *in re Tallmadge*, 181 N.Y.S. 336 (1919), p. 345-346 (sur cette affaire, v. *infra*, n° 308).

ces utiles à une symphonie¹⁰⁵ ? La rançon de la diversité en tant qu'outil d'uniformité est très élevée et conduit à répondre par la négative : *pour qu'il y ait diversité de positions entre deux pays, A et B, donc pour que l'uniformité soit atteinte à l'égard des relations privées qui sont frappées d'un conflit de renvoi qui les met aux prises l'un à l'autre, chacun d'eux doit accepter qu'il y ait identité de positions entre lui et une série d'autres pays (C, E, G etc.) et en conséquence renoncer à faire profiter de l'uniformité les relations privées qui sont menacées d'un conflit de renvoi mettant en cause leur loi, d'une part, et la loi de ces autres pays, d'autre part*¹⁰⁶.

Et de fait, si A accepte le renvoi et B le refuse, l'harmonie est certes assurée lorsque la situation de renvoi implique ces deux États. Mais *quid* d'une situation qui oppose A ou B, d'une part, et C, d'autre part ? Dès lors que C accepte le renvoi, il parviendra à l'harmonie avec B, qui, contrairement à lui, le refuse, mais non avec A, qui, tout comme lui, l'accepte ; si, à l'opposé, C refuse le renvoi, il y aboutira avec A mais non avec B. En supposant que les situations de renvoi auxquelles il participe avec A et celles qui le mettent aux prises de B se produisent en principe en nombre égal, C parviendra à l'harmonie dans la *moitié* de ces situations et y échouera dans l'autre *moitié*. Si C souscrit au double renvoi, l'harmonie peut certes se réaliser à la fois avec A et B¹⁰⁷. Mais il est alors certain que D ne pourra plus se coordonner à la fois avec A, B et C, puisque les partis seront désormais épuisés : il sera obligé de s'inscrire au groupe de A en acceptant le renvoi ou bien au groupe de B en le refusant ou encore au groupe de C en adoptant le double renvoi : *quartum non datur*. Si l'on suppose, là encore, que les situations de renvoi qui le mettent aux prises, respectivement, de A, B et C se réalisent en nombre équivalent, D parviendra à l'harmonie dans deux tiers de ces situations et y échouera dans l'autre tiers.

Pour qu'elle puisse garantir l'harmonie au plus grand nombre de situations de renvoi, la *diversité des attitudes à son propos doit être la plus élevée possible* : c'est-à-dire que les systèmes du monde devraient se répartir *équitablement* entre les deux – trois, si l'on compte le double renvoi – groupes en veillant à ce qu'aucun d'entre eux ne soit ni trop pris d'assaut, ni trop déserté.

¹⁰⁵ Pour E. Meijers, « La question du renvoi », p. 220, les deux contradictions « se contrebalancent mutuellement » de telle sorte que « l'équilibre est restauré ». Semblablement, de l'avis d'É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 231, « au lieu de déplorer [l'éventail des solutions admises], il faut au contraire s'en réjouir » car « la divergence au niveau des moyens est ici le meilleur garant de l'uniformité de la justice » (et l'auteur d'évoquer une sorte d'« homéopathie juridique » car « la diversité des règles de conflit nationales a secrété une diversité plus subtile qui permet de résoudre les conflits négatifs susceptibles de surgir entre elles »). Cf. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 169.

¹⁰⁶ Pour certains auteurs (M. Pagenstecher, *Der Grundsatz der Entscheidungseinklang im IPR*, Wiesbaden, 1951, p. 360 et *NJW*, 1952, p. 802 ; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 273 ; R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 704 ; J. Kropholler, *IPR*, p. 150), on peut négliger cette « non-bilatéralisabilité » de l'acceptation du renvoi pour autant qu'elle parvient à l'harmonie (« sofern der Renvoi die ihm zgedachte Funktion zur Erreichung von Entscheidungsharmonie erfüllt..., kann dem Institut die fehlende Verallgemeinerungsfähigkeit nachgesehen werden » : P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 32).

¹⁰⁷ Cf. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 168.

Même en ce cas cependant, l’uniformité resterait hors d’atteinte dans un pourcentage par trop significatif des situations de renvoi qui se produisent à l’échelle planétaire, c’est-à-dire dans toutes celles qui impliquent deux États appartenant au même groupe¹⁰⁸.

B – Efficacité augmentée de la loi du for

26. Élargissement du domaine de la loi du for. Le mérite de l’harmonie ne pouvant pas être sérieusement revendiqué par la thèse davantage que par l’antithèse, la thèse s’est prise à exalter un autre prétendu bienfait qu’elle assurerait : l’élargissement, résultant du renvoi, du domaine d’efficacité de la loi du for¹⁰⁹, dont la mise en œuvre est manifestement plus aisée pour le juge¹¹⁰. L’antithèse a pu rétorquer que c’est évidemment dénaturer l’esprit de la règle de conflit en général¹¹¹ que de tenir l’application de loi du for, ne serait-ce qu’en principe, pour un « bienfait ». Et en vérité, la règle de conflit du for traduit la volonté de celui-ci de faire régir certaines relations privées internationales, parmi lesquelles celles que frappe un conflit de renvoi qui l’implique, par une

¹⁰⁸ P. Vallindas, *Ann. IDI*, 1957, p. 95 : « l’harmonie internationale des solutions... n’est acquise que dans un pourcentage peu élevé des cas et sous la condition que, dans plusieurs autres États, le renvoi soit repoussé ». Il semble aussi que la nécessité de la diversité finisse par stériliser tout effort de concertation internationale (dans le sens de l’acceptation ou du refus classiques) : puisque celle-ci ne peut que viser la recherche d’une solution commune ou en tout cas coordonnée, il est de l’intérêt de tous les pays de s’en tenir le plus possible à l’écart, le salut consistant dans le plus grand défaut de coordination entre eux. Rapp. F. Munari, in S. Bariatti (ed.), « Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218) – Commentario », ad art. 13, p. 1025.

¹⁰⁹ Ch. Von Bar, *Internationales Privatrecht*, Band I, München, 1987, n° 625 ; L. Raape / F. Sturm, *Internationales Privatrecht*, § 11 VI ; A. Lüderitz, *Internationales Privatrecht*, Frankfurt a.M., 1987, n° 157 ; R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 693 ; H. Kuhn, *Der Renvoi*, p. 30 ; H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 499 ; J. Maury, « Règles générales », p. 325.

¹¹⁰ C’est essentiellement ce bienfait qu’on associe le plus souvent aujourd’hui à l’application de la *lex fori* permettant une administration de la justice moins coûteuse, plus rapide et moins susceptible d’erreur : H. Kuhn, *Der Renvoi*, p. 30 ; J. Kropholler, *IPR*, § 24 I 3 ; B. von Hoffman, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., München, 2002, § 6 n° 92 ; O. Hartweg, *Der Renvoi*, p. 125 ; M. Wolff, *Das internationale Privatrecht*, p. 76 ; J.G. Sauveplanne, « Renvoi », p. 10 ; M. Keller / K. Siehr, *Allgemeine Lehren*, p. 467 ; L. Raape / F. Sturm, *Internationales Privatrecht*, p. 174 ; M. Schwimann, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl, Wien, 1999, p. 35 ; Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.i.p.*, n° 202. Bien des partisans de l’antithèse ont souligné par le passé et soulignent encore aujourd’hui que cette prétendue simplification est illusoire car elle est compensée par la difficulté de repérer et d’appliquer correctement la règle de conflit étrangère : D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 359 ; H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 559 s. ; R. Ago, *Lezioni di diritto internazionale privato*, (Parte generale), Milano, 1948, p. 127 ; Q. Alfonsin, *Teoria*, p. 451-452 ; G. Maridakis, « Rapport », p. 10 ; L. Raape, « Die Rückverweisung », p. 1015 ; F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 241 ; D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, p. 248 ; J. Carrascosa González, note sous SAP Badajoz, 11 juill. 1995, p. 320 ; cf. aussi M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 194 ; R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 12.

¹¹¹ F. Kahn, « Der Grundsatz der Rückverweisung », 129 ; D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 358 ; G. Maridakis, « Rapport », p. 35 ; H. Kuhn, *Der Renvoi*, p. 30 ; cf. Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 69 et H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 389, selon lesquels les considérations ayant trait à la plus grande facilité pour le juge sont « non concluantes à elles seules sous peine de supprimer tout problème ».

loi étrangère ; c'est donc la loi étrangère – est-on obligé d'admettre – qui, dans ces cas, apporte, aux yeux du for, mieux que la loi du for, les « bienfaits » les plus significatifs, *pratiques* aussi, est-il donné de penser, sinon surtout. Aussi, affirmer qu'en général la loi du for est, pour le for, la plus bénéfique revient, pour le for, à se contredire¹¹². La portée d'un tel grief, de prime abord insidieux, s'atténue sensiblement dès lors qu'en référant l'assertion contestée aux seules situations de renvoi et en y associant le défaut d'harmonie que la mise en œuvre de la loi étrangère laisserait subsister, la thèse en vient à s'énoncer en le sens que voici : *si la règle de conflit du for A ne parvient pas à assurer cet avantage qu'est l'harmonie dans les rapports avec l'État B qu'elle désigne, on peut se demander si, sur ce même terrain pratique, la justification de la mise à l'écart de la loi du for A, dont le renvoi montre qu'elle est rattachée de façon importante à la relation interindividuelle en cause, en faveur de la loi étrangère de B, ne se trouve pas ébranlée*¹¹³.

27. Égalité entre loi du for et loi étrangère. Il n'en demeure pas moins – s'efforce de faire valoir l'antithèse – qu'en appliquant sa loi aux situations de renvoi, le for aboutit à fouler le principe d'égalité entre sa propre loi et la loi étrangère, dont s'inspirent les règles de conflit bilatérales, y compris celles qui participent à la genèse du renvoi¹¹⁴. Un tel principe exigeant que le for assure aux deux lois des chances d'application autant que possible équivalentes, force est d'admettre que le renvoi lui inflige une entorse certaine. Car la loi du for finit par être applicable du point de vue du for lorsque se concrétisent chez lui *l'un ou l'autre d'entre deux rattachements alternatifs* : celui que le for répute le plus significatif, lequel, s'il se réalise dans le for, rend directement applicable la loi du for sans le détour du renvoi ; et celui que l'État étranger retient de son côté : s'il se concrétise dans le for, ce dernier facteur désigne lui aussi, aux yeux du for, la loi du for, quoique par l'intermédiaire du renvoi¹¹⁵. La loi étrangère est en revanche mobilisée par le for à régir les seules situations dans lesquelles

¹¹² G.C. Cheshire, *Private International Law*, p. 94 ; Ch. Lindenau, *Die Einführung des Renvoi*, p. 51 ; G. Mäsch, « Renvoi – Plädoyer », p. 298 ; cf. W. Wengler, *IPR*, Band I, p. 206 et G. Maridakis, « Rapport », p. 35.

¹¹³ Rappr. notamment M. Wolff, *Private International Law*, p. 202 et 204-205 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 162-163 ; Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 69 ; A. Bucher / A. Bonomi, *D.i.p.*, p. 115 ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 38 ; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 270 ; Ch. Lindenau, *Die Einführung des Renvoi*, p. 51 ; E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1192 ; E. Borioli, *La notion du renvoi en droit positif suisse*, Genève, 1967, p. 97.

¹¹⁴ H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 615 ; P. Vallindas, *Ann. IDI*, 1957, p. 97 ; E. Vitta, « Il principio di eguaglianza nel diritto internazionale privato », *Riv. tr. dir. pr. civ.*, 1964, p. 43 du tiré à part ; W. Wengler, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », p. 206 ; P. Gannagé, « Égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications internationales de droit international privé – Rapport », *Ann. IDI*, 1990, p. 297 ; cf. J.G. Sauveplanne, « Renvoi », p. 10.

¹¹⁵ Cela correspond aux situations déplorées par W. Wengler, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », p. 204 : « comme exemple d'inégalité de ce type, on peut imaginer un État dont le droit international privé soumettrait à la loi interne tant les successions des nationaux, abstraction faite de leur domicile, que celles des étrangers domiciliés sur le territoire » ; cf. les exemples fournis par E. Vitta, « Il principio di eguaglianza », p. 31 du tiré à part.

l’un *et* l’autre de ces rattachements se réalisent *cumulativement* au sein de l’ordre étranger.

Dans le mouvement pendulaire¹¹⁶ qui rythme l’histoire du droit international privé, pareille atteinte à l’égalité est aujourd’hui rarement réprouvée. Le contraste n’en demeure pas moins saisissant entre la désinvolture avec laquelle la thèse préconise le traitement inégalitaire qui y en est la conséquence et le respect rigoureux de cette égalité qu’elle exige du for lors de la mise au point de ses règles de conflit¹¹⁷. L’aspiration à l’égalité, peut-on encore préciser, demeure insatisfaite alors même que le traitement inégalitaire qu’adopte l’un des États se combine au traitement égalitaire auquel l’autre est astreint, car la loi de celui-là s’adjuge alors un domaine d’application plus ample que l’espace réservé à celui-ci.

¹¹⁶ Selon l’expression d’Horatia Muir Watt.

¹¹⁷ L’Institut de droit international adopta le 12 septembre 1989 la résolution suivante (*Ann. IDI*, 1989, p. 334) : au sujet de l’« établissement de la règle de conflit, 1. Il est recommandé aux États : a) d’adopter, lorsque leurs intérêts essentiels ne s’y opposent pas, des règles de conflit de loi fondées sur des rattachements qui conduisent, dans les mêmes conditions, à l’application de la loi étrangère, comme à celle de la loi du for ; et, par conséquent, b) d’éviter l’adoption de règles de conflit qui étendent le domaine d’application de la loi du for aux dépens de celui de la loi étrangère ». Dans ses observations au rapport de P. Gannagé, « Égalité de traitement », A. Ferrer Correia, *Ann. IDI*, 1990, p. 304 s’exprima ainsi : « il faudrait au moins que [l’Institut] recommande aux États de s’opposer à l’application systématique du renvoi au premier degré. Un tel renvoi constitue une discrimination frappante en faveur de la loi du for si la règle étrangère ne renvoie pas expressément au droit interne de l’État du for ».

Conclusions du Titre I

28. Recul de l'hypothèse sous-jacente à la thèse et amorce d'une synthèse.

D'après l'hypothèse à partir de laquelle la thèse a forgé ses arguments décisifs, juridique et pratique, et dont dépend la pertinence de l'argument logique, l'État étranger désigné par la règle de conflit du for s'en tient à la loi matérielle désignée par sa règle de conflit sans en remettre en cause le caractère définitif. Le for ne peut invoquer ces arguments à l'appui de la thèse que dans la mesure où l'État étranger ne s'y rallie pas pour sa part. Une telle hypothèse pouvait paraître réaliste à l'époque où la question commençait à se faire jour dans la pratique, l'exclusion du renvoi que l'État du for était fondé à postuler chez l'État désigné constituant le simple fruit de l'ignorance du problème. Elle ne l'est plus de nos jours¹¹⁸. Ainsi, ces arguments paraissent-ils désormais largement affectés d'un défaut d'adéquation à l'évolution historique de notre branche.

Sans doute, il faut rendre hommage à la thèse pour avoir pris l'initiative de sortir le for d'une situation qu'il ressentait, à raison, comme peu satisfaisante. Mais le mérite d'un aménagement plus heureux conduisant à l'uniformité appartient tout autant à la thèse qu'à l'antithèse : c'est la disparité d'attitudes face au renvoi qui l'assure. Cette disparité ne peut cependant pas livrer l'amorce de la synthèse recherchée car son efficacité est insuffisante et ce même si les circonstances lui permettant d'exploiter la plénitude de ses potentialités devaient se réaliser, c'est-à-dire même si les États se distribuaient équitablement entre partisans et opposants du renvoi : le prix à payer pour que la diversité des attitudes – et par là l'uniformité des solutions – soit garantie à la faveur de certaines des relations interindividuelles frappées par un conflit de renvoi, est que l'on débouche sur l'identité des attitudes à l'égard d'autres relations, pour lesquelles donc l'harmonie restera toujours hors d'atteinte. Voilà qui explique la répugnance qu'a toujours suscitée une solution irrespectueuse du principe selon lequel il faut prendre pour norme de l'action individuelle une directive susceptible de gouverner l'action universelle¹¹⁹.

Le retour à la loi du for auquel invite la thèse laisse apparaître que la désignation de la loi étrangère est mise au service de l'harmonie et que, par conséquent, si elle n'y parvient pas, elle perd sa raison d'être. Le principe d'égalité,

¹¹⁸ Rapp. J. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », 1930, p. 479, par référence à la formule utilisée par Sir Jenner in *Collier v. Rivaz* : « It is assumed that when *Collier v. Rivaz* was decided, the *renvoi* was unknown in Belgium, the formula adopted by the English Court had an appearance of efficacy » ; cf. A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, p. 68.

¹¹⁹ Ce sera le point de départ des développements recueillis *infra*, aux n° 103 s.

qui imprègne la règle de conflit, semble lui aussi subordonné à l'uniformité, de telle sorte que plus n'est besoin de s'en inquiéter dès lors qu'il n'y concourt pas¹²⁰. Aussi bien ce repli sur la loi du for a-t-il l'allure d'un retour au point de départ. Le for doit-il cependant se résigner à y voir l'aboutissement définitif du procédé ou ne pourrait-il pas s'en emparer pour en faire la base d'un nouveau départ¹²¹ ? C'est dans cette dernière direction que s'achemine la thèse du règlement subsidiaire, la plus réceptive à la part constructive des critiques adressées par l'antithèse. Or, encore qu'elle n'ait pas été pour l'instant poussée jusque-là, cette idée peut fort bien suggérer au for le choix d'un facteur de désignation subsidiaire *autre que le rattachement adopté par la règle de conflit étrangère* et susceptible de respecter à nouveau l'égalité entre la loi du for et la loi étrangère ; l'État étranger désigné aura donc le loisir de l'ériger à son tour en critère subsidiaire de rattachement. C'est la thèse qui fait ouvertement une place à l'antithèse, la loi du for à la loi étrangère, mais en faisant enfin dépendre l'uniformité, non plus de la disparité, mais de l'identité, dont la poursuite n'est que poussée à un échelon supérieur de l'ordonnancement conflictuel. Voilà qui semble propre à offrir l'amorce d'une synthèse. C'est ce que s'emploie à vérifier la suite de cette première partie de l'étude.

¹²⁰ Sur ce que « l'objectif de la règle d'égalité » est bien « de favoriser l'harmonie internationale des solutions », v. P. Gannagé, « Égalité de traitement », p. 298. A. Ferrer Correia, *ibidem*, p. 303, a salué le fait que « le préambule [de la résolution adoptée par l'Institut de droit international : v. *supra*, note 117] établisse un lien entre le but du droit international privé, notamment l'harmonie internationale de solutions, et le principe de l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère » ; cf. sur ce lien, J.G. Sauveplanne, « Renvoi », p. 10. Sur ce que le principe de la *Gleichbehandlung*, s'il manque de fondement en tant que *principe général*, peut se révéler être un moyen approprié « zur Erreichung konkreter rechtspolitischer Ziele », v. D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, p. 8.

¹²¹ Cf. A. Bucher, « Le for de raisonnement », p. 42 pour qui c'est avec un « certain esprit de fatalité que la doctrine traditionnelle accueille la solution consistant à faire appliquer par le juge saisi sa propre loi ».

Titre II

Recherche d'une synthèse

29. La représentation judiciaire du conflit de renvoi et de la relation interindividuelle qu'il frappe. La réflexion sur le renvoi a pris pour point de départ la saisine *effective* – supposée effective – du juge d'un des États entre lesquels il y a renvoi. Cet État devient l'« État du for ». C'est sans surprise, car c'est là le moment initial que s'est donné la théorie générale de la règle de conflit de lois. Cette théorie a, en effet, été édifiée à partir de l'hypothèse *contentieuse*¹²², c'est-à-dire à partir de l'hypothèse qui suppose que la relation privée en cause est devenue *litigieuse* et que le juge de l'un des États auxquels elle est rattachée a été saisi d'un tel litige. Autrement dit, le rapport humain en question, lequel, sur le plan *substantiel*, est transfrontière, et plus exactement ici « binational », en ce qu'il s'inscrit dans les milieux socio-économiques de *deux* communautés étatiques, a déjà débouché, d'après le cadre de raisonnement que se sont données la thèse et l'antithèse, sur une relation *procédurale* qui est, quant à elle, « *mono-nationale* », puisque le procès se déroule exclusivement, ou presque, au sein d'un seul État. Gardons en effet à l'esprit que le procès engendre un « lien », le lien d'instance, qui unit les sujets qui y participent, les parties à l'instance, pour l'essentiel les « litigants » et le juge ; que ce lien nourrit un rapport qui est juridique (*Prozess als Rechtsverhältnis*)¹²³, puisqu'il est gouverné par des règles qui créent des situations juridiques procédurales ; qu'un tel rapport procédural en vient à se superposer à la relation substantielle qu'il a pour objet mais dont il demeure distinct¹²⁴. Or, pour la thèse et l'antithèse, cette relation

¹²² Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 118 : « [t]rop souvent, semble-t-il, la doctrine raisonne quant aux problèmes du conflit de lois aux lieu et place d'un juge les envisageant sous leur aspect litigieux. L'hypothèse *contentieuse* imprime à cette branche du droit quelque chose d'inquiétant : les justiciables sont invités en son nom à ne pas tenir leurs prétentions pour certaines tant qu'un juge ne les aura pas mises en balance » (italique en original). V. du même auteur, le compte rendu de P. Mayer, *Droit international privé*, Paris, 1977, *Rev. crit.*, 1977, p. 867, *La pensée des autres*, p. 358 : « C'est que, en matière de conflits de lois, les solutions ne sont pas le plus souvent envisagées eu égard à des règles préexistantes mais en considération de l'activité du juge à qui un problème concret se pose... En fait, la sécurité... n'est pas jusqu'à nouvel avis donnée dans notre domaine aux justiciables ».

¹²³ C'est le titre du célèbre livre de J. Kohler, *Der Prozess als Rechtsverhältnis, Prolegomena zu einem System des Civilprozesses*, Mannheim, 1888. V. aussi *infra*, note 321.

¹²⁴ S. Guinchard / C. Chainais / F. Ferrand, *Procédure civile*, 30^e éd., Paris, 2010, p. 331 : « l'instance a un caractère *formel* et *processuel* accentué : les rapports du droit substantiel ne sont pas affectés

procédurale s'est effectivement nouée, car, pour l'une et l'autre, si « problème du renvoi » il y a, c'est qu'il y a déjà un « for »¹²⁵.

C'est ainsi qu'un tel « problème » a été, par la thèse et l'antithèse, examiné depuis l'angle de vue de l'État du for et, plus exactement, depuis la perspective du juge responsable du procès au for en sa qualité de « gardien du bon déroulement de l'instance »¹²⁶ : c'est par rapport à lui qu'une des lois en conflit de renvoi est la « loi du for », la loi du juge saisi, « sa propre loi », et la loi de l'État désigné par sa règle de conflit de lois, « la loi étrangère ». La représentation judiciaire du renvoi explique que celui-ci ait été appréhendé en tant que « problème » de *mise en œuvre*, et d'abord d'interprétation, de la *règle de conflit de lois* de l'État du juge supposé saisi de l'affaire. La façon dont l'enjeu a été le plus souvent formulé l'atteste : « la règle de conflit de lois désigne-t-elle la seule loi matérielle étrangère ou également la règle de conflit étrangère » ? Une telle configuration judiciaire a de surcroît contribué à affermir le sentiment qu'il ne s'agit au fond que d'un « incident », aussi astreignant son traitement soit-il pour le juge du for et aussi décisif soit-il pour l'issue du procès : incident survenant postérieurement à la procéduralisation du rapport humain en cause devant le juge du for ; incident qu'il faut aider le juge du for à trancher en lui indiquant le « mode d'emploi » de sa propre règle de conflit de lois.

30. « Déjudiciarisation » de la perspective et « virtualisation » du procès. La question promet de s'éclairer d'un jour nouveau, et l'analyse qu'elle suggère de gagner en profondeur, dès que l'on entreprend de faire évoluer la vision plate et statique postulée par la thèse et l'antithèse en une vision stéréoscopique et dynamique¹²⁷ ; et notamment qu'on ramène en arrière le poste d'observation, en le plaçant à une phase *antérieure* au procès, en « *déjudiciarisant* » la perspective¹²⁸, c'est-à-dire en « *virtualisant* » la perspective judiciaire. En anti-

par le lien d'instance et le lien juridique d'instance se superpose au rapport de droit substantiel » (italique en original).

¹²⁵ Dans l'article le plus récent qu'exploite cet ouvrage (« Riflessioni sulle finalità del 'rinvio' nel diritto internazionale privato contemporaneo », p. 1198), P. Picone, dont on sait à quel point l'œuvre s'attache à la « coordination » entre « ordres juridiques » et aux « méthodes » de celle-ci, rappelle, de manière emblématique, que « [il] punto di partenza dell'intera 'operazione' del rinvio è dato... dall'esistenza (o dalla previsione) di un *processo nel foro*, con la conseguente applicazione delle norme di conflitto dell'ordinamento nazionale » (italique en original).

¹²⁶ S. Guinchard / C. Chainais / F. Ferrand, *Procédure civile*, p. 351.

¹²⁷ L'image s'inspire de celle qu'a utilisée Ph. Francescakis relevée par P. Gothot, « Phocion Francescakis et 'La pensée des autres' », p. 714, pour signifier la nécessité de dépasser le cadre de pensée, désormais trop étriqué, dans lequel raisonnait encore Étienne Bartin.

¹²⁸ L'expression « perspective déjudiciarisée » nous a été suggérée par le Professeur Bertrand Ancel lors d'une des rencontres parisiennes rue de l'Arbalète qu'évoquent les remerciements (*supra*, p. XI). Ces quelques pages (n° 30 à 33) sont parmi les dernières à avoir été rédigées, ce qui explique que leur « coordination » avec les autres qui composent ce deuxième titre ne soit peut-être pas toujours immédiatement perceptible et qu'elle soit, en tout cas, largement perfectible. Les impératifs éditoriaux tout autant que le quasi-épuisement de la patience des Maîtres de l'auteur l'ont empêché de travailler plus longuement à une telle coordination qu'aurait sans doute améliorée une troisième édition.

cipant sur les développements qui suivront, c’est à une perspective « déjudiciarisée », de « judiciarisation *virtuelle* », que se situent naturellement tous les sujets intéressés par une relation interindividuelle prise dans les chaînes des désignations réciproques.

Les particuliers restent, on l’aura remarqué, assez absents du jeu dialectique auquel se livrent la thèse et l’antithèse. Ils demeurent hors scène, impuissants à marquer de leur empreinte le déroulement du débat, à pousser la thèse et l’antithèse à une prise en compte explicite et directe de leurs besoins. Une configuration préjudiciaire de la question les propulse, en revanche, au milieu de la scène ; du coup, elle conduit à prendre conscience des désagréments que leur cause préjudiciairement la menace du conflit du renvoi et à s’efforcer de les éliminer. Les particuliers se demandent, avant de songer à engager un procès, avant de rendre litigieuse la relation humaine qu’ils ont nouée, et souvent avant même de donner naissance à une telle relation¹²⁹, quels sont les *droits subjectifs* et les *obligations* qui résultent ou résulteraient de celle-ci et ils sont, par conséquent, fondés à se demander quelle est des deux lois participant au conflit de lois, et ici tout particulièrement au conflit de renvoi, celle qui les régit ou les régirait. Aussi ont-ils un *intérêt commun*, de bonne foi, à connaître une telle loi, en principe, avant et indépendamment de tout procès, et ils s’attendent, et ils sont fondés à s’attendre, à ce que les *règles générales et abstraites de conflit de lois*, et au besoin de conflit de renvoi, satisfassent à cet intérêt commun, qu’elles leur indiquent quelle loi détermine le contenu juridique de leur relation, dans la majorité des cas, sans les astreindre à s’adresser, pour l’identifier, aux tribunaux compétents, qui sont ici les tribunaux de l’un et l’autre État¹³⁰.

C’est là l’objectif premier que poursuit pour son propre compte chacun des États lorsqu’il se donne des règles de conflit de lois et de renvoi. C’est le grand sens de l’*harmonie des solutions*. Rechercher celle-ci, et en faire profiter une relation privée « binationale », signifie, pour les deux États aux milieux socio-économiques desquels elle est rattachée, chercher à prévenir un « *conflit de solutions* », c’est-à-dire un conflit entre les « solutions » que peuvent avancer l’un et l’autre État au sujet du traitement que mérite une telle relation interindividuelle, en évitant notamment que chacun prescrive que la « solution » du conflit de lois consiste à retenir *sa propre loi* ou que chacun prescrive qu’une telle « solution » consiste à retenir *la loi de l’autre*. L’objectif est précisément que se produise l’« harmonie des solutions » résultant de la réussite d’une telle entreprise de prévention du « conflit de solutions » ; que les États producteurs des lois par hypothèses différentes, et des règles de rattachement pouvant l’être à leur tour, ne soient pas en désaccord sur la « solution » à donner quant au contenu juridique de la relation humaine « binationale », ou qu’ils aient surmonté

¹²⁹ *Infra*, n° 73 s.

¹³⁰ *V. supra*, n° 3.

leur désaccord, qu'ils aient trouvé un mode de coexistence des domaines d'applicabilité de leurs lois, qu'ils aient résolu entre eux la question de savoir quand c'est la « vocation » de l'une d'elles qui se « concrétise », et quand c'est la « vocation » de l'autre qui l'emporte. Et l'objectif est que les particuliers puissent bénéficier de cette « harmonie des solutions », de la prévention du « conflit de solutions », que cette *harmonie interétatique* puisse entraîner une *harmonie interindividuelle*, que les particuliers, renseignés sur les droits subjectifs qui leur reviennent et les obligations qui leur incombent, puissent exercer les premiers – s'ils le souhaitent – et s'acquitter des secondes, c'est-à-dire nouer et vivre leurs relations transfrontières, le plus possible, sans qu'elles deviennent *conflictuelles*, sans qu'elles doivent « se procéduraliser ».

Marque du conflit entre les hommes, le procès est en soi aux antipodes de l'harmonie, il suppose une « disharmonie » entre ceux qui se sont résolus à y avoir recours ; le *fait même* qu'il soit nécessaire de l'ouvrir pour que le conflit de lois soit résolu incite les humains à la conflictualité, et suppose que l'objectif premier auquel est asservi l'harmonie des solutions, dont les bienfaits se recueillent largement en amont du procès et consistent largement dans le maintien de la virtualité de celui-ci, n'ait pas été atteint.

Si la règle de conflit de lois poursuit l'harmonie des solutions, il faut bien considérer que le domaine privilégié de l'action de celle-ci n'est pas le cadre *judiciaire*, qu'elle ne vise pas en premier lieu à fournir aux autorités de l'État qui l'édicte, lorsqu'elles sont saisies d'un « litige » présentant un « élément d'extranéité » par rapport à cet État, désormais du « for », un outil pour le trancher en leur indiquant la loi qu'elles doivent prendre pour base de leur décision, mais bien à concourir à fournir aux hommes et aux femmes parties aux relations privées transfrontières, et ici spécialement « bi-nationales », la règle de conduite à suivre, c'est-à-dire à concourir à la prévention des litiges entre eux, à la « déconflictualisation » de telles relations privées transfrontières, à leur déroulement paisible, sûr et fécond et partant à leur multiplication. Comme la grande majorité des règles de droit privé, la règle de conflit de lois ne travaille pas au premier chef *en aval* de l'« hypothèse contentieuse », lorsqu'une telle hypothèse se réalise, mais elle travaille d'abord à l'*hypothèse harmonieuse*, « déconflictualisée », elle œuvre pour que l'« hypothèse contentieuse » puisse demeurer le plus souvent hypothétique. La fonction première de la règle de conflit est *anticontentieuse*, *anti-judiciaire*, *déconflictualisatrice*, *facilitatrice* des relations humaines internationales.

C'est dans un cadre *préjudiciaire* et « déjudiciarisé » qu'il convient de la voir à l'œuvre, et c'est un tel cadre qu'il convient de prendre pour point de départ de la réflexion sur le renvoi.

31. Abandon de la dichotomie « for-étranger ». Deux « lois du for » virtuel. De l'« extranéité » à l'« altérité ». Les conséquences résultant du « report en

arrière »¹³¹ de l’angle d’observation sont de taille. Si par « État du for » l’on désigne « l’État du juge saisi », supposé saisi, et par « État étranger », l’« État autre que celui du juge saisi », aucun État n’est, aussi longtemps que la relation humaine ne s’est pas procéduralisée, « l’État du for », car il n’y a encore par hypothèse pas de juge saisi, et aucun n’est « l’État étranger », mais il y a, tout au long d’une telle phase, *deux États dont chacun est virtuellement État du for*, c’est-à-dire qu’il y a *deux lois du for*, car il y a *deux fors virtuels*. Aussi bien, une telle perspective encourage à éviter d’opposer l’« État du for » à l’« État étranger », la « loi du for » à la « loi étrangère », le « juge du for » au « juge étranger », l’« ordre juridique du for » à l’« ordre juridique étranger ». C’est pourquoi il sera surtout question, dans ce qui suit, et sauf lorsqu’il s’agira de revenir à la manière classique d’appréhender la question et aux arguments traditionnels¹³², d’État A et d’État B, de loi de l’État A (ou loi de A, ou loi A) et de loi de l’État B (ou loi de B, ou loi B), du juge de l’État A et du juge de l’État B.

Le fait est que, dans une dimension de « judiciarisation virtuelle », la dichotomie « for-étranger » perd une grande part de sa pertinence. S’expliquant en vertu du point de vue du procès au for, du juge qui en a la charge, le terme « étranger » et la réalité qu’il exprime deviennent même *zweckwidrig* dès lors que l’on « déjudiciarise » le point de vue. Les personnes privées parties à la relation substantielle, la seule qui existe ou peut exister en amont de la saisine – car la relation procédurale n’existe pas encore –, ainsi que la relation substantielle prise dans son objectivité¹³³, ont par hypothèse des attaches avec l’une et l’autre communauté étatique, si bien qu’aucune loi n’est, du point de vue de ces personnes et de cette relation, *a priori* étrangère, *aucun des États ne leur est « étranger »*. Il n’y a pas d’« extranéité » mais une double « intranéité », à la manière d’un binational qui n’est étranger à aucun des États dont il tient la nationalité, ou du bilingue pour lequel aucune des langues qu’il parle nativement n’est une langue étrangère. Quant aux rapports entre les deux États en cause, l’État A est certes « autre » par rapport à l’État B, et l’État B est certes « autre » par rapport à l’État A, mais l’un et l’autre sont, ainsi qu’on le précisera mieux, « co-intéressés » à régler les relations qui les « co-affectent » et c’est pourquoi ils ont un *projet commun de coordination*, et sont donc appelés à devenir *partenaires*¹³⁴. Comment deux sujets peuvent-ils rester « étrangers » l’un à l’autre tout en devant travailler ensemble afin de se « coordonner » ? Le terme « étranger », et l’expression « étranger l’un à l’autre », font en effet penser à des sujets qui sont « sans rapport » l’un avec l’autre. Ici nos États sont précisément « mis en relation » l’un à l’autre par la relation interindividuelle, et ils sont donc « parties » à une relation « bi-étatique », une relation d’abord factuelle mais qui

¹³¹ Pour parler comme les fiscalistes.

¹³² Par exemple, *infra*, aux n° 135 s. et 183 s., ainsi que dans le Titre II de la Deuxième Partie.

¹³³ Cf. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 4, n° 2.

¹³⁴ *Infra*, spéc. n° 68, 97, 177.

cherche à être juridique, à accéder à la juridicité, pour pouvoir être harmonieuse¹³⁵. Or un *État partie* à une relation « bi-étatique » n'est pas, à l'égard d'une telle relation, étranger par rapport à l'autre *État partie*. Le terme « partie » (*pars*), et ses dérivés, dont « partenaire », indiquent bien l'état et la condition de celui qui participe, qui prend part, ils renvoient à un « tout », par rapport auquel aucune des unités partielles qui le forment n'est « étrangère », au sens de « tierce », d'« éloignée », de « ne pas affectée », de « distante », l'« étranger » étant précisément « celui qui ne fait pas partie »¹³⁶.

Une perspective « déjudiciarisée » encourage à passer de l'« extranéité » à l'« altérité »¹³⁷, pour mieux refléter l'aspiration commune des deux États, consistant, par leurs règles de conflit de renvoi, ainsi qu'il l'a été dit avec force, à « réaliser cette unité rationnelle de deux règles de conflit [de lois], certes distinctes, mais qui peuvent par leur combinaison, n'en faire qu'une »¹³⁸. D'où les expressions « État co-intéressé » ou « l'autre État co-intéressé » que l'on privilégiera, et sur lesquelles l'on s'expliquera plus longuement¹³⁹.

Dans l'un des deux « cas d'étude » qui sera le plus fréquemment exploité, la succession d'un Britannique domicilié en Espagne, la loi espagnole n'est – à moins qu'il n'en résulte différemment des explications fournies – pas plus « loi du for » que ne l'est la loi anglaise, et celle-ci n'est pas plus loi « étrangère » que celle-là. Car, le poste, et l'instant, d'observation que nous aurons privilégiés sont antérieurs à la saisine effective d'un juge, antérieurs à la « conflictualisation » du rapport humain en cause. À cet instant préjudiciaire, l'Angleterre et l'Espagne sont l'une et l'autre *États du for virtuel*¹⁴⁰ et la loi espagnole et la loi anglaise sont au même titre *lois du for virtuel*. C'est là la perspective à laquelle se situent naturellement les autorités espagnoles et anglaises chargées de la mise au point des règles de conflit de lois et des règles de conflit de renvoi, car c'est la perspective à laquelle se situent naturellement les parties privées qui ont le droit de réclamer le bénéfice de telles règles, pour l'essentiel, ici, le *de cujus* et ses proches. Le but premier que poursuivent les autorités espagnoles et anglaises chargées d'édicter de telles règles est d'*épargner* aux parties privées un conflit de lois – en l'occurrence un conflit hispano-anglais ou anglo-espagnol de lois – c'est-à-dire de signaler aux particuliers intéressés comment un tel conflit est

¹³⁵ *Infra*, n° 48.

¹³⁶ La version en ligne du dictionnaire Larousse définit le mot « étranger » comme se référant, d'une part, à celui « [q]ui est d'un autre pays, qui n'a pas la nationalité du pays où il se trouve » et, d'autre part, à celui « [q]ui ne fait pas partie d'un groupe, d'un milieu, d'un organisme, ou qui n'est pas considéré comme en faisant partie » (<<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/etranger>>).

¹³⁷ Cf. le titre de l'ouvrage de H. Khélib, *De l'extranéité à l'altérité*, Bruxelles, 2003.

¹³⁸ C'est l'objectif que, selon les mots de P. Gothot, « La place d'Henri Batiffol dans la doctrine », p. 30, Henri Batiffol assignait au renvoi.

¹³⁹ *Infra*, n° 47.

¹⁴⁰ Sur ce que la notion d'« État » ici retenue, à l'instar de celle inscrite dans la Convention des Nations Unies sur l'immunité des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, désigne également les *États fédérés* et toute autre entité ou *subdivision politique* titulaire d'une parcelle de souveraineté, et donc également l'Angleterre, qui est l'un des *four countries* composant le Royaume-Uni, *infra*, note 174.

ou sera réglé pour qu’ils puissent exercer leurs droits et s’acquitter de leurs obligations, dans la majorité des situations, sans être incités à se faire un procès pour le savoir et, d’abord, pour qu’ils puissent en connaissance de cause décider de réaliser ou de ne pas réaliser les actes qui donnent à la succession en question un caractère « binational » et de réaliser ou de ne pas réaliser les actes auxquels la loi qui les régit attache l’effet de créer ou modifier des droits et des obligations. C’est dans cette vue que l’Espagne et l’Angleterre sont encouragées à travailler à l’« harmonie des solutions », à travailler pour qu’il y ait « harmonie » entre elles quant à la « solution » que réclame la question de savoir quels sont les droits subjectifs et les obligations des particuliers impliqués dans une succession anglo-espagnole, et donc pour qu’il y ait « harmonie » entre elles quant à la question de savoir quelle loi, anglaise ou espagnole, détermine de tels droits et de telles obligations. Le premier *intérêt commun* à l’Espagne et à l’Angleterre, celui que visent à satisfaire au premier chef leurs règles générales et abstraites de conflit de lois, tient à ce que l’organisation et le règlement de ces successions hispano-anglaises s’opèrent de manière harmonieuse entre les particuliers concernés conformément à la loi que de telles règles désignent comme applicable, que les relations humaines hispano-anglaises qui s’y rapportent ne deviennent pas *conflituelles* ; autrement dit, leur premier intérêt commun est que, dans le nombre le plus élevé possible de successions hispano-anglaises, il n’y ait pas d’*État du for effectivement saisi*, et d’*État étranger au for*, mais que l’un et l’autre puissent maintenir leur statut de « co-État de for virtuel », que le litige au sujet d’une telle succession reste virtuel, que l’hypothèse *contentieuse* ne se réalise pas, que l’hypothèse *harmonieuse* se concrétise le plus souvent.

L’abandon de la dichotomie « loi du for-loi étrangère » rend au demeurant justice à de telles relations transfrontières et aux personnes privées qui y participent. La difficulté que soulève une succession hispano-anglaise est, précisément, qu’une telle succession n’est « étrangère » à aucune de ces deux communautés étatiques, qu’elle est significativement *inscrite* au sein des milieux socio-économiques dont ont la charge les deux États « co-affectés » par elle, et que, par conséquent, aucun des États ne lui est « étranger », mais ils sont l’un et l’autre « liés », « rattachés » à une telle succession, et aucun n’a le loisir de s’y « désintéresser », de la laisser non réglée. C’est cette *non-extranéité* tout autant de l’une que de l’autre communauté étatique par rapport à la succession en cause – à l’instar d’un double ressortissant britannique et espagnol qui n’est « étranger » au Royaume-Uni pas plus qu’il ne l’est à l’Espagne –, c’est cette *double intranéité* de la succession à l’égard des milieux espagnols et des milieux anglais, ce sont l’« *hispanicité* » et la « *britannicité* » qu’elle affiche en même temps, qui justifient la « vocation » concurrente de la loi espagnole et de la loi anglaise à la régir. Et de fait, le *de cujus* et ses proches sont dans leur ensemble liés aux deux États, car, d’une part, les successibles peuvent être rattachés en partie à l’Espagne et en partie à l’Angleterre et, surtout, le *de cujus*, qui a par hypothèse la *nationalité* britannique et son *domicile* en Espagne, est *a priori* significativement « lié » aux deux communautés ; il n’est en tout cas sans doute pas « étranger » au milieu socio-économique espagnol, l’un des deux États en cause estimant même qu’un tel lien domiciliaire est, selon le *quod plerumque fit*, encore *plus si-*

gnificatif, s'agissant d'une dévolution successorale et des relations qui s'y rapportent, que le lien qui l'unit à son État national.

32. Une perspective « binationalisée », « égalitaire », et « bilatérale ». Deux « États de raisonnement ». Une perspective « déjudiciarisée » est une perspective « *binationalisée* » et *inclusive*, puisqu'elle « inclut » les deux États dans le champ de vision qu'elle offre ; elle est *fédératrice*, parce qu'elle leur montre leur intérêt commun, qui consiste à honorer la « corresponsabilité » du préjudiciaire qui leur incombe, du règlement préjudiciaire du conflit de lois propre à favoriser l'harmonie interindividuelle ; elle est par là même *égalitaire*, la relation humaine étant, à ce stade, « co-controlée », « co-surveillée » paritairement par l'un et l'autre État, si bien l'un et l'autre occupent dans un tel cadre un espace co-extensif, ils sont au premier plan, sur un plan d'égalité, sur un pied d'égalité, et leurs lois sont l'une et l'autre, on l'a vu, dans la même mesure, *loi du for*, et aucune n'est « étrangère » à ce champ de vision, qui, précisément, est bi-étatique. Une telle perspective encourage tous ceux qui regardent les choses avec les yeux d'un de ces États, à s'intéresser également au point de vue de l'autre, à embrasser une optique « bilatérale », « bifocale », « bioculaire », « bi-angulaire »¹⁴¹. En effet, si l'on raisonne dans le contexte « binationalisé » dans lequel le préjudiciaire invite à s'installer, c'est qu'il y a deux « côtés » qui raisonnent, *deux États de raisonnement*, deux « co-raisonneurs », car la perspective est « bifore », bi-judiciaire, et donc il y a deux « *co-fors de raisonnement* »¹⁴². Il se peut certes que l'on doive raisonner pour le compte – par exemple – de l'État A, mais à cet instant préjudiciaire, l'État B raisonne lui aussi préjudiciairement, c'est-à-dire qu'il y a quelqu'un qui raisonne pour lui, et le raisonnement de celui qui raisonne pour le compte de l'État A doit donc tout autant considérer les fruits du raisonnement de celui qui raisonne pour le compte de l'État B que ce dernier doit considérer les fruits du raisonnement du premier. Et si les raisonnements des deux « co-raisonneurs » n'ont pas abouti au même résultat, chacun est encouragé à poursuivre son raisonnement, ce double raisonnement supplémentaire ayant pour objet la distance qui sépare les résultats des deux premiers raisonnements, et ainsi de suite, jusqu'à ce que l'aboutissement des raisonnements coïncide.

¹⁴¹ Pour quelques développements ultérieurs, dans le domaine de la responsabilité parentale, v. « Conflits entre les parents et conflits entre les ordres juridiques en matière de la responsabilité parentale », in Ch. Guy-Écibert (dir.), *La médiation familiale internationale dans les situations d'enlèvement parental*, Neuchâtel, 2014 (à paraître).

¹⁴² Selon le mot de G.A.L. Droz, « Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé », *Rec. cours*, 1991, t. 229, p. 351 s., repris par A. Bucher, « Le for de raisonnement ». Seulement, une perspective préjudiciaire encourage à ne pas distinguer entre *for de jugement* et *for de raisonnement*, car les deux États du for virtuel, les deux fors virtuels, sont l'un et l'autre *co-fors de jugement virtuel*, et ils doivent raisonner l'un et l'autre, « co-raisonner », l'intérêt commun premier qu'ils poursuivent en co-raisonnant étant de maintenir l'un et l'autre le statut de for virtuel, et donc de for de jugement virtuel, et de ne pas devoir rendre un jugement *effectif* sur le conflit de lois, un tel conflit étant résolu au préjudiciaire.

Car l’État A – celui qui raisonne pour lui – ne raisonne pas *dans le vide*, pour le plaisir de raisonner, mais bien en vue de *se coordonner* avec l’État B « co-raisonnant », et inversement.

Les responsables de la mise au point de la règle espagnole de conflit de renvoi ne peuvent que se situer du *point de vue espagnol*, ils ont le droit, parce qu’ils ont le devoir, de prendre l’État espagnol pour « État du raisonnement », de la même manière que les responsables de la règle anglaise peuvent et doivent se situer du point de vue de l’Angleterre. Et nous adopterons parfois la perspective « subjective » espagnole, du *sujet-État* espagnol, et parfois la perspective anglaise. Mais puisque l’Espagne (tout comme l’Angleterre) est intéressée à épargner le « conflit hispano-anglais de solutions » aux particuliers impliqués dans ces successions hispano-anglaises, à leur permettre d’exercer leurs droits et de s’acquitter des obligations résultant de la loi au profit de laquelle le conflit hispano-anglais de lois est tranché, l’Espagne est intéressée à entrer dans une démarche « bilatérale » de coordination, d’ajustement mutuel, avec l’« État co-intéressé » (et inversement).

33. Méthode bilatérale de coordination. Deux États « co-coordonateurs ».

L’angle de vue préjudiciaire est celui qui montre mieux la nécessité d’une telle coordination et projette les lumières les plus vives sur la méthode à suivre pour y parvenir¹⁴³. On voit bien, depuis cet angle, que les États sont encouragés à se « coordonner » *entre eux* pour régler ensemble, « co-régler », pour ordonner ensemble, « co-ordonner », la relation privée qui les « co-affecte », c’est-à-dire pour coordonner les domaines de liberté des particuliers qui y participent, domaines que concourent à définir leurs droits et leurs obligations. Il s’agit donc d’atteindre une *coordination interétatique* en vue d’atteindre une *coordination interindividuelle*¹⁴⁴.

Les deux États nous apparaissent bien, à cet instant, « équi-ordonnés ». Il n’y a, en effet, pas de « coordinateur » supra-étatique, hiérarchiquement « sur-ordonné » et par rapport auquel ils sont l’un et l’autre subordonnés, et auquel ils auraient conféré le pouvoir d’imposer à l’un et à l’autre sa vision supra-étatique de la coordination bi-étatique. Il n’y a pas non plus de subordination de l’un à l’autre, l’un ne saurait prétendre imposer sa vision mono-étatique de la coordination bi-étatique, et s’attendre à ce que l’autre se « subordonne » à une telle vision, sans pouvoir co-participer « de son côté » à définir le principe d’une telle coordination, à l’instar du supérieur hiérarchique qui a le loisir de dire à son subordonné : « vous vous occupez de ceci, moi, je m’occuperai de cela ». Mais aucun d’eux ne saurait non plus prétendre se décharger de la « corresponsabilité » qui lui incombe, en laissant l’autre raisonner tout seul à la manière la plus opportune d’organiser la coordination entre eux. C’est dire

¹⁴³ « La coordination entre ordres juridiques étatiques : c’est, selon une vue répandue, l’objet même du droit international privé » (P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Rec. cours*, 2007, t. 327, p. 23).

¹⁴⁴ *Infra*, n° 47.

que nos États cherchent à se coordonner tout en restant « équi-ordonnés », ils sont l'un et l'autre à la fois « sujets à coordonner » et « sujets coordonnants », « *co-coordonateurs* ». C'est un peu comme deux chefs de projet qui sont chargés de coordonner ensemble, en « binôme », le travail de leurs co-subordonnés et qui doivent donc d'abord *se coordonner entre eux*, et coordonner le travail de coordination dont chacun se chargera à l'égard de l'activité de leurs co-subordonnés. Et chacun des « co-coordonateurs » dispose naturellement d'un nombre égal d'opportunités de s'exprimer, de dire sa vision de ce qui devrait être le critère pouvant coordonner son travail de coordination avec celui de son partenaire.

C'est à travers ses règles de conflit de lois et de renvoi que chacun des États « co-coordonateurs » recherche la coordination. La dimension préjudiciaire est celle où il y a *deux règles de conflit de lois* « *applicables* », au sens de visant l'une et l'autre les personnes privées parties à la relation « binationale » en cause et pouvant être judiciairement « appliquées », celle de l'État A et celle de l'État B. Car il y a, dans cette phase, deux États du for virtuel, et aucun ne saurait prétendre que sa règle de conflit de lois soit applicable à l'exclusion de celle de l'autre, ou qu'elle soit « plus applicable » que celle de l'autre, pas plus qu'il ne saurait prétendre que la règle de conflit de lois de l'autre soit applicable à l'exclusion de la sienne propre, que sa propre règle de conflit de lois soit « moins applicable » que celle de l'autre. C'est la phase d'une applicabilité conjointe, simultanée et paritaire dont il s'agit, d'une « *co-applicabilité* » des deux règles de conflit de lois, qui sont faites pour fonctionner ensemble, en « *co-coordinatrices* », en « binôme », qui sont faites pour être des « co-règles » de conflit de lois. En observant la relation humaine prise dans le jeu des désignations réciproques depuis un poste d'observation préjudiciaire, on voit bien, chacun des États voit bien, le *conflit de règles de conflit de lois*, il peut aisément constater que la coordination bi-étatique n'est pas encore trouvée au profit de la relation interindividuelle, car les deux « co-règles » de coordination avancent un critère de coordination différent et ne parviennent pas à la coordination entre les États qui les avancent, si bien qu'à ce stade, et si les États en restent là, la coordination demeure un *projet non réalisé*, un projet avorté, car les deux « co-règles » divergent et ne « règlent » pas le conflit de lois, la relation interindividuelle n'est pas encore « co-réglée » mais elle est toujours « dé-réglée ».

La dimension préjudiciaire est donc celle qui fait apparaître la nécessité d'un effort de coordination supplémentaire, et la nécessaire « bilatéralité » de cet effort supplémentaire, elle rend manifeste qu'un tel effort supplémentaire revient paritairement aux « deux côtés », elle révèle la nécessité de *deux* « co-règles » de conflit de renvoi « *co-applicables* », celle de l'État A et celle de l'État B. La « méthode » véritablement bilatérale de coordination en vue de la résolution d'un conflit de lois – la seule qui, dans les domaines qui nous intéres-

sent¹⁴⁵, puisse parvenir à une telle coordination – est celle de la *voie bilatérale*, de l’*action bilatérale*, de l’*effort bilatéral*, parallèle, paritaire, symétrique, incombrant aux deux États. C’est la méthode qui consiste à reconnaître et à imposer à chacun des côtés (*latus*) le droit-devoir d’y contribuer paritairement, le droit-devoir d’être « co-coordonateur »¹⁴⁶. Mais il ne s’agit que d’une « méthode », d’une « voie » justement, pour atteindre un but. Car la coordination, il ne suffit pas de la chercher, il faut aussi, et surtout, la trouver. Si bien que les sujets « co-coordonnants » ne peuvent pas s’arrêter en chemin, mais ils doivent poursuivre leurs efforts, renouveler leurs démarches, aussi longtemps qu’ils n’ont pas rempli leur tâche commune. C’est pourquoi, si la vision de la coordination interétatique que l’État A inscrit dans la « co-règle » de conflit de lois diffère de celle que l’État B inscrit dans sa « co-règle » de conflit de lois à lui, car l’État A retient un facteur de coordination autre que l’État B, et que ces deux facteurs désignent *chacun la loi de l’autre État* « co-coordonateur », chaque État sera tenu de mettre au point et avancer un critère *tiers et supérieur* propre à réaliser la coordination entre les deux premiers « projets » discordants de la coordination, l’État A et l’État B devant se reconnaître réciproquement le même droit, et devant assumer réciproquement le même devoir, de « co-raisonner » et de s’exprimer en vue d’atteindre la coordination entre eux. Si le défaut de coordination interétatique persiste, il faut que les deux États s’adonnent à élaborer un troisième couple de « co-règles » – toujours *deux à deux*, toujours *deux* « co-règles » à la fois –, et ce jusqu’à ce que les deux « co-règles » mono-étatiques, fruit de choix libres et indépendants, désignent la même loi en réalisant l’« unité rationnelle » évoquée, en se « combinant » l’une avec l’autre et « ne faisant qu’une »¹⁴⁷, formant une seule règle de conflit bi-étatique, à l’édification de laquelle chaque communauté étatique aura contribué paritairement.

C’est bien ce que s’attachent à illustrer les pages qui suivent. Indiquons-en sommairement le plan.

34. Forme et substance de la règle sur le renvoi. Il incombe à tout État, c’est-à-dire, dans l’hypothèse qui est la nôtre¹⁴⁸, tout autant à l’État A, dont la loi est désignée par la règle de conflit de l’État B, qu’à l’État B, dont la loi est désignée par la règle de conflit de l’État A, de mettre au point une règle ayant vocation à trancher le conflit de renvoi, et le « conflit de rattachements » qu’il traduit, une *règle de conflit de renvoi*. La recherche tout à la fois de la structure, ou *forme*, et de la teneur, ou *substance*, désirables d’une telle règle de conflit de renvoi suppose la prise de conscience de la rationalité – au sens de rationalité téléolo-

¹⁴⁵ *Supra*, n° 3.

¹⁴⁶ Ainsi entendu, le terme « bilatéralisme » aurait une signification analogue à celle que ce terme reçoit dans la discipline académique qui étudie les « relations internationales » (« penser et agir à deux », « deux à deux »). Or c’est bien des « relations internationales » qu’il est question en droit international privé, interétatiques parce qu’interindividuelles : v. *infra*, n° 47.

¹⁴⁷ *Supra*, note 136.

¹⁴⁸ Détaillée *supra*, n° 3.

gique, de *Zweckrationalität* – de la structure ou *forme* de la règle de conflit de lois, tout autant que la prise de conscience de ce que le renvoi naît précisément de l’*identité* quant à la *forme* et de la *diversité* quant à la *substance* des deux règles de conflit de lois étatiques qui le provoquent¹⁴⁹.

Puisant sa racine dans l’impératif catégorique ou « loi universelle du droit » dégagés par la tradition kantienne, le bilatéralisme dont jaillit la règle de conflit de lois livre la *forme*, logique et ontologique, qu’est tenue de revêtir la règle de conflit de renvoi : il ne peut que s’agir d’une forme tout aussi *universelle*, c’est-à-dire tout aussi *bilatérale*, que la forme de la règle de conflit de lois, ce qui suffit à disqualifier à la fois la *Sachnormverweisung* et la *Kollisionsnormverweisung*, lesquelles, n’étant pas « omnivalentes »¹⁵⁰, sont l’une et l’autre contraires au principe du bilatéralisme (Chapitre I).

Quant à la *substance*, c’est-à-dire à la teneur du critère bilatéral chargé de trancher le conflit de renvoi, chacun des États est *libre* de retenir celui qui a ses préférences ; une telle liberté est cependant, sur le plan du conflit de renvoi, plus restreinte que sur le plan du conflit de lois car aucun des États n’est plus libre d’élever au rang de critère de solution du conflit de renvoi le rattachement retenu par l’une ou l’autre des règles de conflit de lois. Aussi l’éventail des critères éligibles décroît-il à proportion. Il s’ensuit que le risque que, bien qu’identiques quant à la *forme*, les règles sur le renvoi adoptées par chacun des États ne soient à leur tour différentes quant à la *substance*, c’est-à-dire quant au principe de solution du conflit de renvoi qu’elles retiennent, et qu’à cause de cette différence, de nouveaux conflits se créent – des *conflits entre les règles de conflit de renvoi* – est moindre qu’au niveau des règles de conflits de lois. La réalisation d’un tel risque appelle de nouvelles règles, chargées justement de trancher le conflit entre les règles sur le renvoi, dont la forme ne peut ici de nouveau qu’être bilatérale et dont la substance est ici de nouveau remise à la libre désignation de chacun des États. Puisqu’une telle liberté est cependant, pour les raisons qui viennent d’être énoncées, ultérieurement limitée, l’épouvantail du *recursus ad infinitum* n’est qu’une vue chimérique. Les principes d’autonomie de la volonté et de la proximité s’offrent en tout cas à l’esprit averti de l’évolution récente de la discipline comme pouvant être retenus par les États pour résoudre le conflit de renvoi ou le conflit des règles sur le renvoi (Chapitre II).

35. Définitions. Il y a lieu au préalable, et afin de faciliter la compréhension de ce qui suit, de fournir quelques précisions terminologiques. Les appellations « règle de conflit », « règle de conflit de lois » ou « règle de conflit bilatérale » désignent ici, sauf précision contraire, la règle de conflit bilatérale à rattache-

¹⁴⁹ « La connaissance de l’esprit des lois est supérieure à la connaissance même des lois » : J.-M.E. Portalis, *De l’usage et de l’abus de l’esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, réimpr., Préface J.-B. D’Onorio, Paris, 2007, p. 3.

¹⁵⁰ Ce terme nous a été suggéré par le Professeur Bertrand Ancel : v. sa « Préface », p. V.

ment unique d’origine étatique. Les expressions « règle de conflit de renvoi », « règle de renvoi », « règle sur le renvoi » ou, lorsqu’une telle règle est consacrée dans une disposition législative, « disposition sur le renvoi » désignent la règle ou disposition chargée de trancher le conflit de renvoi, elle aussi, sauf précision contraire, d’origine étatique. Il sera aussi parfois à cet égard question de « règle chargée de trancher le conflit des règles de conflit », encore qu’une telle expression vise à proprement parler tout autant les conflits de renvoi, ou conflits négatifs de règles de conflit, que les conflits positifs des règles de conflit, dont le traitement qu’ils appellent est d’ailleurs essentiellement le même.

Il s’ensuit que le « conflit de lois » est le conflit que vise à trancher la règle de conflit de lois, que le « conflit de renvoi » ou conflit (négatif) de règles de conflit est le conflit que vise à trancher la règle de conflit de renvoi, et que le conflit de règles sur le renvoi est le conflit que vise à trancher une règle de conflit des règles sur le renvoi. On peut aussi désigner le conflit de lois comme conflit au premier degré ou à la première puissance, le conflit de renvoi comme conflit au deuxième degré ou à la deuxième puissance, et le conflit de règles sur le renvoi comme un conflit au troisième degré ou à la troisième puissance, lequel peut précéder un conflit au quatrième et nième degré ou à la quatrième et nième puissance.

Chapitre I

La forme de la règle chargée de trancher le conflit de renvoi

36. Plan. En se dotant d'une règle de conflit de lois bilatérale classique, un État retient un rattachement, un seul, pour y fonder d'abord l'applicabilité internationale de sa loi. Ce faisant, il vise à créer les conditions de ce que l'on appelle communément l'« harmonie des solutions » entre lui et l'autre État au profit duquel se concrétise le rattachement retenu, c'est-à-dire, selon la terminologie qui sera ici souvent préférée, qu'il vise à *trancher*, dans la mesure du possible à l'avance, c'est-à-dire à *prévenir*, un *conflit international de lois*, une *antinomie internationale*, dont la persistance menace de tenir en échec le Droit (Section I). Nécessaire pour épargner aux justiciables un tel conflit international de lois, la *forme* bilatérale d'une règle de conflit d'origine étatique peut ne pas être une condition suffisante à cet effet ; elle risque notamment de ne pas l'être lorsque la *teneur* de la règle bilatérale retenue par l'État A est différente de la teneur de la règle bilatérale retenue par l'État B. La situation de renvoi est précisément l'une de celles où la règle bilatérale n'a pas de soi réussi à prévenir l'antinomie internationale opposant les lois des États A et B car l'État A désigne la loi de l'État B et l'État B désigne la loi de l'État A, de telle sorte que l'antinomie subsiste en la forme d'un *conflit de renvoi* ou *conflit* (négatif) *de règles de conflit*. Un tel constat invite chaque État à entreprendre de trancher celui-ci à l'aide d'un critère *bilatéral* autre que ceux que retient tout autant sa règle de conflit que celle de l'autre État (Section II).

Section I : L'antinomie internationale (ou conflit international de lois) et ses méfaits

37. Plan. Il convient en premier lieu de cerner le concept même d'antinomie internationale (Sous-section 1), pour s'attacher dans un deuxième temps à examiner les méfaits qu'elle induit (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Le concept d'antinomie internationale

38. Plan. Risquons d'abord une définition de l'antinomie internationale (§ 1) pour ensuite en cerner l'essence et vérifier notamment si c'est plutôt un conflit d'intérêts privés ou une opposition d'intérêts étatiques qu'elle recouvre (§ 2).

§ 1. Définition de l’antinomie internationale

39. Vocation large de la loi du for. On s’accorde généralement à penser que la « vocation » ou le « titre » de la loi d’un État à s’appliquer à des relations humaines qui débordent son milieu social et économique est plus large que le domaine d’application que lui ménage la règle de conflit de lois bilatérale de cet État, domaine qui est en principe fondé sur un seul rattachement. Pareille vocation, « prépositive » et « naturelle », est, à l’instar de tout postulat qui sert de fondement à une branche scientifique, assez rarement étudiée en elle-même. Quoi qu’il en soit de ses contours précis, qui peuvent être négligés ici, toutes les formules avancées pour définir un tel champ d’applicabilité « vocationnelle » semblent bien englober les relations interindividuelles s’insérant dans les milieux sociaux et économiques de l’État en question par un lien significatif *quelconque*¹⁵¹. Aussi est-il certain que la loi de l’État A a *vocation à appréhender les relations privées qui donnent lieu au conflit de renvoi* engageant les États A et B : de telles relations sont en effet rattachées à la société de l’État A par un lien qui, pour ne pas être le plus significatif de son point de vue, est néanmoins objectivement important, tant et si bien que l’État B, celui où se réalise le lien privilégié par l’État A, le tient pour prépondérant de son côté en l’érigant en facteur de rattachement¹⁵². En plaçant ces espèces sous l’empire de sa loi, l’État A ne fait autre chose que *concrétiser* la vocation de celle-ci¹⁵³. On est ainsi conduit à se demander tout à la fois pourquoi l’État A, en consacrant dans sa règle de

¹⁵¹ Cf. la bibliographie que nous avons citée in « La bilatéralité éclipsée par l’autorité », p. 497, note 174. On ajoutera ici Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 135 ; J.-P. Niboyet, note sous Cass. (Req.), 10 mai 1939, *Birchall*, S. 1942.1.73, pour qui « en principe, et pour tout fait qui se produit en France, la loi française est normalement applicable » ; il s’agit là d’une « vocation irrésistible qui peut être parfois voilée ou comprimée, mais jamais obnubilée » ; P.S. Mancini, « Per gli eredi testamentari del fu conte Caid Nissim Samama contro i pretendenti alla sua eredità *ab intestato* – Ricerca della legge regolatrice della successione del testatore », *Quistioni di diritto*, vol. II, Napoli, 1880, p. 366, selon qui la « Legge Italiana impera... ma su tutte le *persone, cose* e gli *atti* che siano giuridicamente soggetti al suo impero ». En matière successorale (en cause dans l’affaire *Samama*), l’autorité de la loi italienne s’étend naturellement, pour le jurisconsulte italien, à la fois sur les individus ayant la citoyenneté italienne, sur les étrangers domiciliés en Italie et sur les étrangers domiciliés à l’étranger ayant laissé en Italie des biens (cf. l’exemple formulé par Ph. Francescakis, *ibidem* ; cf. ég. V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », *Droits*, 1999, p. 122). Ainsi qu’on le rappellera dans le texte, la réduction de cette étendue naturelle de l’autorité de la loi italienne vise à éviter, selon la formule de P.S. Mancini (p. 367), des « collisioni con l’eguale e contraria autorità di straniere legislazioni ».

¹⁵² Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 135. Pour le constat que les situations de renvoi présentent un contact significatif avec le for, v. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 162-163 ; Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 69 ; A. Bucher / A. Bonomi, *D.i.p.*, p. 115 ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 38 ; cf. P.H. Neuhaus, *Grundbegriffe*, p. 270 ; Ch. Lindenau, *Die Einführung des Renvoi*, p. 51 ; E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1192-1193. Cf. l’idée de J.-P. Niboyet consistant à limiter l’application subsidiaire de la loi du for aux rapports « apatrides » qui présentent « quelques attaches » avec la France, sur laquelle v. *L’unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Zurigo, 2014, p. 158 s. et Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 199.

¹⁵³ Cf. B. Audit, *D.i.p.*, p. 181 : « Dans le cas, le plus fréquent, de renvoi au premier degré, appliquer la loi du for ne fait qu’étendre l’usage que fait normalement l’État de sa compétence internationale » ; cf. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 135.

conflit *un seul* rattachement, renonce à réaliser l'intégralité de la vocation de sa loi, laquelle repose également sur le facteur retenu par la règle de conflit de lois de l'État B ; et pourquoi les situations de renvoi invitent l'État A à se *réapproprier* la vocation initialement abdiquée.

40. Superposition des domaines d'application des lois. Il suffit, pour y répondre, de songer à ce qui se passerait dès lors que l'État A et l'État B, dont les ordres socio-économiques sont par hypothèse affectés par une relation privée internationale donnée – laquelle donc tombe dans le domaine d'applicabilité vocationnelle de leurs lois – souhaitent l'un et l'autre simultanément concrétiser pareille vocation. Les justiciables parties à une telle relation s'en trouveraient du coup assujettis aux lois de deux États¹⁵⁴. Dans la mesure où ces lois ont une teneur différente et que cette différence est telle que le contenu juridique de la relation sous l'angle des droits et obligations qu'elle engendre varie selon qu'elle soit appréciée au regard de l'une ou de l'autre loi – ce que le sens même du droit international privé oblige à supposer¹⁵⁵ –, les parties se trouveraient confrontées à un *conflit de (plusieurs) lois*¹⁵⁶ du type de ceux que la théorie générale du droit qualifie d'*antinomies juridiques* ou *conflit de normes*¹⁵⁷.

On s'accorde à penser en effet qu'il y a antinomie lorsqu'une relation est visée par deux ou plusieurs règles *incompatibles* entre elles, c'est-à-dire par deux ou plusieurs règles que les parties à cette relation, qui en sont les destinataires, ne peuvent pas simultanément prendre pour *norme*, pour modèle de leurs conduites¹⁵⁸. D'après l'hypothèse à partir de laquelle la théorie des anti-

¹⁵⁴ Entre tous, W. Wengler, « Le principe d'égalité », p. 210-211 et « General Principles of Private International Law », *Rec. cours*, 1961, t. 104, *passim*.

¹⁵⁵ C'est au demeurant l'un des traits de notre hypothèse de travail : v. *supra*, n° 3.

¹⁵⁶ Cf. A. Pillet, « Théorie continentale des conflits de lois », *Rec. cours*, 1924, t. 2, p. 489 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 167 : « lorsque plusieurs règles substantielles visent les mêmes individus, elles entrent en conflit entre elles » : il faut résoudre pour ces individus le conflit de lois ; É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 115 : « le but du droit international privé est de résoudre les conflits de lois au lieu de leur donner naissance ». Rappr. G. Streit, *Ann. IDI*, 1898, p. 162-163 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 19.

¹⁵⁷ W. Malgaud, « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi », in Ch. Perelman (éd.), *Antinomies en droit : études*, Bruxelles, 1965, p. 7 s. : « Il y a une loi dans chaque pays. Il se fait donc que l'Italien peut avoir une femme, légitime et vivante ; que le Belge peut en avoir plusieurs, successivement ; que le Persan peut en avoir plusieurs simultanément. Tout est réparti le mieux du monde. Il n'y a certainement pas d'antinomie.... Pour qu'il y eût antinomie, il faudrait que *les trois lois s'appliquent ensemble*... Dans ce cas, en effet, un homme serait à la fois marié et divorcé ; il serait bigame tout en ne l'étant pas, il serait innocent et coupable » ; cf. L. Silance, « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », in Ch. Perelman (dir.), *Antinomies en droit*, p. 63, pour qui, « suivant un critère de distinction... basé sur la nature des dispositions en conflit, on peut encore grouper les antinomies de la manière suivante : b) conflit entre deux lois étrangères ou entre une interne et une loi étrangère ». Pour cet auteur, le renvoi recèle une « antinomie entre les dispositions applicables en vertu des deux lois en conflit » (*ibidem*, p. 106). Rappr. J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 175, qui évoque, à propos du renvoi, une « antinomie de règles de conflit » ; v. déjà P. Gothot, « La place d'Henri Batiffol dans la doctrine », p. 29.

¹⁵⁸ En ce sens p. ex. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, tr. Ch. Eisenmann, Paris, 1962, p. 273-274 ; N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 209, 213, 217 et du même auteur, « Antinomia », *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 667 s. ; G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959, *pas-*

nomies a pour l’essentiel été élaborée, le conflit, il est vrai, se produit entre deux règles édictées par les autorités normatives d’un *seul et même ordre juridique, de type étatique notamment*, et il frappe une relation *interne*¹⁵⁹. Mais l’antinomie ne surgit pas moins du point de vue des parties à une relation *internationale*, dès lors que les deux ou plusieurs règles en conflit sont édictées – et leur applicabilité déclarée – par deux autorités normatives tenant leurs pouvoirs de deux États différents. Ceci est d’autant plus vrai que les autorités responsables en dernier ressort de l’édition des règles en conflit – les deux (ou plusieurs) États et leurs organes détenteurs du pouvoir normatif – ont ici un rang en principe égal, de telle sorte que le conflit ne peut pas être éradiqué assitôt par l’un des critères de solution du conflit interne de normes les plus répandus, c’est-à-dire par la primauté *hiérarchique* d’une source sur l’autre.

41. Choix terminologique. On retiendra, non sans hésiter, pour décrire la réalité envisagée, l’appellation « antinomie », à laquelle on adjoindra le qualificatif d’*internationale* pour signifier la pluralité des États dont tirent leur source les lois en conflit. Encore qu’elle présente l’inconvénient non négligeable d’être peu usitée¹⁶⁰, l’appellation « antinomie internationale » n’en a pas moins quelques mérites.

Elle nous paraît d’abord plus appropriée que celle de « conflits internationaux de règles » car le terme *règles* est, dans la langue juridique française, parfois – et souvent par les auteurs qui se sont le plus intéressés aux questions de théorie générale¹⁶¹ – opposé à celui de *normes*, au sens de normes individuelles, qui, lui, désigne le plus souvent les décisions de justice. L’antinomie internationale dont il est question peut en revanche tout autant opposer des *règles abstraites* – et c’est en ce sens que le terme antinomie est le plus souvent employé en théorie du droit – que des *normes individuelles décisionnelles*. Pour des raisons semblables, l’appellation « conflit international de *normes* », en soi exacte, risque d’être comprise comme se rapportant aux seuls conflits de décisions. L’expression « conflit de lois » est notoirement grevée d’ambiguïtés

sim ; A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, n° 26 ; G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 313 s. ; R. Guastini, « Antinomie e sistemazione del diritto », in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, Vol. I, Torino, 1999, p. 151 s. ; E. García Máynez, « Some considerations on the problems of antinomies in the law », *ARSP*, 1963, p. 8 ; E. Bulygín / C.E. Alchourrón, « Unvollständigkeit, Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit der Normenordnungen », in A.G. Conte / R. Hilpinen / G.H. von Wright (eds.), *Deontische Logik und Semantik*, Wiesbaden, 1977, p. 23 ; V.W. Glasyrin (etc.), *Effektivität der Rechtsnormen – Theorie und Forschungsmethoden*, Berlin, 1982, p. 13 s.

¹⁵⁹ P. ex. G. Gavazzi, *Delle antinomie*, p. 55 ; E. García Máynez, « Some considerations on the problem of antinomies in the law », p. 12 ; N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 214 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 273.

¹⁶⁰ On se souvient de la recommandation que P. Lalive, « Tendances et méthodes en droit international privé », *Rec. cours*, 1977-II, t. 155, p. 82, adressait aux internationalistes, de s’abstenir d’introduire de nouvelles terminologies pour lesquels ils semblent bien éprouver un engouement excessif.

¹⁶¹ Entre tous, P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? », *Mélanges M. Troper*, Paris, 2006, p. 661.

alors pourtant que l’on peut penser que son sens premier et profond désigne bel et bien la réalité faisant l’objet de notre investigation. Moins ambiguë mais tout aussi peu récurrente, l’expression « conflit *international* de lois » sera employée comme synonyme d’antinomie internationale, notamment quand s’affrontent deux règles abstraites¹⁶². Ils nous a cependant paru que le terme « antinomie » renseigne plus immédiatement que le terme « conflit » sur les conditions qui doivent être réunies pour que l’on soit en présence du conflit intéressant notre propos : d’une part, la teneur *différente* des règles ou normes antinomiques, ou plus exactement, la différence quant aux *conséquences juridiques* qui découlent de leur mise en œuvre dans la sphère des justiciables auxquels elles s’adressent et, d’autre part, le fait que chacune des règles ou normes *se veut* applicable à la même situation internationale au sens, plus exact, que chacun des États dont elle émane vise par sa règle ou norme la même relation internationale, qu’il la déclare *applicable* à celle-ci. Les antinomies étudiées par la théorie du droit ne se produisent en effet que lorsque, d’une part, le champ d’application personnel, spatial, temporel et matériel des deux règles est identique et que, d’autre part, les effets juridiques que produirait l’application de l’une et de l’autre sont différents¹⁶³. Par conséquent, s’agissant de deux règles ou normes de provenance *étatique* différente, il est conforme à l’essence de l’antinomie que le champ d’application spatial, y compris international, soit, tout comme le champ d’application matériel et temporel, bel et bien celui que fixe à la règle ou norme l’État qui l’édicte, autrement dit que la « volonté d’application » d’une telle règle ou norme soit celle que forme et formule cet État et qui consiste à ce qu’une telle règle ou norme soit appliquée à la relation interindividuelle frappée par l’antinomie.

Conformément à ce qui vient d’être dit, les termes « lois antinomiques » ou « règles antinomiques » (ou lois ou règles « en antinomie ») sont dans ce qui suit utilisées, à moins qu’il en résulte différemment du contexte ou des précisions fournies, pour désigner l’antinomie internationale opposant deux règles abstraites, et le terme « normes antinomiques » pour désigner l’antinomie résultant d’un conflit international de décisions. L’expression « dispositions antinomiques » désigne les dispositions édictées par les deux États qui manifestent la volonté de chaque État de prescrire l’application de sa loi, c’est-à-dire

¹⁶² Pour l’expression « conflit international de lois », v. H. Muir Watt / D. Bureau, *D.i.p.*, t. I, p. 23, qui l’oppose à « conflit interne de lois », celui-ci étant « le[] conflit[] de lois qui na[ît] de la coexistence, au sein d’un même État, de droits propres à différentes portions du territoire ou à différentes catégories de personnes, eu égard à leur appartenance ethnique, raciale ou religieuse » (V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, vol. I, Paris, 2013, p. 2, à laquelle se rapportent H. Muir Watt et D. Bureau). Le terme « conflit interne de lois », ou « antinomie interne », ou « de droit interne », désignera cependant, dans ce qui suit, le conflit entre deux règles posées par les autorités normatives du même État, supposé unitaire et « monolégislatif », c’est-à-dire par le même « législateur », sans égard à l’appartenance territoriale, ethnique, raciale ou religieuse des destinataires des règles en conflit.

¹⁶³ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 214.

de ses règles matérielles. Attachons-nous donc à cerner l’essence de l’antinomie internationale.

§ 2. Essence de l’antinomie internationale : articulation entre conflit de prétentions privées et conflit de prétentions étatiques

42. Plan. Il sera question dans ce qui suit – et il a été déjà question dans ce qui précède – de *volonté étatique* et il est bon de préciser en quel sens une telle expression sera ici utilisée. La possibilité même de parler de volonté étatique prête à controverse en droit international privé. La place exacte qu’occupe une telle volonté étatique sur le terrain du droit privé et les relations qu’elle entretient avec la volonté individuelle ne sont au demeurant pas toujours dégagés avec netteté par la doctrine civiliste elle-même (A). Après s’y être penché sommairement, on sera mieux à même – du moins on l’espère – d’apprécier la nature de l’antinomie internationale de lois et de mesurer la part que jouent respectivement le conflit d’intérêts étatiques et le conflit d’intérêts privés (B).

A – Autonomie de la volonté étatique et autonomie de la volonté individuelle

43. Portée de l’expression « volonté étatique ». Il est communément admis que l’élément *impératif* est inhérent à l’essence même du Droit, y compris du droit privé, lui-même formé par un ensemble de règles et normes de conduite adressées aux personnes physiques et aux entités, personnes morales notamment, créées par celles-ci, c’est-à-dire que le Droit est, directement ou indirectement, *prescription* susceptible de prendre la forme d’un *commandement*¹⁶⁴. Or

¹⁶⁴ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 295 : « le fait reste incontesté que les règles de droit ont, sous des formes à des stades divers, un caractère aboutissant à des impératifs » ; G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 285 : « Le commandement est un élément intégrant du concept du droit » ; F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 70 : « il comando è elemento indefettibile dell’ordinamento giuridico ». P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 145 évoque « l’impérativité caractéristique de tout ordre juridique », tout en réservant le terme « commandement » – ainsi que, semble-t-il, le terme « ordre » (cf. P. Mayer, « Existe-il des normes individuelles ? », p. 681) – aux décisions émanant des juges, en raison essentiellement de la difficulté de concevoir des commandements et des ordres abstraits et généraux (cf. *ibidem*, p. 142 : « la règle de droit n’est pas un commandement », « *Les commandements émanant des juges* », italique en original ; cf. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, 10^e éd., 2010 : « la règle ordonne, mais étant abstraite, elle ne peut que ordonner dans l’abstrait » ; sur ce que la « loi ne commande pas », car « l’impératif légal est simplement hypothétique », v. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, Paris, 1927, dans l’exposé qu’en fait J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, réimpr. Paris, 2002, Préface de Ch. Athias, p. 34-35). L’utilisation des termes « commandements abstraits » et « ordres généraux » n’en est pas moins répandue : F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, p. 65 s. (« comando astratto » ; « comando legislativo », « comando generale ») ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd. (trad. M. van de Kerchove), Bruxelles, 2005, p. 23 (« ordre général ») ; F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. I, *Règles et ordre*, Paris, 1995, p. 87-88 (« commandements d’ordre général ») ; H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du*

droit, p. 130 (« commandement, formulé en termes généraux »). Le caractère doublement conditionnel – sur lequel nous nous arrêterons plus loin (*infra*, n° 44) – de l'impératif se dégageant des règles générales et abstraites de droit privé explique sans doute l'hésitation : les termes « ordre » et « commandement » renvoient, y compris dans la langue courante, à un impératif inconditionnel (cf. P. Mayer, « Existe-il des normes individuelles ? », p. 682 : « le commandement, par définition, est catégorique »), alors que le propre de l'impératif de droit privé est de tirer son origine, entre autres, de la manifestation de volonté ou d'un acte volontaire, d'une part, de la personne à laquelle il est adressé et, d'autre part, de la personne bénéficiaire de la prérogative, et le plus souvent du droit subjectif, qu'un tel impératif vise à satisfaire. C'est là l'essentiel du caractère « hypothétique » de la règle de droit sur lequel P. Mayer a depuis longtemps (v. déjà *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973), et avec tout autant de vigueur que de raison, attiré l'attention. Il n'en demeure pas moins que, lorsque les conditions constitutives de l'« hypothèse » ou « presupposé » énoncé par une règle générale et abstraite sont, dans une espèce concrète, bel et bien remplies, celle-ci adresse un impératif à ceux parmi ses destinataires (v. *infra*, note 167) dont les actes et les déclarations de volonté ont réalisé – ou concouru à réaliser – l'hypothèse qu'elle se donne, cet impératif n'étant, à partir de ce moment, *plus hypothétique*, si l'on fait, en tout cas, abstraction de la possibilité que le créancier renonce, selon les formes requises le cas échéant, à sa créance, auquel cas l'impératif disparaît (*infra*, n° 44 et 153). Résidant à Genève, j'ai reçu le 15 mars 2014 six bouteilles de vin par correspondance, comme prévu dans le contrat passé par téléphone avec une société établie à Lausanne le 11 mars 2014 et confirmé par échange d'e-mails le 12 mars 2014. Le Code suisse des obligations (dont personne ne doute qu'il est applicable) m'adresse maintenant un impératif : il faut que je verse la somme convenue (140 CHF, et ce dans un délai de trente jours à compter de la réception de la marchandise (c'est-à-dire avant le 15 avril 2014) ; je ne pourrais par exemple pas restituer les bouteilles du fait que j'ai entre-temps reçu en cadeau du vin d'une qualité encore meilleure ou que j'ai découvert un magasin qui vend le même vin à un prix inférieur. En sus d'être *réel* – par opposition à hypothétique –, un tel impératif est *individuel et concret* : il s'adresse à moi et non pas, par exemple, à mon père ou à mon employeur, qui ne sont pas tenus de répondre de mes dettes ; il ne tire pour l'instant pas sa source directe d'une *décision de justice* m'adressant une *norme individuelle judiciaire*, mais d'une disposition législative à la formulation générale *jointe* à un *acte privé, concret et individuel*, qui se conforme au presupposé qu'elle énonce, au modèle qu'elle préfigure. Certes, un tel impératif est *susceptible* d'être consacré par une décision de justice – et il le sera si je ne paie pas la somme convenue et que le vendeur m'assigne en justice. La norme individuelle judiciaire est donc pour l'instant *virtuelle*. Elle le restera en l'espèce, car je verserai spontanément, avant le délai (15 avril 2014), les 140 CHF au vendeur en me soumettant à l'impératif individuel et concret que l'ordre juridique suisse m'adresse désormais. C'est au demeurant la mission d'une règle générale et abstraite (et des précisions que fournissent les cours suprêmes à sa portée et sa signification) que de réduire le nombre des situations individuelles et concrètes où la teneur et l'existence même de l'impératif qu'elle adresse aux particuliers sont incertaines et raisonnablement contestables, c'est-à-dire de réduire le nombre de situations où un impératif individuel et concret suffisamment précis – suffisamment impératif – ne peut qu'être énoncé et adressé par un *juge* et prendre la forme d'une norme individuelle judiciaire *effective* (par opposition à virtuelle). On peut donc affirmer que le fonctionnement normal d'une règle générale et abstraite dans les domaines qui nous occupent (v. *supra*, n° 3-4) consiste à produire une *somme d'impératifs concrets et individuels* sans l'intermédiaire ou le concours d'un juge, et qu'elle produit de tels impératifs dans toutes les espèces concrètes et individuelles qu'elle vise à partir du moment où les conditions constitutives de l'« hypothèse » qu'elle se donne – lesquels englobent pratiquement toujours la manifestation de volonté ou l'acte volontaire d'au moins une personne privée – se réalisent au-delà de tout doute raisonnable. Il s'ensuit que le passage de l'*impératif hypothétique* à l'*impératif réel*, de l'*impératif abstrait* à l'*impératif concret*, de l'*impératif général* à l'*impératif individuel* – la « concrétisation » de l'impératif abstrait ou l'« individualisation » de l'impératif général – s'opère non pas du fait de la décision de justice, du moins aussi longtemps que celle-ci est déclarative (c'est notre hypothèse de travail : *supra*, n° 3), car la décision ne fait alors que constater et déclarer que ce passage a déjà eu lieu, mais bien grâce aux manifestations de volonté ou actes volontaires des personnes privées réalisant l'hypothèse que formule la règle générale et abstraite. Pour se convaincre du caractère concret et individuel de l'impératif résultant de la réalisation de l'« hypothèse » énoncée par une règle générale, il suffit d'appréhender les choses du point de vue des *droits subjectifs* et des *obligations juridiques* dont la naissance constitue la « conséquence juridique » (*Rechtsfolge*) que la règle générale attache à la

réalisation d’une telle hypothèse et dont on s’accorde pour dire qu’ils forment la substance d’une relation juridique de droit privé. En reprenant l’exemple dont il a été question, les 11-12 mars 2014, Gian Paolo Romano, résidant à Genève, a contracté et assumé l’*obligation* de verser à la société « Sellier de la Rose », de siège lausannois, la somme de 140 CHF avant le 15 avril 2014 en contrepartie des six bouteilles de vin « Humagne Rouge – Médaille d’Or Grand Prix du Vin – Himesch AOC – 2011 » qui lui ont été livrées le 15 mars 2014 ; Gian Paolo Romano est tenu à une telle obligation pour satisfaire le *droit subjectif* – du « *sujet*-personne morale » – que détient Sellier de la Rose de recevoir 140 CHF, droit que Sellier de la Rose a acquis envers Gian Paolo Romano en concluant avec ce dernier un accord valable au regard des règles générales et abstraites qui lui sont applicables et livrant les six bouteilles de Humagne Rouge 2011. L’*obligation* à la charge de Gian Paolo Romano est tout aussi parfaitement *concrète* et *individualisée*, tout aussi *subjective* (pour l’expression « obligation subjective », v. J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 34) que l’est le *droit subjectif* de la société Sellier de la Rose auquel elle correspond ; pour s’acquitter d’une telle obligation, Gian Paolo Romano doit réaliser une série d’actes matériels consistant soit à se connecter sur le site « e-banking » de sa banque, remplir l’ordre de paiement et cliquer sur « exécuter », soit à se rendre au guichet de sa banque, retirer 140 CHF, puis à se rendre à un bureau de poste et remettre le bulletin de versement et l’argent à l’employé de la poste... On peut donc affirmer que Gian Paolo Romano est tenu à une *conduite individuelle et concrète juridiquement obligatoire*. Si une conduite individuelle et concrète fait l’objet d’une *obligation juridique*, c’est bien que cette obligation juridique est à son tour *individuelle et concrète* ; si une obligation juridique traduit un *impératif* pour l’obligé (ce qui ne semble pas contestable), et qu’il s’agit d’une obligation juridique individuelle et concrète, il faut bien reconnaître que l’impératif est lui-même *individuel* et *concret*, comme le sont à la fois la conduite qui forme l’objet de l’obligation qui le constitue et, par conséquent, une telle obligation. Quelle est, au juste, la source de cette obligation individuelle et concrète, de cet impératif individuel et concret ? Ce n’est sans doute pas la décision de justice *effective*, qui ne sera pas rendue parce que Gian Paolo Romano payera spontanément (il a en effet donné l’ordre par e-banking le 2 avril 2014 et l’ordre a été exécuté le 3 avril 2014), pas plus que ne l’est la décision de justice *virtuelle*, car le Tribunal de première instance de Genève, s’il devait être saisi, ne ferait que constater la *pré-existence* de cette obligation concrète et individuelle de verser 140 CHF naissant du contrat conclu le 11-12 mars 2014 par Gian Paolo Romano et Sellier de la Rose, régulièrement au regard du Code des obligations, et c’est précisément en raison de cette prédiction raisonnablement « solide » quant au contenu de la décision de justice que rendrait un juge s’il était saisi qu’une telle décision demeurera virtuelle. Ce n’est pas non plus la *seule* règle générale et abstraite inscrite dans le Code des obligations, qui, elle, énonce une hypothèse et formule un impératif *hypothétique*, *abstrait* et *général*. L’obligation, qui consiste en une conduite individuelle et concrète de Gian Paolo Romano, et qui est nécessaire pour satisfaire le droit subjectif de Sellier de la Rose, résulte plutôt de l’individualisation et de la concrétisation de l’impératif qu’adresse la règle générale et abstraite consacrée aux articles 1 et suivants du Code suisse des obligations, individualisation et concrétisation qui dépendent à leur tour de la réalisation de l’hypothèse – consistant ici entre autres en l’existence d’un « accord des parties » selon les termes de l’art. 1 « CO » – et débouchent sur la formation d’une *norme de conduite, individuelle et concrète* adressée à Gian Paolo Romano et dont le contenu est celui que l’on vient de détailler (cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 158 qui considère que « l’obligation juridique individuelle de A », dans « un cas concret », de verser une somme déterminée à B, « signifie tout simplement que la prestation par A à B de la somme d’argent déterminée forme le contenu d’une norme juridique individuelle » et « [t]rès généralement, on ne parle d’obligation juridique que lorsqu’existe une norme juridique individuelle »). Que la conformité d’un acte privé au modèle préfiguré par la règle générale et abstraite qui s’y applique est de nature à générer une norme juridique individuelle non-juridictionnelle est confirmé par l’affirmation assez courante selon laquelle le contrat est générateur, justement, de *normes juridiques individuelles*, dénommées « normes contractuelles » (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 373 : « les normes individuelles créées par contrat et qui obligent juridiquement les parties contractantes à une conduite déterminée » ; v. é.g. *ibidem*, p. 346) ; on se permettra de préciser que ce n’est pas un contrat qui « produit » la norme juridique contractuelle, mais un *contrat* qui est *conforme à la règle générale* et qui constitue la réalisation de l’hypothèse énoncée par celle-ci (sur ce que, pour Kelsen, « la déclaration de volonté n’a de force juridique créatrice de norme individuelle... que par la volonté de la loi qui, seule, est la cause efficiente de l’obligation, v. J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 16 ; D. de Béchillon, *Qu’est-ce qu’une règle de Droit*, Paris, 1997, p. 273). Aussi bien, c’est la rencontre, l’« union » de la règle générale et abstraite, d’une part, et du fait qui concrétise le présupposé qu’elle se donne, d’autre part,

on conçoit mal un *impératif*, un *commandement*, sans la *volonté* d'un sujet – ou le concours des volontés de plusieurs sujets – qui imposent aux destinataires qu'ils visent de mettre en œuvre la conduite commandée¹⁶⁵. Assurément, l'*impératif*, le *commandement*, n'est pas réductible à une volonté puisque toute volonté n'en constitue pas un¹⁶⁶ ; il n'en demeure pas moins que la volonté est un élément nécessaire de tout *impératif*, de tout *commandement* digne de ce nom, l'*impératif* et le *commandement* étant, si l'on ose dire, une volonté *plus quelque chose*, c'est-à-dire, en simplifiant un peu, une volonté plus la possibilité matérielle dont dispose le sujet qui l'exprime, de faire exécuter une telle volonté à l'encontre de la volonté du sujet destinataire de l'*impératif*, ou en tout cas d'obtenir un résultat tenu pour équivalent à une telle exécution¹⁶⁷.

qui engendre la norme juridique individuelle dont résultent les droits subjectifs ou « individuels » (ainsi, à plusieurs reprises, Ch. Atias, « Préface » à J. Dabin, *Le droit subjectif*, et les obligations juridiques, ces dernières traduisant des impératifs réels, individuels et concrets (cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 373 : « actes juridiques privés... ne font rien d'autre chose que réaliser l'individualisation de normes générales... du Code civil » ; cf. la notion d'« imperativo singolo » retenue par cf. W. Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto*, vol. I, 2^e éd., Milano, 1930, p. 45-46 ; la thèse de H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, spéc. p. 99 du « [d]roit conçu comme l'union de règles primaires et secondaires » – c'est le titre du Chapitre V – est bien, une règle primaire qui, pour l'auteur, « prescrit à des êtres humains d'accomplir ou de s'abstenir de certains comportements qu'ils le veulent ou non », en matière *contractuelle*, une norme nécessairement individuelle, alors que la règle secondaire qui indique aux êtres humains les actes et procédés par lesquels ceux-ci sont autorisés à « introduire de nouvelles règles de type primaire » comme l'est l'obligation qu'elle fixe, qu'ils le veulent ou non est une règle en tout cas générale). Il est tentant de penser que la norme individuelle ainsi précisée est à la règle générale ce que, dans l'univers platonien, la *réalité sensible* est à l'*Idee* ou *Forme*, laquelle constituant justement l'« hypothèse » de ces réalités sensibles, peut se trouver en plusieurs d'entre elles – qui reçoivent d'elle leur identité – sans perdre elle-même son unité ou son identité, c'est-à-dire son statut ontologiquement supérieur.

¹⁶⁵ En général, v. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 43.

¹⁶⁶ Ce qui fait que, bien qu'élément *constitutif* de l'*impératif*, la volonté n'est pas pour autant l'élément *distinctif*.

¹⁶⁷ Il est assez communément admis qu'une composante nécessaire d'un *impératif* juridique est l'indication des destinataires qu'il se donne : v. entre tous, N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 92 : « a qualcuno la legge deve pur rivolgersi per essere una norma, un imperativo, cioè una proposizione il cui effetto è di modificare il comportamento altrui. Come si potrebbe immaginare una norma senza soggetto passivo, se di norma si può parlare solo quando ci si riferisca ad una proposizione rivolta a determinare il comportamento altrui ? » ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, 1955, p. 313 : « la loi doit ensuite déterminer les personnes auxquelles elle s'appliquera ». Dans la mesure où l'*impératif* ayant pour objet une conduite résulte des règles générales et abstraites – ce qui a lieu dans l'immense majorité des relations interindividuelles, et c'est bien, a-t-on dit (*supra*, n° 31), ce à quoi visent les règles de droit générales et abstraites, quelle que soit leur source, législative ou jurisprudentielle –, c'est qu'elles doivent bien indiquer à qui elles prescrivent la conduite qu'elles prescrivent. Cf. P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 31 : « les *particuliers* sont destinataires de la règle » et puisque « les règles ne sont pas faites essentiellement pour aider à résoudre des litiges, mais pour *organiser la vie sociale* » (l'italique est de nous), il faut bien que ceux qui participent à cette vie sociale sachent quelle est la règle « *qui dirige leur comportement* dans le sens que la société a privilégié » (*ibidem*, p. 31, italique en original) ; v. ég. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, 10^e éd., 2010, p. 23 : « Aucune prévision sérieuse ne peut être formée sur la base de ces données contradictoires, *alors que la sécurité est précisément l'objectif essentiel du droit international privé* » : italique en original). Adhérer à cela semble bien obliger d'adhérer à l'idée, dont la pertinence est pourtant remise en question par P. Mayer, que « la règle de droit [générale et abstraite] ne se conçoit pas sans l'indication de ses destinataires ». Aussi important qu'il soit dans le fonctionnement de la règle, le caractère *hypothétique*

de celle-ci non seulement n’est-il pas d’obstacle à admettre que la règle n’est concevable qu’en tant qu’adressée à des personnes (physiques ou morales) déterminées ou déterminables, mais il semble précisément obliger à l’admettre. Car dans la mesure où la réalisation du « présumé » que se donne une disposition générale et abstraite d’un État A dont la conséquence juridique est différente que celle que se donne l’État B, repose sur la *volonté* ou l’*acte volontaire* d’un ou plusieurs sujets – censés être influencés par la teneur de telles dispositions : v. les développements sur la *prévisibilité du droit* : *infra*, n° 75 –, il faut bien que l’État A indique le cercle des personnes à la volonté et aux actes volontaires desquelles il remet le pouvoir de générer la « conséquence » juridique inscrite dans la règle qu’il édicte, conséquence qui consiste en général en la création de situations juridiques subjectives (droits et obligations). Cf. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 313 : « la généralité se reconnaît au caractère abstrait de la règle, qui est nécessaire pour son application dans l’avenir. Le législateur ne sait pas à l’avance quels sont ceux auxquels la loi s’appliquera. Ceux-là se détermineront eux-mêmes par leurs actes ou par leurs faits. Ils se placeront volontairement ou non sous l’application des lois. La loi a par elle-même un caractère général ». Bien sûr, l’indication des destinataires d’une règle de droit privé émanant d’un État A peut se déduire d’une disposition autre que celle(s) qui consacre(nt) la teneur substantielle de cette règle ou bien du dispositif d’une ou plusieurs décisions de justice (envisagées dans leur dimension *prospective* : v. *infra*, n° 84) rendues par les organes juridictionnels de l’État A et notamment de la Cour suprême de cet État ; il est d’ailleurs inutile de rappeler qu’il faut se garder de confondre les règles de droit en tant qu’*impératifs* et les dispositions ou articles de Code en tant que *propositions linguistiques*. Pour reprendre l’exemple – suggéré par P. Mayer – de l’article 1382 du Code civil français, qui énonce que « tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », il ne s’agit là que d’un article de code et il est vrai qu’une telle disposition ne précise pas à qui elle s’adresse du point de vue international (à celui qui cause à autrui un dommage *survenu en France* ? À celui qui cause à autrui un dommage par une action ou activité qu’il a *réalisées en France* ? À celui qui, *résidant en France*, cause à autrui, également *résidant en France*, un dommage ?), tout comme d’ailleurs elle ne précise pas bien d’autres choses concernant la teneur substantielle des règles en matière de responsabilité délictuelle, par exemple les conditions de la réparation du *tort moral*. Il n’en demeure pas moins que l’ordre juridique français – la communauté étatique française, l’État français – doit bien faire savoir qui est tenu de se conduire de la manière prescrite par l’article 1382 du Code civil, et notamment à qui il adresse l’*impératif* – désormais *individualisé* : v. *supra*, note 164 – consistant en un *solvere* une fois que le « présumé » s’est réalisé, tout comme il est tenu de préciser à quelles conditions le tort moral est indemnisable et qui est tenu de l’indemniser. C’est bien ce que, pour l’une et l’autre question, s’est efforcée de faire la Cour de cassation française à travers une série de décisions prises en l’exercice de sa fonction d’organe chargé de la production normative dans le silence des textes législatifs et notamment du Code civil (ce qui n’exclut pas qu’un certain nombre de questions demeurent encore aujourd’hui incertaines). Il est intéressant de constater que, pour certains théoriciens du droit, les dispositions de droit international privé d’un État ont précisément pour mission de désigner le cercle des destinataires des dispositions substantielles du point de vue de l’internationalité des relations interindividuelles : G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 311 s. ; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, p. 21. Cf. d’ailleurs V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », *Droits*, 1999, p. 122 : « si la loi française permet, dans une certaine mesure, au *de cuius* de disposer de ses biens à cause de mort, le rôle de la règle de conflit successorale doit être de délimiter le cercle des individus qui jouissent de cette autorisation de la loi française » ; reprenant l’exemple du tort moral, on peut affirmer que « si la loi française permet à la victime de réclamer la réparation du tort moral, le rôle de la règle de conflit en matière de responsabilité extracontractuelle doit être de délimiter le cercle d’individus-victimes qui détiennent un tel droit ». Lorsque deux États, A et B, adressent aux mêmes personnes X et Y leurs règles de droit privé, c’est bel et bien un *conflit international de lois* qui risque de surgir (cf. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 167 : « lorsque plusieurs règles substantielles visent les mêmes individus, elles entrent en conflit entre elles ») et notre matière a pour but précisément de *prévenir* d’abord, et en tout cas de *résoudre*, un tel conflit de lois car à défaut, le Droit risque de ne pas être en place à l’égard des relations interindividuelles qui le génèrent. C’est d’ailleurs l’objectif que vise le Règlement Rome II – en vigueur en France, ainsi qu’en Italie, en Allemagne, en Pologne, etc. depuis le 11 janvier 2009 (*infra*, n° 182) – sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, lequel a pour objet de *prévenir* des conflits franco-italiens, franco-allemands, franco-polonais etc. de *lois* en matière de responsabilité civile, c’est-à-dire d’éviter que ceux qui projettent de s’engager, par exemple, dans une activité franco-italienne

Un impératif *juridique* ayant un contenu suffisamment déterminable résulte le plus souvent directement d'une règle générale et abstraite, c'est-à-dire d'une règle qui existe au moment où son destinataire est censé se conduire de la manière qu'elle prescrit, c'est-à-dire encore d'une règle qui a été déjà posée par une entité ayant le pouvoir légitime de la poser (*rechtssetzende Behörde*). Ce peut être l'assemblée législative formée par les élus du peuple ou bien toute autre autorité habilitée à produire, ou à concourir à produire, des règles abstraites et générales, notamment les tribunaux et spécialement les cours suprêmes, dans la mesure où, au-delà du pouvoir de trancher rétrospectivement les affaires concrètes qui leur sont soumises, elles ont également celui de poser et d'énoncer, à partir de ces affaires et dans les limites du cadre normatif pré-existant, des règles valant pour l'avenir. À défaut de précisions contraires, et suivant la terminologie courante en droit international privé, nous appellerons « loi » l'ensemble de ces règles générales et abstraites¹⁶⁸, alors même qu'elles sont l'œuvre de l'activité normative « prospective » des tribunaux¹⁶⁹. La *voluntas legis* est, plus exactement, comme on le dira dans un instant, la volonté des autorités chargées de la production, du maintien et de la réforme de la loi ainsi largement entendue.

Lorsque l'impératif qui se dégage de la loi, c'est-à-dire des règles générales et abstraites, présente, à un moment donné et par rapport à une relation inter-individuelle donnée, une teneur suffisamment certaine, c'est que la règle générale et abstraite prescrit aux justiciables parties à une telle relation indépendamment de sa mise en œuvre judiciaire. Bien sûr, il faut en général recourir à un juge pour que l'impératif puisse être réalisé avec la force¹⁷⁰. Cependant, s'il est effectivement saisi, le juge, dans la mesure où la volonté législative entendue dans le sens dont il vient d'être question est, à l'égard de la relation et spécialement de la question de droit qui lui a été soumise, raisonnablement claire, ne formera pas de volonté propre mais s'astreignera à aligner sa volonté sur

ou franco-allemande ou franco-polonaise potentiellement délictuelle, ou qui se sont engagés dans une telle activité et qu'un événement pouvant être qualifié de dommageable en a résulté, ou bien ceux qui sont susceptibles d'être victimes de dommages résultant de telles activités transfrontalières ou qui l'ont été, s'en trouvent être les destinataires de plusieurs règles émanant d'États différents et incompatibles, c'est-à-dire de plusieurs couples de situations juridiques incompatibles, un tel conflit menaçant de retirer la qualité d'impératifs aux règles en question : v. *infra*, n° 53, 152, 205.

¹⁶⁸ Courante en droit international privé, l'expression « loi anglaise » ou « loi française » désigne l'ensemble des règles générales et abstraites pertinentes, à la fois d'origine législative ou jurisprudentielle.

¹⁶⁹ C'est en définitive le sens du terme anglo-américain « law », qui englobe aussi bien la « statutory law » que la « common law ». P.S. Atiyah, « Justice and Predictability in the Common Law », p. 455 évoque les « laws which come from the courts ». Cf. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 154, pour qui la « fonction de création des règles » que les « tribunaux remplissent... que ce soit à la frange des règles [l'auteur vise ici aux règles posées par le Parlement] ou dans les domaines laissés ouverts par la théorie des précédents » « ressemble à l'exercice de pouvoir de législation déléguée ».

¹⁷⁰ P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 28 s. Sur la contrainte comme élément constitutif de l'impératif, v. *infra*, n° 62.

celle du législateur, laquelle ne laisse par hypothèse pas de place à une volonté judiciaire discordante – c’est là l’idée, inscrite dans bien des Constitutions étatiques, selon laquelle les juges sont *soumis* à la loi. Lorsqu’une telle volonté législative n’est, à l’égard de la question de droit que soulève une espèce particulière et au moment où le juge en est saisi, pas suffisamment claire et univoque, par exemple parce qu’une disposition législative et une décision de justice réglant une telle question fait défaut, ou que la teneur de la règle législative ou jurisprudentielle développée jusque-là se prête à plusieurs interprétations, le juge dispose d’une marge de latitude pour préciser le contenu de l’impératif¹⁷¹ ; il est dès lors chargé, non pas seulement d’appliquer, mais d’abord de constituer le droit, non pas seulement d’énoncer, mais d’abord de contribuer à former la volonté qui sous-tend l’impératif et ici plus proprement l’ordre individualisé qu’il adresse à son destinataire ; et c’est peut-être dans cet ordre individualisé enjoignant à un sujet en chair et en os de faire ou ne pas faire quelque chose, qu’apparaît le plus clairement l’élément volontaire : un ordre individualisé suppose bien la volonté de celui qui le prononce et l’ordre dont il est question procède en l’occurrence de l’action conjuguée de la volonté à la fois des autorités chargées de l’élaboration de la loi, dans la mesure où elles fixent le cadre de la liberté du juge saisi, et de la volonté de celui-ci¹⁷².

Puisque les autorités chargées de l’élaboration et de l’application du droit étatique sont des *organes* de l’État, la volonté formée et manifestée par l’un de ces organes est *imputable à l’État*, tout comme la volonté formée par le cerveau et prononcée par la voix et la bouche ou manifestée par un acte dit concluant est imputable au sujet dont le cerveau, la voix, la bouche et les membres sont les organes. Pris dans la double signification que lui reconnaît le langage courant, le terme « État » désigne ici, selon les cas, l’appareil politique formé par l’ensemble de ses organes et la *communauté* ou *société étatique*, c’est-à-dire la *personne morale* formée par la somme des membres de la communauté dont les critères précis pour les identifier peuvent ici être négligés¹⁷³ ; et le terme « volonté étatique » se comprend ici comme se référant à la volonté de l’État en tant qu’appareil politique tout autant qu’à la volonté générale ou collective qu’exprime la communauté étatique au travers des organes qui ont le pouvoir

¹⁷¹ Cf. la dichotomie retenue par J. Raz, *The Authority of Law*, p. 112 entre les « regulated » et les « unregulated disputes », p. 115 s. et 181 s.

¹⁷² Sur ce qu’« on a toujours reconnu une certaine latitude à la volonté prudente du juge », v. G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 283 ; cf. W. Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto*, vol. I, 2^a ed., Milano, 1930, p. 67 ; sur ce qu’un jugement est « un acte de volonté », v. P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? », p. 681.

¹⁷³ Cf. la première des deux définitions fournies par le dictionnaire de philosophie classique Lalande (cité par P. Bourdieu, *Sur l’État, Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, 2012, p. 59-60) selon laquelle l’État est une « société organisée ayant un gouvernement autonome et jouant le rôle d’une personne morale distincte à l’égard des autres sociétés analogues avec lesquelles elle est en relation ». Cf. la définition d’État fournie par le dictionnaire Robert : « Groupement humain fixé sur un territoire déterminé, soumis à une autorité et pouvant être considéré comme une personne morale ».

de la former, de la manifester et de la réduire en acte¹⁷⁴. La volonté de l'État espagnol, australien ou chinois, dont il sera question ci-dessous, est, par conséquent, la volonté de la communauté étatique espagnole, australienne ou chinoise, volonté qui s'élabore et s'exprime selon les formes constitutionnelles que chacune de ces communautés étatiques s'est donnée en exerçant son droit à l'auto-détermination. C'est en sens que l'on peut parler d'*autonomie de la volonté étatique*, qui est la conséquence de l'autonomie de la collectivité étatique, c'est-à-dire de l'*indépendance* et de la *souveraineté* de chaque État. La *diversité des lois* que se donnent les différentes collectivités étatiques, dont le constat forme le point de départ du droit international privé, est la conséquence de l'exercice par chacune de son autonomie, c'est-à-dire de sa liberté, et la faculté d'exercer un libre choix est bien ce que renferme la volonté¹⁷⁵.

Aussi comprendra-t-on pourquoi le terme « État » sera parfois, et même assez souvent, préféré à celui d'« ordre juridique étatique ». L'État est un *sujet*¹⁷⁶, une *personne*, c'est-à-dire une entité qui veut et agit par le biais de ses organes et il est naturel et légitime de lui imputer des volontés, des choix, des intérêts, des déterminations, des revendications, des actions, y compris la volonté de se coordonner avec des autres États et l'action consistant à mettre en œuvre une telle volonté de coordination ; et en tant que sujet, un État peut bien être en *désaccord*, en *conflit* et en *litige* avec les autres États avec lesquels il entre en relation, l'observation d'une telle réalité étant courante dans la branche – dite « droit international public » ou « droit des gens » – à laquelle l'on confie tout aussi souvent qu'à tort le monopole de l'étude des relations interétatiques. Un ordre juridique étatique, dans la mesure où il est formé en tout cas *aussi* par l'ensemble des règles générales et normes individuelles décisionnelles qui émanent d'un État¹⁷⁷, n'est pas lui-même une personne, un sujet, ou en tout cas

¹⁷⁴ Le terme « État » désigne ici également les *États fédérés* et toute autre entité ou *subdivision politique* titulaire d'une parcelle de souveraineté législative et judiciaire et disposant notamment du pouvoir d'édicter ou de faire exécuter les règles de droit privé : cf. la Convention des Nations Unies sur les immunités des États et de leurs biens du 2 décembre 2004, pour qui le terme État, en sus de se référer à « l'État et ses divers organes de gouvernement » (art. 2 lit. b) i), désigne également « les composantes d'un État fédéral ou les subdivisions politiques de l'État, qui sont habilitées à accomplir des actes dans l'exercice de l'autorité souveraine et agissent à ce titre » (art. 2 lit. b) ii). C'est ainsi que l'on se permettra, par commodité, de qualifier l'Angleterre d'« État », étant par ailleurs communément admis qu'elle constitue l'un des *four countries* qui composent le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et Irlande du Nord.

¹⁷⁵ Cf. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 71, qui, après avoir rappelé que « le droit est créé volontairement par l'homme », et que « plusieurs solutions sont toujours possibles », si bien qu'« il faut choisir », affirme que « [l]a diversité des législations dans des pays de même civilisation suffit à prouver que les règles de droit sont l'œuvre voulue par le législateur dans un esprit propre ».

¹⁷⁶ Pour G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 353, l'État est même le sujet de droit « par excellence ».

¹⁷⁷ Pour S. Romano, *L'ordre juridique*, tr. L. François / P. Gothot, Préface Ph. Francescakis, réimpr. Paris, 2002, Préface P. Mayer, l'ordre juridique n'est pas réductible à un ensemble de normes ; « s'il contient encore bien d'autres choses que des normes » (Ph. Francescakis, p. VI), le fait que l'ordre juridique comporte *également* des règles et des normes de *conduite* n'est pratiquement pas contesté (cf. P. Mayer, « Existe-il des normes individuelles ? », p. 685 et 687).

il n’est pas qu’un *sujet*, puisqu’il englobe aussi, et d’abord, l’*objet* et le *produit* de la volonté, ici normative, du *sujet*¹⁷⁸, ici de l’État entendu comme ensemble des organes d’une collectivité étatique et comme la collectivité étatique elle-même. Si bien qu’il peut paraître artificiel de prêter à un ordre juridique étatique une volonté, un intérêt, une revendication, et partant difficile de concevoir un ordre juridique en *désaccord*, en *conflit*, en *litige*, avec un autre ordre juridique¹⁷⁹ ; et, à la vérité, puisqu’il n’est pas évident de se représenter les ordres juridiques étatiques en désaccord et en conflit entre eux, il ne l’est pas non plus de discerner pourquoi il faut que ces ordres juridiques se coordonnent et vers quoi tend une telle coordination.

Soutenir que l’État entendu comme la somme de ses organes et comme collectivité étatique est responsable, producteur, auteur des règles et normes qu’il se donne¹⁸⁰ – que la collectivité française est auteur de la *loi française*, que celle-ci est imputable à celle-là en ce qu’elle procède de ses *choix* et de ses *déterminations*, et que la *loi chinoise* est imputable à la Chine – n’est pas incompatible avec l’idée, qui n’est à la vérité qu’une constatation, selon laquelle il existe des règles dont le « contenu normatif » ou « élément rationnel »¹⁸¹ est mis au point par d’autres sujets que les organes de l’État, notamment par des catégories de membres de la société étatique du fait de la répétition d’actes *volontaires* manifestant un *usage* ou une *coutume*¹⁸². La collectivité étatique n’en est pas moins l’*auctor* – au sens étymologique et, à nos fins, suffisant du terme – en ce sens qu’elle choisit d’« entériner » de telles pratiques, de prêter son *autorité* en les

¹⁷⁸ On sait que d’après une vue assez répandue, dite parfois « institutionnelle » (P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 40 s.), l’expression « ordre juridique étatique » désigne tout à la fois les *règles* et les *normes* d’origine étatique, d’une part, et, d’autre part, les *organes* de l’État qui les produisent – y compris en les *entérinant* : v. *infra*, au texte – et les mettent en œuvre, c’est-à-dire que pareille expression mélange et fusionne l’objet et le sujet. Toutefois, d’après une vue au moins tout aussi répandue, et révélée par l’usage de l’expression « application d’un ordre juridique », aussi insatisfaisante soit-elle (P. Picone, « Die ‘Anwendung’ einer ausländischen ‘Rechtsordnung’ im Forumstaat :... *perseverare est diabolicum* ! », *Liber amicorum K. Siehr*, The Hague 2000, p. 579), l’ordre juridique serait essentiellement formé par un ensemble de règles générales et, tout au plus, de normes individuelles, mais il n’engloberait pas les *auteurs* de telles normes, et se confond dès lors avec l’expression « système juridique » : v. pour la constatation, et la critique, de cette synonymie, D. Sindres, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Paris, 2008.

¹⁷⁹ P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 264, pour qui « la notion de conflit d’ordres juridiques est ambiguë » et qui « s’interroge sur sa réalité ».

¹⁸⁰ L’on s’abstiendra d’apprécier la part respective que jouent aujourd’hui le droit *étatique* et le droit *non-étatique* dans le règlement des relations privées internationales. Car ce qui intéresse essentiellement le problème du renvoi révélé par les décisions analysées dans la deuxième partie, c’est bien le *droit étatique* : droit français, droit chinois, droit espagnol, droit anglais, etc.

¹⁸¹ La distinction entre élément *rationnel* et élément *impératif* est reprise de H. Batiffol, *Aspects philosophiques*, p. 72 s. ; cf. J. Maury, « Observations sur les ‘Aspects philosophiques du droit international privé’ », *Rev. crit.*, 1957, p. 247, qui, quant à la première composante du couple, préférerait l’expression « contenu normatif ».

¹⁸² P. Deumier, *Le droit spontané*, Paris, 2002 ; F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, p. 55 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 304 pour qui l’*opinio necessitatis* « présuppose un acte de volonté individuelle ou collective ».

assortissant, en les « augmentant » a-t-on envie de dire, de sa sanction, elle leur fournit l’« élément impératif », c’est-à-dire qu’elle leur imprime la qualité de règles ou normes *juridiques* en les transformant précisément en *impératifs* susceptibles d’être au besoin mis en œuvre moyennant la contrainte, laquelle est administrée par les organes de l’État, à l’encontre de la volonté de celui qui tenterait de s’y opposer.

C’est au demeurant ce qui nous conduit à rappeler que l’existence d’une volonté étatique au sens dont il vient d’être question est, en droit privé, très largement conditionnée à l’existence d’une volonté individuelle¹⁸³.

44. Volonté individuelle et volonté étatique. Souvenons-nous d’abord – sous réserve d’y revenir plus loin¹⁸⁴ – qu’une grande partie des règles de droit privé prend la forme d’impératifs *hypothétiques* et que la réalisation de l’hypothèse (ou présupposé) qu’elles énoncent dépend, en tout cas entre autres conditions, de la manifestation de volonté ou de l’accomplissement d’un acte volontaire d’au moins une personne privée. Aussi bien, dès lors que la règle générale et abstraite posée par un État énonce : « si A s’est engagé à verser une somme à B, A doit verser cette somme à B », c’est que l’État *veut* que A paye, et lui prescrit de payer, dans la mesure où A a *voulu* lui-même s’engager à le faire. La volonté de l’État (que A paye à B) tire son origine de la volonté individuelle (de A et de B) : l’État ne voudrait pas si une personne privée n’avait pas voulu. Si la règle générale et abstraite énonce : « A doit verser des dommages-intérêts à B dans la mesure où A a causé à B un préjudice par son comportement volontaire », l’État veut que A paye à B, et prescrit à A de payer à B, dans la mesure où A a voulu lui-même le comportement qui a occasionné le dommage. La volonté de l’État naît de la volonté de A de réaliser l’acte qui s’est révélé dommageable.

Rappelons ensuite qu’une fois que le dommage contractuel ou non contractuel survient, la partie qui le subit peut renoncer à son droit d’être indemnisée par le responsable : elle peut *ne pas vouloir* l’être¹⁸⁵. Ainsi, l’État ne veut pas que A paye à B en honorant son engagement ou l’indemnisant du dommage subi par B si B ne veut pas de l’argent de A. De ce point de vue, l’impératif demeure hypothétique encore que la volonté dont dépend l’hypothèse soit celle de la *partie autre que celle qui s’oblige* par sa volonté ou son comportement volontaire. La remise d’une dette échue est en général possible : l’État n’impose pas à A de payer à B contre la volonté de B.

Rappelons encore que la volonté du juge qui veut et ordonne ne se conçoit pas sans l’initiative d’un particulier qui lui demande d’ordonner, c’est-à-dire

¹⁸³ Et c’est ce que signalent les doutes exprimés par certains auteurs quant à l’existence d’un réel « intérêt étatique » en droit international privé. V. *infra*, note 211.

¹⁸⁴ *Infra*, n° 75.

¹⁸⁵ Sur ce qu’il est de l’essence d’un droit subjectif que le titulaire soit libre « de ne point en user », v. H. Coing, « Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. phil. dr.*, 1964, p. 8 ; v. aussi P. Roubier, « Délimitation et intérêts pratiques des droits subjectifs », *Arch. phil. dr.*, 1964, p. 91.

de vouloir. La saisine d’un juge est un acte volontaire d’une partie¹⁸⁶. Le juge ne veut et ne prescrit pas à une personne privée (le défendeur) si une autre personne privée (le demandeur) ne veut pas que le juge veuille et prescrive. Le juge ne prescrit pas à A de payer à B si B ne l’a pas saisi et n’a pas voulu que le juge lui ordonne et lui prescrive de payer. Le juge ne forme ni formule de volonté que si une volonté individuelle le lui demande¹⁸⁷.

Enfin, dès que le juge a voulu et ordonné à A de verser la somme à B, B peut encore renoncer à l’exécution de l’ordre du juge. Il peut, d’abord, ici de nouveau remettre la dette qui a désormais été déclarée judiciairement et peut, en tout cas, ne pas s’activer pour solliciter le concours des autorités chargées de la contrainte¹⁸⁸. L’État ne veut pas que ses organes se mobilisent sans qu’une personne privée veuille qu’ils se mobilisent. Et A est libre de restituer immédiatement à B la somme que les autorités d’exécution auront, à la requête de A, prélevé avec la force du patrimoine de B.

Il est permis de conclure que l’État, en droit privé, « ne veut pas » indépendamment de la volonté d’au moins une des personnes privées parties potentielles ou actuelles à la relation juridique¹⁸⁹. Il se confirme que l’autonomie individuelle est le moteur de la réalisation du droit privé, le stimulateur de la volonté étatique qui, dans le sens et les limites que l’on a indiqués, se met au service de la volonté individuelle¹⁹⁰.

Par une règle abstraite et générale posée par le Parlement espagnol et inscrite dans une disposition du *Código civil*, la collectivité étatique espagnole – l’État espagnol – veut qu’un *de cujus* qui laisse à sa survivance son épouse et trois enfants issus d’un premier mariage soit libre de transmettre la moitié des biens à l’épouse et que l’autre moitié soit réservée aux trois enfants. Supposons que la

¹⁸⁶ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, 30^e éd., Paris, 2010, p. 128 : « Le titulaire de l’action n’a jamais l’obligation de l’exercer » ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 104 : « l’exercice [du droit subjectif], qui consiste dans des actes, matériels ou juridiques... requiert d’ordinaire la volonté. La même volonté est requise dans l’exercice du droit d’action ». En ce sens déjà G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 3^a ed., 1923, rist., Napoli, 1980 (pref. V. Andrioli), p. 723 ; cf. H. Motulsky, *D.* 1972, *Chron.* 1971.

¹⁸⁷ La volonté concordante des plaideurs de mettre fin au procès suffit à tout moment pour y mettre fin (« seules les parties introduisent l’instance, elles ont la liberté d’y mettre fin à tout moment » : S. Guinchard / F. Ferrand, *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*, Paris, 2006, p. 574). Le maintien du procès dépend donc lui aussi de la volonté individuelle.

¹⁸⁸ Alors même qu’elle adresse à Dupont l’ordre de payer 1.000 Euros à Durand, une décision en tant qu’« acte de volonté » du juge n’est pas entièrement « catégorique » dans la mesure où, une fois qu’elle a été prononcée, Durand, comblé par la victoire « morale » qu’elle lui procure, est en général libre de ne plus vouloir les 1.000 Euros, auquel cas Dupont ne devra pas les lui verser (l’exemple est emprunté à P. Mayer, « Existe-il des normes individuelles ? », p. 690-691).

¹⁸⁹ Cf. J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 101.

¹⁹⁰ Dans les rares hypothèses où l’on peut penser qu’un État veut indépendamment de la volonté d’une des personnes privées, c’est-à-dire où un organe de l’État, le ministère public par exemple, se mobilise et saisit un autre organe de l’État, le juge, indépendamment de l’initiative d’une personne privée, c’est parce qu’une partie privée (mineur, adulte incapable, etc.) n’est précisément pas à même de vouloir d’elle-même et l’État, en agissant dans l’intérêt de cette personne, « veut » donc sur le fondement d’une sorte de volonté individuelle hypothétique ou présumée.

relation interindividuelle soit exclusivement rattachée à l’Espagne, que le *de cujus* ait par testament disposé de la totalité de ses biens au profit de son épouse et que ses biens soient détenus par une banque espagnole. L’État espagnol veut que la banque espagnole remette à l’épouse la moitié des biens du défunt et lui prescrit de le faire, d’une part, parce que c’est ainsi qu’a voulu le *de cujus*, mais, d’autre part, dans la mesure seulement où l’épouse veut recueillir ces biens. La volonté étatique est conditionnée à une double volonté individuelle : du *de cujus*, de faire parvenir les biens à l’épouse, et de celle-ci, de les recueillir. La prescription découle déjà de la règle générale et abstraite se dégageant du Code civil espagnol qu’on supposera parfaitement claire à cet égard. Aussi n’est-il pas nécessaire pour la banque de saisir un juge espagnol pour connaître la teneur de l’impératif que l’État espagnol lui adresse, le comportement qu’il lui prescrit. Supposons à présent que l’épouse soit en possession de tous les biens de feu son mari. L’État espagnol lui prescrit de remettre l’équivalent de la moitié de ces biens aux enfants mais seulement dans la mesure où les enfants veulent les recueillir. La volonté de l’État espagnol est fonction une fois de plus de la volonté individuelle : car l’État n’a pas de raison de vouloir si les enfants ne voient eux-mêmes pas de raison de vouloir. Les enfants peuvent fort bien ne pas réclamer leur réserve sur la succession, la volonté de l’État espagnol de la leur attribuer n’allant pas jusqu’à s’opposer à leur volonté de ne pas se les voir attribuer. Si l’épouse ne veut pas leur remettre les biens spontanément, les enfants, dans la mesure où ils veulent les obtenir, peuvent saisir un juge espagnol. Statuant au nom de l’État espagnol dont il est l’organe¹⁹¹, le juge espagnol ordonnera à l’épouse de leur remettre la moitié des biens. Si les enfants ne saisissent pas le juge espagnol, celui-ci ne sera pas saisi par une autre autorité étatique espagnole, par exemple gouvernementale, et le juge espagnol ne prononcera aucun ordre, ne voudra rien du tout. Une fois qu’ils auront obtenu une décision ordonnant à l’épouse de leur remettre les biens, les descendants pourront de toute évidence renoncer à faire exécuter une telle décision. Satisfaits d’une telle déclaration judiciaire qui atteste qu’ils « avaient raison », ils auront tout le loisir de remettre la dette qu’elle a constatée ; en tout cas, ils pourront négliger de saisir l’organe espagnol chargé d’administrer la contrainte qui, tout comme l’organe juridictionnel, ne se mobilise que sous l’impulsion des particuliers intéressés. En somme, les volontés individuelles – du *de cujus*, de l’épouse, des descendants, selon les combinaisons indiquées – sont la condition de la volonté de l’État espagnol formée, prononcée et réalisée par ses organes législatifs, juridictionnels et d’exécution.

Comme les exemples cités le montrent, si la volonté étatique intervient au soutien d’une volonté individuelle, c’est en vue de prévenir ou résoudre un conflit entre plusieurs volontés individuelles.

45. Conflits de volontés individuelles, conflit d’intérêts privés et intérêt étatique à leur résolution. Un conflit entre personnes privées recouvre en effet un conflit entre les *volontés* que forment, affirment et entendent réaliser ces per-

¹⁹¹ Art. 117 de la Constitution espagnole : « La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial ».

sonnes. De telles volontés nourrissent des *revendications* ou *prétentions*. Puisque chaque prétention est avancée en vue de satisfaire un *intérêt* du sujet qui la formule, un *conflit de prétentions privées* recouvre à son tour un *conflit d’intérêts privés*. En simplifiant un peu, une prétention consiste en la réclamation d’un espace de liberté à l’intérieur duquel le sujet qui l’avance peut, si une telle prétention est accueillie, agir conformément à sa volonté¹⁹². De façon quelque peu tautologique, et sous réserve d’y revenir plus loin¹⁹³, on peut affirmer qu’un conflit entre personnes privées surgit de l’impossibilité matérielle, de *rerum natura*, d’exaucer simultanément les prétentions incompatibles qu’elles sont susceptibles d’avancer à l’égard de l’objet potentiel d’un litige et du bénéfice et notamment du domaine de liberté qu’il procure : une somme d’argent, un bien déterminé, une activité ou prestation de faire, le contrôle d’un enfant, etc. Un domaine de liberté protégé, une sphère de « souveraineté » effective, constitue la quintessence du *droit subjectif*, qui traduit un « pouvoir de vouloir », autrement dit, un pouvoir de celui qui en est le titulaire de réaliser sa volonté – et de satisfaire l’intérêt qui y est sous-jacent – en agissant conformément à celle-ci¹⁹⁴. La réalisation d’une telle volonté, et l’effectivité de la liberté qu’elle suppose, appelle une coopération de la part d’un autre sujet (ou de plusieurs sujets), coopération qui fait l’objet d’une *obligation*, laquelle peut à son tour consister en un comportement positif ou action (*facere, solvere*), ou négatif ou abstention (*ne facere, pati*), et consiste d’ailleurs souvent en plusieurs comportements des deux types ; c’est là une manifestation de la *bilatéralité* de la relation juridique ainsi que de la *bilatéralité* des règles de droit privé qui l’organisent¹⁹⁵. Vu sous cet angle, le droit privé a pour objet la *délimitation*, la *coordination*, l’*harmonie*

¹⁹² Cf. F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, 3^a ed., Roma, 1951, p. 20-21, pour qui « il conflitto d’interessi si trad[uce] in un *contrasto di attività* » (italique en original).

¹⁹³ *Infra*, n° 64.

¹⁹⁴ Entre tous, G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 326. Même s’il proclame renoncer à définir l’essence du droit subjectif par la *Willensmacht* du titulaire, J. Dabin, *Le droit subjectif*, n’admet pas moins que « le droit subjectif se confond avec la liberté », « qu’il est l’autonomie du sujet » (p. 90), insistant sur la « faculté de choisir entre l’action et l’abstention pure » (p. 91) qu’il confère, et sur la « libre disposition et la maîtrise » et la « liberté d’exercice » qu’il entraîne (*ibidem*). Sur le droit subjectif comme « souveraineté », c’est-à-dire « liberté » qui « donn[e] à l’action un domaine où elle pourra s’exercer en toute sécurité », G. Ripert, *Le déclin du droit*, Paris, 1949, p. 196 (qui dit suivre J. Dabin). Cf. J.-E.M. Portalis, *De l’usage et de l’abus de l’esprit philosophique*, p. 267.

¹⁹⁵ Y insiste G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 276 : « le droit est... *bilatéral* » car il « pose toujours en face l’un de l’autre deux sujets et leur trace à tous deux une règle, en ce sens que ce qui est possible pour une partie ne peut pas être empêché par l’autre ». L’auteur va jusqu’à affirmer que « ce concept de bilatéralité est la clef de voûte de tout l’édifice juridique » (p. 277) ; v. ég. *ibidem*, p. 280, où on lit que « les caractères propres du droit au sens objectif, autrement dit de la norme juridique sont : la *bilatéralité*, la *généralité*, l’*impérativité* et la *coercibilité* » (italique en original). Cf. W. Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto*, p. 47 (« la norma giuridica è *bilaterale* », italique également en original). Cf. plus près de nous, le sens de l’expression « correlativity » retenu par E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge (Mass.), 1995, pour qui the « central feature of private law is correlativity », qui est, dans l’exposé de P. Cane, « Corrective Justice and Correlativity in Private Law », 16 *Oxford J. Legal Studies* 471 (1996), p. 471, « the fact that through private law we organize the world in terms of bilateral relationships between individuals », constat qui conduit P. Cane à évoquer la « bipolar nature of private law ».

sation, des sphères de liberté des personnes privées et, par là, la coordination des actions et activités de celles-ci¹⁹⁶. Aussi y a-t-il *conflit de prétentions* lorsque deux sujets réclament la même aire de liberté de telle sorte que les actions découlant de l'exercice de la liberté réclamée par l'un d'eux sont incompatibles avec les actions découlant de l'exercice de la liberté réclamée par l'autre, c'est-à-dire que les deux actions projetées par les deux sujets et les deux volontés dont elles procèdent ne sont pas toutes deux réalisables dans ce monde¹⁹⁷.

46. Intérêt étatique au règlement du conflit entre personnes privées. Distinction entre prévention et résolution. Il ne faut pas oublier que le règlement d'un conflit entre personnes privées obéit à un *intérêt* – et d'abord à un *devoir* – *étatique* et constitue même l'une des *missions primordiales* de l'État¹⁹⁸. Celui-ci doit en effet garantir paix, ordre et stabilité à la société dont il a la charge en empêchant que les justiciables aient recours, pour mettre un terme aux différends qui les opposent, à des formes de justice privée (*ne cives ad arma ruant*)¹⁹⁹. Il est essentiel à cet égard de distinguer entre *prévention* et *résolution* du conflit.

Un État aspire, en premier lieu, à *prévenir* les conflits entre les membres de la communauté dont il a la charge. C'est en posant des règles abstraites et générales qu'il poursuit un tel objectif. Le conflit de prétentions individuelles est prévenu dans la mesure où les individus susceptibles de les développer sont à même de prédire comment un tel conflit, s'il devenait *réel* et qu'il était porté devant une autorité habilitée à le trancher – notamment un juge –, serait résolu, autrement dit et en simplifiant un peu, quelle serait la prétention que le juge reconnaîtrait comme *fondée* et quelle serait celle qu'il rejetterait comme *infondée*. Voilà qui devrait inciter le particulier dont il est raisonnablement certain que la prétention qu'il est tenté d'avancer serait déclarée sans fondement par un juge, à ne pas l'avancer du tout et, dès lors, à ne pas l'opposer à la pré-

¹⁹⁶ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 290 : « *le droit se présente ainsi comme devant être principalement un régime de coordination* » (italique en original) ; G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, Paris, 1953, réimpr. Paris, 2004 (préface de D. Gutmann), p. 270 : « nous pouvons dès lors définir ce dernier [le droit] : la coordination objective des actes possibles entre plusieurs sujets », et p. 280 : « le droit est essentiellement... une délimitation, une coordination objective des actes de plusieurs sujets » ; H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, 1948, réimpr. Paris 1991, p. 9 : « Le Droit, personne ne le conteste, a pour objectif la réalisation de l'harmonie sociale, la coordination des activités humaines à l'intérieur d'une organisation donnée » ; J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, phrase reproduite sur le dos de la couverture : « en exécution de sa mission de coordination et d'harmonie, la règle sociale... » ; avec beaucoup de vigueur S. Besson, *The Morality of Conflict – Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford and Portland, 2005, *passim*, spéc. p. 161 : « *coordination can be regarded as the law's main function or task* », p. 204 (italique en original).

¹⁹⁷ « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », *Clunet*, 2012, spéc. p. 67.

¹⁹⁸ Ce qui est rappelé dans les préambules de maintes Constitutions étatiques.

¹⁹⁹ J. Carbonnier, *Introduction au droit civil*, p. 35 : « Faire régner la paix entre les hommes est la fin suprême du droit » (cf. p. 50 : « Le droit a pour *but* le maintien de l'ordre social » : italique en original) ; H. Kelsen, « Law, State, and Justice in the Pure Theory of Law », in : *What Is Justice ?*, *Collected Essays*, Berkeley [etc.], 1957, p. 289 ; H. Batiffol, *Aspects philosophiques*, p. 139 ; A. Sériaux, *Le droit : une introduction*, p. 8 ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 111.

tention formée par l’autre partie et dont il est raisonnablement certain qu’elle serait jugée légitime. Aussi le conflit de prétentions est-il tranché *dans l’abstrait*, et donc *par avance*, par la règle générale qui s’y applique – et par l’auteur de celle-ci –, si bien que le conflit potentiel ne se mue pas en conflit actuel, en litige, mais il demeure à l’état latent ou virtuel. Le critère de *prévention* du conflit constitue donc, au même temps, un critère de *coordination* des sphères de liberté dont peuvent légitimement demander le respect les sujets qu’opposerait un tel conflit s’il n’était pas prévenu.

Le litige entre deux personnes privées, c’est-à-dire le conflit entre les prétentions qu’elles avancent effectivement, est en revanche *tranché* lorsqu’une autorité judiciaire en est réellement saisie. Cela se produit en général lorsque le conflit n’est pas prévenu par les règles générales et abstraites, en d’autres termes lorsqu’il n’est pas résolu dans l’abstrait et par avance d’une manière suffisamment certaine et prévisible. À l’intérieur des limites que lui fixent les règles générales, l’autorité judiciaire exerce sa *discretion*, c’est-à-dire en substance jouit d’une liberté qu’encadrent ces limites et dont elle doit en général justifier l’usage dans les motifs de la décision qu’elle rend²⁰⁰.

Bien que de droit privé, les relations visées par notre discipline ont des attaches avec le milieu social et économique de deux ou plusieurs communautés étatiques. Voilà qui, s’il ne modifie pas l’essence du conflit à prévenir ou à résoudre, n’en affecte pas moins en profondeur le processus gouvernant la recherche du mode de prévention et de résolution.

Britannique domicilié en Espagne, Anthony Denney est titulaire d’un important patrimoine mobilier situé en Espagne et en Angleterre²⁰¹. Il en laisse par testament l’intégralité à sa seconde épouse, Mme Royde, à l’exclusion de ses trois enfants, Timothy, Sarah et Teresa, issus d’une première union. Au décès d’Anthony Denney, Mme Royde se trouve en possession de ses biens ; elle revendique le droit de les garder pour elle conformément à la loi anglaise alors que les enfants en réclament la moitié conformément à la loi espagnole. Le conflit entre l’épouse d’Anthony Denney et ses enfants du premier lit oppose deux personnes privées, chacune revendiquant la titularité exclusive des mêmes biens successoraux, c’est-à-dire la liberté d’en user et d’en disposer conformément à sa propre volonté, à ses propres intérêts. Le fait que la situation présente des attaches avec l’Angleterre et l’Espagne ne modifie pas fondamentalement la nature du conflit. Il s’agit donc de trancher celui-ci comme à chaque fois que deux sujets prétendent la maîtrise des mêmes biens et pour les mêmes raisons : les lois de nature les empêchant d’exercer l’un et l’autre les pouvoirs exclusifs s’attachant au droit de propriété, il convient d’assurer un ordre et une sécurité en évitant que les prétendants aient recours à la justice privée et que le déchaînement des passions qui en résulte ne se solde par le triomphe de la loi du plus fort.

²⁰⁰ *Supra*, n° 43.

²⁰¹ Pour un résumé des faits de l’affaire *Denney*, de son déroulement et de son dénouement, v. *infra*, n° 356.

B – Du conflit de prétentions privées au conflit de prétentions étatiques

47. Communauté d’intérêts étatiques et conflit d’intérêts étatiques. Lorsque la relation entre deux personnes privées est concomitamment intégrée aux milieux sociaux et économiques de deux États, ceux-ci ont d’abord pour *intérêt commun*, parce que pour *devoir* commun, pour *responsabilité* commune – et l’on a toujours un intérêt légitime à remplir son à devoir et honorer ses responsabilités²⁰² – d’assurer la sécurité, la paix et l’ordre à la faveur d’une telle relation et des sujets qu’elle implique. Voilà qui exige que le conflit entre les personnes privées parties à la relation transfrontière soit prévenu ou du moins résolu de manière définitive, car à défaut, il risquerait de nuire à la stabilité des sociétés dont les deux États qu’elle engage ont la charge. Pas de *conflit d’intérêts* entre les deux États sur ce point, mais bien *identité d’intérêts*²⁰³. C’est en somme parce qu’elles sont « co-intéressées » – au sens de « co-affectées », « co-engagées », mises en cause ensemble – *par* une relation humaine, que les deux communautés étatiques sont « co-intéressées » *au* règlement de celle-ci et, plus précisément, à la prévention ou à tout le moins à la résolution des différends qui peuvent opposer les particuliers qui y participent. Il s’ensuit que ces deux communautés, et les organes qui décident et agissent pour elles et en leur nom, ont bien, en ce sens, un *intérêt étatique commun*, parce qu’une *responsabilité commune*, conjointe, « co-étatique » leur incombe.

Les États « co-intéressés » ont cependant l’un et l’autre *vocation* à fixer le critère de prévention ou de résolution du conflit entre les personnes privées impliquées. Autrement dit, l’un et l’autre État peuvent souhaiter trancher le conflit de prétentions privées au moyen du critère de prévention ou de résolution – et par là de coordination des sphères de liberté individuelle – le plus conforme à la vision de la justice qu’ils consacrent dans leurs lois. Dans la mesure où ces critères sont différents – dans la mesure où leur mise en œuvre entraînerait une différente distribution des droits et des obligations des particuliers en présence²⁰⁴ – et que chacun des deux États avance *effectivement* la prétention de trancher le conflit de prétentions privées par son propre critère, il y a là un *conflit de prétentions étatiques*.

L’Espagne estime qu’en général, un conflit entre l’épouse, bénéficiaire du testament, et les enfants du premier lit doit être tranché en attribuant aux enfants la moitié des biens successoraux, l’Angleterre qu’il doit l’être en permettant à l’épouse de recueillir la totalité de la masse. Dès lors que l’Espagne et l’Angleterre souhaitent l’une et l’autre appliquer leur propre loi à la succession d’un Britan-

²⁰² Cf. G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 270 (« chacun a toujours le droit d’accomplir son devoir » : italique en original).

²⁰³ Sur la dichotomie entre « identity of interests » et « conflict of interests », dans un sens semblable, encore que se rapportant aux sujets-individus, J. Rawls, *A Theory of Justice*, p. 109 ; cf. S. Besson, *The Morality of Conflict*, p. 176.

²⁰⁴ C’est bien ce que nous avons supposé : *supra*, n° 3.

nique domicilié en Espagne, c’est-à-dire mettre en œuvre leur critère de prévention du conflit pouvant surgir, et de résolution du conflit ayant surgi, entre la seconde épouse et les enfants d’un *de cujus* appartenant à une catégorie ainsi définie, il y a là un conflit de volontés et par là de prétentions étatiques. On y discerne les deux réclamations incompatibles de la même sphère de liberté : l’Angleterre revendique celle de déterminer elle-même le sort des biens successoraux en cas de conflit entre les personnes privées qui ont vocation à les réclamer et forme et manifeste à cet égard la volonté d’exercer pareille liberté en attribuant à l’épouse la totalité des biens ; l’Espagne revendique la même sphère de liberté et forme et manifeste la volonté de l’exercer en laissant la moitié des biens aux enfants.

À ce qui précède il convient d’apporter la précision qu’impose la constatation, dressée plus haut, d’après laquelle, notamment dans les relations entre personnes privées se nouant sans le concours d’une autorité, seules visées par la présente enquête²⁰⁵, la volonté individuelle est moteur de la réalisation du Droit privé et stimulateur de la volonté étatique²⁰⁶. Un État – a-t-on relevé – n’intervient dans ce type de situations que lorsqu’une partie se réclame effectivement des droits subjectifs que lui reconnaissent les autorités normatives étatiques, et particulièrement lorsque le titulaire est prêt à solliciter les autorités judiciaires puis les organes d’exécution dans la mesure où il n’obtient pas spontanément la coopération de l’autre personne privée de laquelle dépend par hypothèse la réalisation de sa prérogative. Un individu n’est pas obligé d’exercer le droit subjectif qu’il détient. L’essence du droit subjectif est *liberté*, laquelle englobe celle de ne pas l’exercer et dès lors qu’une partie décide de ne pas l’exercer ou de ne pas se mobiliser pour l’exercer, les autorités étatiques ne se mobiliseront pas non plus²⁰⁷. S’agissant d’ailleurs d’une prétention de nature pécuniaire, celle-ci peut être en général valablement et définitivement abandonnée à tout moment où elle peut être valablement et définitivement exercée.

Or, tout cela vaut également lorsqu’on est confronté à une relation privée internationale. Une prétention étatique du type dont il est question suppose qu’une partie privée réclame de l’État en question qu’il concoure à satisfaire la prétention qu’elle avance, laquelle est par hypothèse fondée sur la loi de cet État. Un État n’avance de prétention que parce qu’il y est en quelque sorte poussé par une personne privée qui se réclame de sa loi, dont la mise en œuvre constitue l’objet d’une telle prétention. Autant dire que la prétention étatique dépend d’une prétention privée en ce sens qu’elle ne se déclenche que du fait de celle-ci. Bien sûr, si toute prétention vise à satisfaire un intérêt de celui qui l’avance, une prétention étatique vise à satisfaire un intérêt étatique et un

²⁰⁵ *Supra*, n° 3.

²⁰⁶ *Supra*, n° 44.

²⁰⁷ *Supra*, n° 44. Si je suis *obligé* d’exercer un droit déterminé – que l’on pense, dans certains pays, au droit de garde –, c’est qu’il ne s’agit pas seulement d’un droit, mais également d’un *devoir* (« *Pflichtrecht* »). Si je ne suis pas libre de m’enlever la vie – pour prendre l’exemple de J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 60 – c’est que le droit à la vie est aussi un devoir, un devoir de vivre.

conflit de prétentions étatiques est bel et bien un *conflit d'intérêts étatiques*. Mais l'intérêt d'un État est celui-là même que vise à satisfaire la loi dont il revendique l'application, c'est-à-dire consiste ici à satisfaire un intérêt privé en vue de la prévention ou résolution d'un conflit d'intérêts privés. L'intérêt de l'État suppose qu'il y ait opposition préjudiciaire de prétentions entre personnes privées et ne se manifeste que dans la mesure de cette opposition et pour trancher celle-ci, préjudiciairement dans la mesure du possible. Il s'ensuit que le conflit d'intérêts étatiques et de volontés étatiques est un conflit entre deux États qui, d'une part, sont l'un et l'autre soucieux de trancher un conflit d'intérêts privés afin d'éviter que les justiciables aient recours à la justice privée, et qui, d'autre part, prétendent chacun le trancher par sa propre loi lorsqu'une des parties privées s'en réclame à l'encontre de l'autre. Autrement dit, le conflit d'intérêts étatiques résulte de ce qu'un État est intéressé à prévenir le conflit entre personnes privées en donnant satisfaction à l'intérêt privé dont est porteuse l'une d'elles, parce que cet intérêt privé lui paraît peser davantage, et que l'autre État est intéressé à prévenir le même conflit mais en donnant satisfaction à l'intérêt privé dont est porteuse l'autre partie, car c'est cet intérêt qu'il juge prépondérant.

L'intérêt commun de l'Espagne et de l'Angleterre est d'œuvrer pour que les conflits entre l'épouse et les enfants des ressortissants britanniques domiciliés en Espagne soient prévenus dans la mesure du possible et, dans tous les cas, résolus d'une manière définitive ; à défaut de quoi ces deux pays risqueraient, d'une part, d'encourager les particuliers à se rendre justice eux-mêmes, en portant par là atteinte à la stabilité des milieux socio-économiques espagnol et anglais et, d'autre part, de décourager, en l'entravant, en ne le rendant pas libre, l'établissement des relations privées hispano-anglaises. Chacun des États a sa propre « recette » pour trancher ces conflits mais encore faut-il qu'une partie se réclame d'une telle « recette ». L'Angleterre ne réclame de liberté de régir par sa loi le conflit opposant les enfants à l'épouse, et de trancher celui-ci en faveur de l'épouse en permettant à cette dernière de recueillir la totalité des biens, que parce que celle-ci, et dans la mesure où celle-ci, revendique effectivement la titularité des biens et la protection de la loi anglaise qui la lui accorde. Aussi longtemps que l'épouse n'avance pas de prétentions à l'égard de ces biens ou qu'elle parvient à un accord à l'amiable avec les enfants sans souhaiter le remettre en question, l'Angleterre n'a pas de prétention à faire valoir. Semblablement, l'Espagne n'a d'intérêt à mettre en œuvre sa loi que lorsque les enfants se réclament de cette loi et des droits qu'elle leur reconnaît tandis que l'épouse s'y oppose, étant entendu que l'intérêt primordial de l'État espagnol, celui d'assurer la paix et l'ordre aux relations privées, n'est pas moins satisfait lorsque les parties trouvent un accord entre elles sans jamais songer à le contester.

De même, l'intérêt commun de la Chine et de l'Australie dans la situation tranchée par la décision *Neilson*, dont il sera question ci-après²⁰⁸, est de prévenir une

²⁰⁸ *Infra*, n° 53.

contestation entre la victime, Mme Neilson, et la société responsable, Overseas, et de trancher une telle contestation de manière définitive si elle devait naître. Aussi longtemps que Mme Neilson, pour des raisons qui lui sont propres – autres que la perspective de s’enliser dans un contentieux international potentiellement sans fin –, préfère ne pas prétendre l’indemnisation qu’elle aurait le droit d’obtenir d’Overseas selon la loi australienne, l’Australie n’a pas d’intérêt propre à prescrire à Overseas de verser à Mme Neilson la somme correspondante. Aussi longtemps qu’Overseas, pour des raisons autres que parce que la loi australienne lui impose de le faire, choisit d’indemniser Mme Neilson alors même que la loi chinoise ne lui impose pas l’obligation correspondante, l’intérêt de la Chine n’est sûrement pas contrarié.

48. Relation interindividuelle transfrontière source d’une relation interétatique. Une relation *interindividuelle* mettant en cause les milieux sociaux et économiques de deux États finit par les faire par là même entrer en contact, en « liaison », l’un avec l’autre et provoquer une relation *interétatique*. Par « relation » on entend en général le rapport existant entre deux sujets dont les déterminations et les actions sont susceptibles d’empiètement réciproque, c’est-à-dire de rejaillir les uns sur les autres de telle sorte, justement, qu’une coordination est nécessaire, les déterminations d’un sujet appelant en substance pour se réaliser une coopération de l’autre sujet. C’est bien cette interdépendance qui constitue l’essence d’une relation, dont l’étymologie renvoie à un « lien », à une solidarité²⁰⁹. Or il se fait que l’intention d’un État de mettre en œuvre sa loi, et par là le critère de résolution du conflit entre les particuliers parties à la relation privée qui affecte sa société, en donnant satisfaction à la prétention fondée sur sa loi qu’avance un particulier, de même que l’intention de cet État, à la demande du même particulier, de sanctionner au besoin par la contrainte un tel règlement du litige, suppose, pour se concrétiser, que l’autre État également mis en cause s’abstienne, en dépit de l’éventuelle sollicitation de l’autre particulier, de mettre en œuvre sa loi et le critère de résolution du conflit entre les personnes privées qu’il estime le plus juste. Autrement dit, la prétention avancée par un État A à régir par sa loi la relation privée AB et à satisfaire la prétention du particulier qui se réclame de la loi de A requiert, pour se réaliser, la coopération de l’État B ; celle-ci prend la forme d’un comportement en tout cas *passif*, consistant à ce que l’État B renonce à prêter son concours à la réalisation chez lui d’une modification du réel qui anéantirait la modification mise en œuvre par l’État A, mais également parfois *actif*, puisque l’État B peut être appelé à mobiliser ses organes de contrainte pour opérer la modification du réel qu’induit la mise en œuvre de la loi de A, à la suite d’une décision prise ou bien par les organes judiciaires de A ou bien par les organes judiciaires de B²¹⁰.

²⁰⁹ F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, p. 121.

²¹⁰ Sur cette double forme que peut prendre la coordination inter-étatique, cf. S. Romano, *L’ordre juridique*, p. 122.

Lorsqu'une partie des biens successoraux se trouve en Espagne, la liberté de l'Angleterre de trancher par sa propre loi, et selon sa propre vision de la justice, le conflit entre les enfants et l'épouse, c'est-à-dire en substance la liberté de l'Angleterre de satisfaire la prétention de l'épouse qui se réclame de la loi anglaise qui lui reconnaît le droit de recueillir tous ses biens, suppose la disponibilité des autorités espagnoles à s'activer pour permettre à l'épouse de les recueillir au besoin avec la force, et à s'abstenir de prêter leur concours à la mise en œuvre de la prétention des enfants qui contrarierait la volonté de l'Angleterre. Si tout l'actif se trouve en Angleterre, les autorités espagnoles doivent, pour que la liberté de l'Angleterre soit effective, renoncer à permettre aux enfants d'obtenir la réserve en se saisissant des biens que l'épouse possède ou possèdera en Espagne, y compris les biens héréditaires qu'elle aura transportés en Espagne après en avoir obtenu la possession en Angleterre.

49. Articulation entre conflit de prétentions étatiques et conflit de prétentions privées. On comprend l'hésitation que suscite depuis longtemps la question de savoir si notre matière est confrontée plutôt à des *conflits d'intérêts privés* ou à des *conflits d'intérêts étatiques*²¹¹. Ce qui vient d'être dit suggère qu'il

²¹¹ La mise en perspective des deux affirmations suivantes, apparemment irréconciliables, et provenant de deux maîtres à penser parmi les plus prestigieux du droit international privé européen, fournit une illustration de l'hésitation persistante que suscite l'articulation entre intérêts des États et intérêts des particuliers à propos des relations privées internationales : d'après A. Bucher in A. Bucher / A. Bonomi, *D.i.p.*, p. 98-99, « [d]ans la mesure des besoins, l'État a... un intérêt légitime à l'application de ses lois, qui trouve son expression normative dans la règle de conflit de lois. *Le respect de l'intérêt des États à l'application de leurs lois* (ou, le cas échéant, à leur non-application) constitue ainsi un élément inhérent à la finalité de la règle de conflit » (cours de l'A.) ; selon P. Mayer, in P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 89, « [n]ormalement, dans les litiges de droit privé, c'est plutôt d'une concurrence que d'un véritable conflit qu'il faut parler : plusieurs règles sont en présence et ont une égale vocation à l'application ; les États dont elles émanent ne manifestent pas de volonté et n'ont pas d'intérêt à ce que leur propre loi l'emporte sur les autres » (la controverse s'est prolongée dans les « Cours générales » que nos auteurs ont professés à La Haye : P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques », p. 155 et s., spéc. p. 326, et A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », p. 102). Sans doute chacun de ces points de vue renferme une part significative de vérité. L'intérêt de l'État n'est jamais disjoint de l'intérêt d'une personne privée et l'intérêt de l'État à l'application sa loi se recoupe avec l'intérêt de l'État à protéger l'intérêt de la personne privée qui se réclame de sa loi. Ainsi précisé, cet intérêt étatique est tout aussi légitime que réel. Seulement, puisque l'intérêt d'un État à la mise en œuvre de sa loi et partant à la satisfaction de l'intérêt privé qui, d'après sa loi, est le plus méritant, le plus conforme à la justice, ne serait pas réalisé dans la mesure où chacun des États qu'affecte une relation privée internationale avance un tel intérêt par rapport à celle-ci, voilà que l'État découvre pour ainsi dire l'*intérêt* qu'il détient à *modérer un tel intérêt*, c'est-à-dire qu'il a « intérêt au désintérêt », ou « intérêt au désintéressement » – selon la puissante image de J. Rawls, *A Theory of Justice*, revised ed., Oxford, 1999, spéc. p. 117 et 125 (« mutually disinterested rationality »), reprise par P. Ricoeur, *Amour et Justice*, Tübingen, 1990, rééd. Paris, 2008, p. 31 –, c'est-à-dire encore que l'intérêt d'un État est mieux servi si celui-ci n'« avance » pas l'intérêt à l'application de sa loi toutes les fois qu'il aurait *a priori* vocation à le faire et accepte que sa loi « concoure » avec la loi des autres États sur un pied d'égalité (« for if everyone is authorized to advance his aims as he pleases, or if everyone ought to advance his own interests... the outcome is determined by force and cunning » : J. Rawls, *op. cit.*, loc. cit. ; cf. R. Dworkin, « The Goodness of Justice », *Rev. hell. dr. int.*, 1995, p. 14-15). Cet « intérêt au désintéressement » poursuit dès lors un *intérêt supérieur* et *commun* aux deux sociétés étatiques – et il est sous cet angle davantage un « désintérêt intéressé » qu'un « intérêt désintéressé », selon la formule de P. Ricoeur – qui est de garantir l'ordre, la paix et la stabilité aux relations privées qui se rattachent simultanément à leurs milieux sociaux et économiques, ce qui est

s’agit des uns *et* des autres, selon l’articulation proposée : si l’*objectif* est de prévenir ou résoudre un conflit entre personnes privées – objectif qui répond à l’intérêt commun aux États, parce qu’à la responsabilité et au devoir incombant à l’un et à l’autre, de garantir la paix, l’ordre et la stabilité des relations privées s’inscrivant au sein de leurs sociétés – le *moyen* pour l’atteindre est la prévention ou résolution d’un conflit de prétentions étatiques au sens antérieurement exposé, prenant la forme d’un conflit international de *lois* et de *décisions*.

Une telle imbrication des deux plans est illustrée par l’exemple suivant. Deux enfants – supposons un garçon et une fille – d’un couple vivant séparé de corps se disputent l’utilisation d’un studio de propriété, pour les trois quarts, du père et, pour un quart, de la mère. Le fils en appelle au père qui, du fait qu’il détient la part la plus importante de l’objet litigieux, estime avoir une plus grande légitimité pour trancher lui-même le désaccord entre les enfants, et il trancherait notamment en faveur du garçon puisqu’il a obtenu des meilleurs résultats scolaires. La fille sollicite la mère qui estime pour sa part être fondée à décider elle-même au motif que la garde des deux enfants lui a été confiée et se prononcerait en faveur de la fille parce qu’elle est l’aînée et entre au surplus en première année universitaire. S’agit-il d’un conflit entre les *enfants* ou d’un conflit entre les *parents* ? La source première est bien le conflit entre les enfants, à tel point que s’il n’y avait pas celui-ci, il n’y aurait pas de conflit entre les parents ; mais pour que le conflit entre les enfants soit résolu, il faut que le soit celui entre les parents, et aussi longtemps que celui-ci persistera, celui-là demeurera également. Un désaccord entre deux sujets dont chacun revendique le droit de trancher le conflit entre deux autres sujets sur lesquels les premiers sont investis d’une certaine autorité, et qui le trancheraient de manière différente, constitue bel et bien un conflit. On voit en l’espèce que les deux parents revendiquent le même espace de liberté, puisqu’ils revendi-

source de *progrès* pour les deux collectivités et alimente en conséquence le *bien commun* à celles-ci ; et cet intérêt supérieur et commun appelle une « coordination interétatique », laquelle répond à une requête de la justice (« coordinating about justice... can be understood as a *derivative requirement of justice* » : S. Besson, *The Morality of Conflict*, p. 177). La preuve de la primauté de l’intérêt étatique à ce que l’ordre et la paix soient garantis, à ce que les conflits entre personnes privées soient prévenus et évités, par rapport à l’intérêt étatique à ce qu’ils le soient au profit de la vision matérielle de la justice privée qu’il consacre dans sa loi, est fournie par le constat qu’un État ne mobilise ses organes aussi longtemps que les particuliers impliqués dans une relation contractuelle, délictuelle, successorale, alimentaire, etc., trouvent un accord, un arrangement, un règlement privé – et au besoin secret – de leurs intérêts et qu’ils ne songent à le remettre en cause, c’est-à-dire aussi longtemps qu’ils se satisfont de leur propre vision de la justice, laquelle s’écarte par hypothèse de celle que l’État consacre dans sa loi de droit privé, et ce alors même qu’un tel arrangement, un tel règlement, si une partie souhaitait le remettre en cause, serait tenu pour contraire aux normes dites impératives ou à l’ordre public et invalidé par un juge de l’État. L’État n’intervient pas, il n’a pas intérêt à intervenir pour imposer sa vision de la justice privée aussi longtemps qu’aucune des parties ne lui demande d’intervenir, aussi longtemps que les personnes privées s’accordent pour substituer à la vision *étatique* de la justice interindividuelle une vision *interindividuelle*, parallèle et alternative, de celle-ci, sans la remettre en cause : v. *supra*, n° 44.

quent l'un et l'autre la maîtrise de l'appartement, non pas en ce sens qu'ils souhaitent l'utiliser eux-mêmes mais en ce sens qu'ils veulent l'attribuer à l'enfant qui, pour chacun, le mérite davantage. Prétendre déterminer à qui revient la maîtrise d'un bien, c'est déjà en revendiquer la maîtrise.

Soit une succession internationale ayant des attaches avec l'Espagne et l'Angleterre. Si l'Espagne et l'Angleterre veulent l'une et l'autre prévenir une contestation effective entre l'épouse survivante, qui a « vocation » à se réclamer de la « vocation » de la loi anglaise et, en conséquence, à recueillir la totalité de la succession, et les enfants, qui ont « vocation » à se réclamer de la « vocation » de la loi espagnole et, par là, à recueillir la moitié de la succession, il faut que l'Espagne et l'Angleterre préviennent un conflit entre la prétention qu'a « vocation » à avancer l'Angleterre consistant à trancher selon sa propre vision de la justice successorale, c'est-à-dire en faveur de l'épouse, et la prétention qu'a « vocation » à avancer l'Espagne, consistant à trancher selon sa vision à elle de la justice successorale, c'est-à-dire au profit des enfants.

Prise sous ce jour, l'*antinomie internationale de lois* – ou *conflit international de lois* – apparaît comme un conflit entre les prétentions que deux (ou plusieurs) États ont vocation à avancer et dont chacune a pour objet l'application de la loi de l'État qui l'avance à l'entreprise visant à prévenir ou arbitrer un conflit de prétentions privées : de telles « vocations » parallèles sont justifiées par l'intégration simultanée du rapport interindividuel au sein des deux sociétés étatiques. Bien sûr, s'il est efficacement « réglé » par avance, ce conflit entre prétentions étatiques n'évolue qu'au plan *potentiel, virtuel, latent* ; ce n'est que la *coordination* entre les domaines d'application respectifs que les États assignent à leurs lois, l'*harmonie* entre celles-ci (*Gesetzesharmonie*), fruit escompté de la réussite de la démarche de prévention du conflit, qui s'offre à l'observation.

Une *règle de conflit de lois* vise précisément à trancher et, d'abord à prévenir, un tel conflit international de lois, en assurant une telle coordination. Mais avant de le rappeler, il convient de s'attarder sur les méfaits dont est génératrice l'antinomie internationale.

Sous-section 2 : Les méfaits de l'antinomie internationale

50. Double poste d'observation. Pour la commodité de l'exposé, l'on tâchera d'abord d'embrasser l'optique des États qui édictent les deux lois antinomiques (§ 1) puis l'optique des individus parties à la relation internationale qu'elles visent et qui en sont donc les destinataires (§ 2). Les plans sont bien sûr entremêlés, les maux de l'antinomie que l'on aura détectés sont à la vérité largement les mêmes et, surtout, leur classement dans l'une ou l'autre catégorie renferme une part importante d'arbitraire ; mais ici comme ailleurs, la dualité du poste d'observation promet de livrer une vue plus riche du phénomène observé.

§ 1. Les méfaits de l’antinomie internationale du point de vue des auteurs des règles ou normes antinomiques

51. Plan. Il incombe à tout État – avons-nous rappelé – d’assurer l’ordre et la paix aux relations privées qui affectent la société dont il a la charge en prévenant ou résolvant les conflits entre les justiciables participant à de telles relations et ce afin d’éviter que ces derniers ne soient tentés de se faire justice eux-mêmes, ce qui déstabiliserait la société et marquerait tout autant la négation du Droit que la ruine de l’État. Il est plus immédiatement conforme à une telle mission – avons-nous également rappelé, sous réserve d’y revenir plus loin²¹² – que les conflits soient dans la mesure du possible *prévenus* au moyen de règles générales et abstraites et que le nombre de ceux qui exigent d’être *résolus* par des normes individuelles édictées par les autorités judiciaires soient réduits à une proportion tolérable. Aussi longtemps en tout cas qu’il n’est pas prévenu ou du moins résolu, un conflit international de lois menace précisément de laisser sans règlement le conflit entre les parties privées, c’est-à-dire d’empêcher qu’il soit prévenu et même résolu en Droit et par le Droit. L’un et l’autre État dont émanent les lois antinomiques faillissent ainsi, à l’égard de telles relations interindividuelles, à leur mission primordiale.

Il semble bien qu’une antinomie, comme en atteste l’étimologie, est contraire à l’essence la moins contestable de l’idée du Droit²¹³, et que l’antinomie que nous avons qualifiée d’*internationale* s’en départit de façon plus intolérable encore que l’*antinomie interne*. Au mieux, une seule des lois antinomiques sera mise en œuvre ; l’autre est en revanche condamnée à rester tout aussi inefficace que si elle n’avait pas été déclarée applicable par l’État dont elle émane, si bien que la volonté de celui-ci de l’appliquer demeurera un vœu pieux (A). On peut alors douter que les deux règles ou dispositions par lesquelles les deux États avancent l’un et l’autre la prétention de régir par leurs lois la même relation internationale soient véritablement, l’une *et* l’autre, des règles de droit et que les deux volontés étatiques qui les posent constituent l’une *et* l’autre des volontés *normatives* (B). Il se peut enfin que chacune des lois en conflit international se voie privée par l’autre de l’efficacité et spoliée de la normativité à laquelle aspire l’État qui la déclare applicable (C).

A – Inefficacité d’au moins une des règles ou normes antinomiques

52. Plan. Il s’agit d’abord de prendre conscience de ce qu’en cas de conflit international de lois, une au moins des lois antinomiques ne pourra pas recevoir

²¹² *Infra*, n° 80.

²¹³ Dans la mesure en tout cas où elle est « insoluble », c’est-à-dire insusceptible d’être résolue par avance grâce aux critères traditionnels, hiérarchique, temporel et de spécialité. Sur l’insuffisance de ces critères, v. A. Bayart, « Leibniz et les antinomies en droit », *Rev. int. phil.*, 1966, p. 257 s. ; G. Kalinowski, « Les causes de certaines antinomies juridiques », in Ch. Perelman (dir.), *Études de logique juridique*, Bruxelles, 1978, p. 92.

l’efficacité que l’État qui l’édicte réclame pour elle. La vérité est à tel point évidente qu’il peut sembler inutile d’y insister ; si l’on s’est résolu à le faire, c’est, d’une part, car une telle vérité nous semble quelque peu méconnue à la fois dans le vocabulaire qu’ils utilisent et dans les fondements mêmes que se donnent les théories du renvoi développées jusqu’à présent et, d’autre part, car, dans une matière où bien des choses font l’objet de controverses, il est heureux que l’on puisse tenir un point de départ incontestable. On songera d’abord aux dispositions qui font naître des droits de créance et des obligations corrélatives (1) ; on se penchera ensuite sur celles qui fixent les conditions de validité, formelle et matérielle, des actes juridiques (2) ; on s’intéressera enfin à celles qui organisent les conditions à satisfaire pour acquérir un état familial et en régissent les effets (3).

1. Droits de créance et obligations corrélatives

53. Conflit entre une règle qui accorde un droit de créance et une règle qui ne l’accorde pas. Une bonne part des relations juridiques privées met en cause soit des droits de créance, et les obligations corrélatives, ayant un contenu *pécuniaire*, soit des droits de créance ayant un contenu de nature différente – remise d’un bien, prestation d’un service – mais dont l’inexécution entraîne en général qu’ils sont remplacés par des droits et des obligations *subsidiaries* qui revêtent, ceux-là, un caractère *pécuniaire*²¹⁴. Ainsi de la majorité des questions que soulèvent les matières contractuelle, délictuelle, successorale, alimentaire et bien d’autres divisions du droit privé.

On supposera donc deux règles, A¹ et B¹, édictées respectivement par l’État A et l’État B, et une relation internationale AB impliquant deux individus, X et Y, laquelle s’inscrit pour partie dans l’ordre socio-économique de l’État A et pour partie dans celui de l’État B. On supposera aussi que d’après la règle A¹, si elle est applicable à la relation AB, X doit 100 à Y (parce que les conditions que la règle A¹ fixe pour la naissance d’un tel couple de droit et obligation sont réalisées) et que d’après la règle B¹, si elle est applicable à cette même relation AB, X ne doit rien du tout à Y (parce que les conditions que la règle B¹ fixe pour la naissance d’un tel couple de droit et obligation ne sont pas réalisées). Or, c’est un fait réel, une *Seintatsache*, que la somme de 100 ne peut pas être, en vertu de la relation AB, à la fois versée (dans sa totalité) par X à Y et non versée (dans sa totalité)²¹⁵. Aussi bien, une des deux règles, A¹ ou B¹, est impuissante à faire évoluer son *applicabilité* en *application effective*, c’est-à-dire qu’un des

²¹⁴ Sur ce que « d’une obligation violée ou non exécutée va naître une obligation nouvelle et ainsi de suite » et que « des chaînes des obligations vont se forger... jusqu’à ce que le résultat recherché ou un résultat équivalent ait été atteint », v. M. Virally, *La pensée juridique*, Paris, 1960, p. 69 ; cf. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Paris, 1999, p. 42.

²¹⁵ On pourrait objecter qu’en réalité *tertium datur*, puisque la somme de 100 peut être *en partie* versée et *en partie* non versée : au lieu de verser 100 ou de ne verser rien du tout, X pourra verser 50 (ou 30, ou 70 etc.). Cela suppose à la fois l’efficacité *partielle* et l’inefficacité *partielle* de *chacune* des deux règles ; dans la mesure où l’une d’elles est efficace, l’autre est inefficace, et inversement.

États, A ou B, est impuissant à réaliser sa volonté²¹⁶, consacrée respectivement dans les règles ou dispositions A² et B², de faire régir par sa loi la relation AB. Dans la mesure où la somme en question, au besoin après l’exercice, dans l’État A notamment, des voies d’exécution, aura été versée par X à Y et qu’une somme équivalente n’aura pas été restituée par celui-ci à celui-là – notamment en vertu des règles sur la répétition de l’indû ou de l’enrichissement illégitime édictées par l’État B et des voies d’exécution ouvertes par celui-ci – la règle A¹, et la prétention avancée par l’État A dans la disposition A² de l’appliquer à la relation AB, auront été efficaces et la règle B¹, et la prétention avancée par l’État B dans la disposition B² de l’appliquer à AB, seront demeurées inefficaces. Dans la mesure où la somme aura pu ne pas être versée par X, au besoin après l’engagement victorieux, dans l’État B notamment, d’une action en restitution de la somme versée dans l’État A (indûment du point de vue de B), c’est la règle B¹, et la prétention de l’État B, qui auront été efficaces, et la règle A¹, et la prétention de l’État A, qui ne l’auront pas été. Les deux règles sont telles que l’efficacité de l’une d’elles exige l’inefficacité de l’autre, que la non-réalisation de la conséquence juridique prévue par l’une d’elles est une condition de la réalisation – spontanée, contentieuse ou contraignante – de la conséquence juridique prévue par l’autre²¹⁷. Les deux *volontés* des États A et B qu’expriment les dispositions A² et B² et qui consistent à prescrire l’application de la loi de A, pour la première, et l’application de la loi de B, pour la seconde, ne peuvent pas être l’une et l’autre mises en œuvre dans ce monde²¹⁸.

²¹⁶ La « volonté étatique » dont il est question est bien sûr – nous y avons insisté (*supra*, n° 44) – conditionnée à une « volonté individuelle ». Dans l’exemple, l’État A ne « veut » prescrire l’observation de sa loi que lorsque le particulier à qui sa loi attribue un droit subjectif, en l’occurrence Y, souhaite effectivement *exercer* un tel droit subjectif et réclame la protection de la loi A qui le lui accorde, tout en étant prêt à solliciter le concours des autorités de l’État A. C’est parce qu’il « veut », par sa loi, attribuer un droit subjectif à un particulier, ici Y, qu’un État, ici l’État A, « veut » protéger un tel droit subjectif et s’assurer qu’il soit effectif – et il « veut » le protéger, car il a l’« obligation » de protéger les droits subjectifs qu’il accorde, et de s’assurer qu’ils soient effectifs (cf. *infra*, n° 63), à défaut de quoi ces droits subjectifs n’existeraient pas. Et pour protéger le droit subjectif du particulier Y, qui est une condition nécessaire pour que le droit subjectif existe, l’État A prescrit (il « veut » prescrire, car il est désormais obligé, au sens qui vient d’être dit, de prescrire) au particulier qui a le pouvoir de satisfaire, par son comportement, un tel droit subjectif – ici X – de réaliser, justement, un tel comportement, ici la remise de la somme litigieuse, en lui imposant l’obligation correspondante.

²¹⁷ Sur les règles permissives, v. p. ex. G. Kalinowski, « Logique et philosophie du droit subjectif », *Arch. phil. droit*, 1964, p. 37 s. et l’imposante thèse de G. Tusseau, *Les normes d’habilitation*, Paris, 2006. Cf. N. Bobbio, « La logica giuridica di Eduardo García Máynez », *Riv. int. fil. dir.*, 1954, p. 644 s. ; I. Tammelo, « On the Logical Openness of Legal Orders », 8 *Am. J. Comp. Law* 187 (1959) ; U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1959, ripubbl., a cura di A. Pintore, Milano, 1985, p. 126 ; J. Ray, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926.

²¹⁸ G. Gavazzi, *Delle antinomie, passim* ; N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 219 ; H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, p. 326 ; E. Bulygin / C.E. Alchourrón, « Unvollständigkeit, Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit der Normenordnungen », p. 24 ; E. García Máynez, « Some considerations on the problems of antinomies in the law », spéc. p. 3.

Si l'on observe une relation juridique sous l'angle des produits engendrés par la mise en œuvre des règles la gouvernant que sont les droits subjectifs et les obligations qui leur sont corrélatives, on dira que la règle A¹ accorde un droit subjectif à Y envers X et impose à X une obligation corrélatrice envers Y ; et que la règle B¹ consacre l'absence d'obligation – ou la non-obligation – de X envers Y et l'absence de droit subjectif de créance – le non-droit subjectif – de Y envers X du fait de la relation AB. Aussi bien, on peut affirmer que la règle B¹ est, par rapport à la relation AB, analogue à une règle permissive négative d'après laquelle X *peut ne pas* verser 100 à Y²¹⁹. Il est au demeurant permis de considérer qu'une telle liberté fait elle-même l'objet d'un droit subjectif de X, qui est au fond une conséquence du *droit réel* qu'il détient sur la part de son patrimoine que constitue la somme litigieuse, droit consistant à pouvoir retenir la somme litigieuse, à en profiter comme il l'entend, et à exiger de Y qu'il s'abstienne de la lui réclamer du fait de la relation AB, qu'il « cesse de l'harcéler », comme le propriétaire d'une chose à le droit de prétendre qu'autrui s'abstienne de tout comportement pouvant en entraver la jouissance et l'utilisation²²⁰. L'incompatibilité des deux règles A¹ et B¹ ne fait pas de doute, car la *liberté* que la règle B¹ accorde à X de ne pas observer une certaine conduite, notamment de ne pas correspondre 100 à Y, est incompatible avec l'*obligation* d'observer cette même conduite que lui impose la règle A¹, dans la mesure où X la réclame de lui. On observera que la règle B¹ n'adresse pas d'impératif à X, auquel correspondrait une obligation de celui-ci : elle n'oblige pas X à s'abstenir de payer 100 à Y²²¹. On peut en revanche discerner un impératif adressé à Y consistant à s'abstenir de revendiquer quoi que ce soit de X, et l'obligation incombant à Y est elle-même le « pendant » du droit subjectif de Y, dont il vient d'être question, d'être laissé en paix par X.

Il résulte de ce qui précède que X ne se trouve point placé devant un « conflit de devoirs » (*Pflichtenkollision, conflict of duties*)²²² : en versant à Y la somme

²¹⁹ C'est là une simple analogie, car une règle d'après laquelle « X ne doit pas 100 à Y en vertu de la relation AB » ne donne pas à X la *faculté* de donner ; c'est une autre règle qui la lui attribue, notamment celle autorisant les donations.

²²⁰ R. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Leipzig, 1906, p. 719 s. (« vermögensrechtliche Freiheit ») ; A. Zeuner, « Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage », *Festschrift H. Dölle*, Tübingen, 1963, Band I, p. 295 s. (« Freiheit von Verpflichtungen » et « Gebundenheit des anderen zur Respektierung dieser Freiheit », p. 320) ; F. Invrea, « Interesse ed azione », *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, p. 336 (« diritto all'integrità della propria sfera giuridica patrimoniale ») ; E. Fazzolari, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, p. 103 s.

²²¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 22.

²²² Si, pour W. Wengler, « The General Principles of Private International Law », *Rec. cours*, 1961-III, t. 104, p. 220, les « conflicts of duties as a result of a conflict of laws are not yet an exhaustive explanation of the meaning of the conflict of laws » (ou même de manière plus appuyée : « conflict of absolutely contradictory legal duties regarding the behaviour of a person » : *ibidem*), il n'en demeure pas moins que, pour lui, un tel « conflict of duties » représente l'une des conséquences les plus récurrentes d'un « conflit de lois » (c'est bien celle qu'il cite en premier). Si le droit privé accorde des droits subjectifs et des obligations correspondantes, l'idée d'un conflit de devoirs incombant – ou d'un « conflit d'ordres » (*conflict of orders*) adressés – au même individu ne constitue pas une description adéquate des méfaits d'un conflit international de lois.

de 100 conformément à la règle A¹, X ne viole pas du même coup la règle B¹. Symétriquement, la règle A¹ n’adresse pas de commandement à Y car elle ne l’oblige pas à réclamer 100 à X, si bien que Y n’est pas non plus pris dans l’étau d’un conflit de devoirs : en renonçant à réclamer à X la somme de 100 conformément à la règle B¹, il ne viole pas la règle A¹. Un sujet ne méconnaît pas plus la règle qui lui accorde un droit subjectif s’il renonce à le faire valoir qu’il ne contrevient à celle qui lui reconnaît la liberté de ne pas s’exécuter d’une obligation qui, pour cette règle, ne s’est pas valablement formée s’il s’en exécute tout de même. Dans la mesure où, comme elle est habituellement entendue, l’expression « conflit de devoirs » renvoie à deux obligations incompatibles adressés au même sujet²²³, X ou Y, et notamment par deux États A et B avec lesquels il présente des attaches, un conflit de lois de droit privé n’entraîne le plus souvent pas un tel « conflit de devoirs », car les deux États A et B dont les lois sont en conflit n’imposent le plus souvent pas au même sujet des obligations incompatibles. C’est, le plus souvent, un *conflit de droits subjectifs* qu’entraîne un conflit de lois (*Rechtenkollision, conflict of legal rights*)²²⁴, une telle expression rendant plus immédiatement intelligible que celle de « conflit de devoirs » qu’il s’agit de situations juridiques, ici de droits subjectifs, attribués par les deux lois en conflit à deux sujets différents, précisément aux deux sujets de la relation humaine que les deux États A et B souhaitent régir par leurs règles A¹ et B¹ : la règle A¹ accorde à X un droit subjectif envers Y – le droit de réclamer et de recevoir 100 de Y – et la règle B¹ accorde un droit subjectif incompatible à Y envers X – le droit de retenir la somme litigieuse, c’est-à-dire de ne pas la verser à X, et d’être laissé en paix par ce dernier. Un tel conflit de droits subjectifs reflète bien au demeurant la structure formelle du procès civil : un particulier réclame un droit subjectif (le droit de recevoir une somme ou, s’agissant d’une action déclaratoire négative, le droit de retenir la somme en question), et l’autre particulier réclame un droit subjectif incompatible (de retenir la somme litigieuse et d’être laissé en paix, dans le premier cas, de recevoir la somme, dans le second). Plus généralement, il s’agit d’un *conflit entre deux couples incompatibles de droits et obligations* : le couple « droit subjectif – ici de créance – et obligation corrélative », d’une part, et, d’autre part, le couple « absence d’un tel droit subjectif de créance et d’une telle obligation », ce dernier couple entraînant le droit de retenir, de jouir et de disposer librement de la partie du patrimoine représentée par la somme litigieuse et l’obligation corrélative de s’abstenir de faire obstacle à une telle faculté de jouissance et de disposition.

²²³ En ce sens, par exemple, W. Wengler, « The General Principles of Private International Law », tout au long du Chapitre I de son cours, consacrée aux « fundamental notions of private international law : conflicts of laws and gaps between laws ».

²²⁴ Sur les « conflits de droits subjectifs » (*conflict of legal rights*), sur une tentative de les classer en plusieurs sous-catégories, et sur les « règles de conflit » (*conflict rules*) qu’ils appellent, v. en général S. Besson, *The Morality of Conflict*, p. 431 s.

On peut également parler de *conflit de situations juridiques*, étant entendu qu’il s’agit de *deux couples* de situations juridiques incompatibles.

En revenant au droit objectif, et aux règles qui l’expriment, il est parfois affirmé qu’en cas de conflit dont il est question, chaque règle ne possède qu’une *efficacité limitée* à l’ordre juridique de l’État qui l’édicte et en prescrit l’application, et, s’agissant d’antinomie de normes individuelles judiciaires, que chaque décision de justice – du fait qu’elle ne sera pas reconnue et exécutoire dans l’État ayant prononcé la décision en conflit avec elle – ne possède qu’une *efficacité limitée* à l’ordre juridique du juge qui l’a prononcée. Une telle terminologie est trompeuse en ce qu’elle laisse penser que les deux règles ou décisions peuvent, en certaines circonstances, être *l’une et l’autre* efficaces, chacune dans son ordre juridique d’origine, le seul inconvénient étant que l’une ne pourra prétendre recevoir efficacité dans l’ordre juridique dont émane l’autre. Ce n’est pas l’efficacité dont il est question ici, laquelle désigne la réalisation effective du contenu de la règle sous forme de modification ou de non-modification du réel, du *Sein*, ce en quoi consiste l’essence du droit comme *Sollen*. Ainsi entendue, l’efficacité d’une des règles ou normes en conflit suppose ou en tout cas entraîne de *rerum natura* l’inefficacité de l’autre. L’expression « efficacité territoriale limitée » ne fait que rappeler que chacun des États ne dispose du pouvoir de réaliser avec la force la règle qu’il édicte qu’à l’intérieur de son *territoire*, car c’est dans ce périmètre qu’il détient le monopole de la contrainte qui le place en situation de vaincre la résistance de celui qui s’opposerait à une telle réalisation. « Efficacité territoriale limitée » signifie alors en substance « caractère exécutoire limité », *actuel* s’agissant d’une décision de justice, *potentiel ou latent*, s’agissant d’une règle abstraite.

Voilà qui invite d’ores et déjà à préciser que la réalisation d’une règle dans l’État A qui l’édicte, notamment par l’intervention des organes chargés d’exécuter par la force la décision qui la met en œuvre, peut être anéantie par la *contre-exécution* que reçoit, moyennant au besoin la contrainte employée par les organes de l’État B, la décision antinomique prononcée par les organes judiciaires de l’État B et mettant en œuvre la règle antinomique édictée par les organes normatifs de ce dernier. Aussi n’est-il pas suffisant, pour qu’un État puisse réaliser la règle édictée par lui, qu’il puisse exécuter à l’intérieur de son territoire la décision de ses juges qui la met en œuvre, c’est-à-dire réaliser la modification du réel ordonnée par ceux-ci. Encore faut-il que l’autre État ne puisse lui-même prononcer et exécuter une *contre-décision* et réaliser par là sur son territoire une *contre-modification* du réel qui soit de nature à effacer la modification réalisée par le premier. Fixons les idées à l’aide d’un exemple, tiré d’une récente et retentissante affaire²²⁵.

²²⁵ *Neilson v. Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd* (2005) HCA 54, 221 ALR 213, statuant sur un appel interjeté à l’encontre de la décision *Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd v. Neilson* (2004) 28 WAR 206, prononcée par la *Full Court of Western Australia*. Quelques légères modifica-

Un accident s’est produit en Chine dont le prétendu responsable est Overseas Ltd., une société de siège australien qui détient des biens en Chine et en Australie, et la prétendue victime une Barbara Neilson, domiciliée en Australie mais possédant une résidence secondaire en Chine et détenant elle aussi des biens en Chine et en Australie. D’après le droit privé australien, s’il est applicable à l’affaire, Overseas est tenue à réparation en faveur de Mme Neilson à hauteur de 30.000 dollars australiens (correspondant à la valeur non contestée des frais médicaux). D’après le droit privé chinois, Overseas n’est tenue à aucune réparation. Supposons que l’Australie prescrive l’application de la loi australienne du fait du domicile commun de l’auteur et de la victime et qu’une telle prescription se dégage d’une proposition ayant forme normative avancée à l’occasion d’une affaire antérieure par la Cour suprême australienne, laquelle tient de l’État australien dont elle est l’organe le pouvoir, en l’absence de disposition législative, de fixer les règles générales. Supposons que la Chine prescrive l’application de sa loi en raison du lieu de survenance de l’accident et ce grâce à une disposition édictée par le Parlement chinois, qui est un organe de l’État chinois, et insérée dans une loi codifiant une partie du droit civil chinois. Or les lois de la nature, qui s’imposent à la Chine et à l’Australie et à leurs organes, législatifs et judiciaires, font qu’Overseas ne peut pas à la fois donner (définitivement) et retenir (définitivement) la somme en question et Mme Neilson ne peut pas à la fois la recevoir (et retenir définitivement) et ne pas la recevoir (ou ne pas la retenir définitivement). Certes, il se peut qu’Overseas ait versé la somme litigieuse, conformément à la décision prononcée par un juge australien qui l’a condamnée à la verser, et qu’elle ait obtenu ultérieurement de Mme Neilson la restitution de cette somme, notamment à la suite de la décision prononcée par un juge chinois qui, faisant état de l’inexistence d’une obligation de réparation, ordonne à Mme Neilson de restituer l’argent indûment perçu. Mais cette contre-exécution effectuée en Chine entraîne une contre-modification du réel qui anéantit la modification effectuée en Australie et c’est alors comme si Overseas n’avait pas versé respectivement Mme Neilson n’avait pas reçu la somme litigieuse. Aussi est-il possible d’affirmer à tout instant du déroulement de l’affaire – avant que l’accident ne se produise, après l’accident et avant l’ouverture d’un procès, pendant le procès australien, après celui-ci et avant l’exécution de la décision australienne, après l’exécution de celle-ci et avant l’exécution de la décision chinoise – qu’une des lois, australienne ou chinoise, et une des décisions, australienne ou chinoise, qui au besoin la concrétiseront, restera lettre morte. De même, une des deux volontés étatiques, la volonté de l’État chinois d’appliquer la loi chinoise à la demande d’Overseas, et la volonté de l’État australien d’appliquer la loi australienne à la demande de Mme Neilson – relayées par la volonté, respectivement, du juge australien inhérente à l’ordre qu’il adresse à Overseas de verser la somme à Mme Neilson et celle du juge chinois inhérente à la décision qu’il prononce d’après laquelle la somme n’est pas due tout autant qu’à l’injonction qu’il adresse le cas échéant à Mme Neilson de restituer l’argent qu’elle aura

tions aux circonstances de fait seront apportées à des fins pédagogiques. Pour une analyse de l’affaire, v. *infra*, n° 417 s., et littérature citée.

perçu – ne parviendra pas à diriger la conduite des justiciables qu'elle se donne pour destinataires, elle aura tourné dans le vide.

Ce conflit sino-australien, ou australo-chinois, de lois²²⁶ n'engendre ni dans la sphère d'Overseas, ni dans celle de Mme Neilson, de « conflit de devoirs » (*Pflichtenkollision*), car la loi chinoise n'impose à Overseas pas plus d'obligation que la loi australienne n'en impose à Mme Neilson. C'est plutôt un « conflit de droits subjectifs » que provoque l'antinomie internationale, et ici « binationale », de lois, une telle expression rendant manifeste que les deux droits subjectifs antagonistes sont accordés à *deux individus* et c'est pourquoi il peut y avoir conflit interindividuel. En effet, le droit subjectif que la loi chinoise accorde à Overseas, et qui consiste à pouvoir retenir la somme litigieuse, en jouir et disposer librement (et à exiger de Mme Neilson qu'elle s'abstienne ou cesse de la lui réclamer, bref qu'elle la laisse en paix) est incompatible avec le droit subjectif que la loi australienne reconnaît à Mme Neilson, et qui consiste pour cette dernière en le pouvoir de réclamer le versement de la somme à titre de réparation, de la recevoir et, bien sûr, une fois qu'elle l'a reçue, de la garder, c'est-à-dire de ne pas devoir la restituer. On voit mieux au demeurant la nature de droit subjectif de la situation juridique en laquelle Overseas évolue d'après la loi chinoise, en ce que, si Overseas a versé le montant en question, la loi chinoise lui garantit le droit subjectif à sa restitution. Le conflit sino-australien, ou australo-chinois, de lois est donc la source d'un « *conflit de situations juridiques* » – un conflit international, ou « binational », de situations juridiques – car le couple « droit de Mme Neilson de recevoir la somme litigieuse / obligation d'Overseas de la lui verser » et le couple « droit d'Overseas de ne pas verser une telle somme / obligation de Mme Neilson de s'abstenir et cesser de la lui réclamer » sont incompatibles parce qu'ils ne sont pas l'un et l'autre réalisables dans ce monde, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent pas l'un et l'autre exister comme ensembles de droit subjectif et obligation.

54. Incompatibilité partielle. Il en va en substance de même dès lors que d'après la règle A¹, X est débiteur de 100 envers Y et que d'après la règle B¹, X est aussi débiteur envers Y, mais de 50 seulement. Les règles A¹ et B¹ accordent toutes deux à Y un droit envers X et imposent à celui-ci une obligation corrélative envers celui-là. Ces deux couples de droits et obligations n'en ont pas moins une *teneur* différente. On peut soutenir que, plus exactement, ils ont pour partie un contenu *commun*, jusqu'à concurrence de 50, et pour partie – de 50 à jusqu'à 100 – un contenu *différent*. Il y a là aussi *incompatibilité* entre ces deux couples de droits et obligations et, par conséquent, entre les deux règles, A¹ et B¹, qui les prescrivent. On peut penser qu'il s'agit là d'une *incompatibilité partielle*²²⁷, mais c'est parce que l'écart entre les deux règles est ici lui-même *partiel*. Dans la mesure – *toute* la mesure – d'un tel écart, il y a *incompatibilité* ; si

²²⁶ Se voulant synonymes, les deux expressions seront utilisées dans la suite de manière interchangeable. Nous avons délibérément choisi d'utiliser tantôt l'une, tantôt l'autre, pour éviter de donner l'impression que l'on privilégie le point de vue d'un des deux États « co-intéressés » au détriment du point de vue de l'autre État.

²²⁷ Cf. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 213.

bien, et c’est ce qui importe surtout de souligner ici, que dans toute la mesure de la différence entre les règles A^1 et B^1 , une d’elles est vouée à l’inefficacité. Et de fait, X ne peut évidemment pas, en vertu de la relation AB, à la fois verser à Y la somme de 50 – *pas plus* de 50 – et lui verser la somme de 100 – *pas moins* de 100. Dès lors que X aura réussi à ne pas verser plus de 50 conformément à ce que prévoit la règle B^1 , y compris à la suite d’une action en restitution de la moitié de la somme de 100 qu’il aura dû verser dans un premier temps pour obéir à la règle A^1 , c’est que la règle A^1 aura été *inefficace* (dans toute la mesure qu’il y a de différence de la règle B^1). Dès lors que X aura été, y compris du fait des voies d’exécution exercées à son encontre, contraint de verser 100 comme le lui prescrit la règle A^1 et qu’il ne parviendra pas à en obtenir la restitution que vise à lui accorder la règle B^1 , c’est cette dernière qui aura été *inefficace* (dans toute la mesure qu’il y a de différence de la règle A^1)²²⁸.

Supposons qu’Overseas doive à Mme Neilson, d’après la loi australienne dont l’application est prescrite par la communauté étatique australienne, des dommages-intérêts à hauteur de 30.000 dollars, alors que, d’après le droit chinois, dont l’application est prescrite par l’État chinois, l’obligation de réparation existe mais ne s’élève qu’à 10.000 dollars. Si Mme Neilson est parvenue à obtenir 30.000 dollars d’Overseas (notamment à la suite de l’exécution en Australie d’une décision australienne) et n’est pas menacée de restituer 20.000 dollars en Chine (notamment à la suite d’une décision chinoise de restitution), c’est que la disposition par laquelle la Chine a prescrit l’application du droit chinois, qui limitait le dédommagement à 10.000 dollars, n’aura pas été efficace. Si Overseas est parvenue à ne verser que l’équivalent de 10.000 dollars en Chine (à la suite notamment d’une décision chinoise) et ne risque pas de devoir verser le solde de 20.000 dollars en Australie (à la suite notamment d’une décision australienne), c’est le droit chinois, et la volonté de l’État chinois de l’appliquer, qui auront été mis en œuvre.

2. Conditions de validité formelle et matérielle d’un acte

55. Validité formelle. Ce qui vient d’être dit aide à apprécier l’inexactitude de la vue, parfois avancée, d’après laquelle, puisque les parties à une relation AB

²²⁸ Il faut se garder de croire qu’au cas où X aura versé à Y 100, puisqu’aucune des deux règles A^1 et B^1 n’aura été violée et qu’au contraire toutes deux auront en quelque sorte été respectées par lui, aucune des deux n’aura par là même été frappée d’inefficacité. Pour ce qui est de la différence de 50, la règle B^1 n’imposait pas à X un tel paiement. À cet égard et dans une telle mesure, la règle B^1 est là encore assimilable à une règle permissive négative. Une règle de ce type suppose, pour se réaliser, la liberté juridique effective de ceux à qui elle s’adresse. La règle B^1 réclame donc implicitement mais nécessairement, tout comme A^1 , une *exclusivité*, un *monopole* quant à l’établissement des *restrictions*, résultant de la relation AB qu’elle régit, à la liberté de X envers Y. Dans la mesure où X aura dû payer 100 à Y pour obéir à la règle A^1 sans pouvoir en obtenir la restitution conformément à la règle B^1 , c’est que X s’est trouvé dans l’*impossibilité d’exercer effectivement la liberté de ne pas payer plus que 50* que souhaitait lui accorder la règle B^1 . C’est dire qu’en substance une telle liberté et la règle B^1 qui l’accordait – la volonté, si on veut, de la règle B^1 de l’accorder – a été sans effet. Autrement dit, la règle B^1 a dû s’incliner face à la règle A^1 ; plus exactement, elle n’a pas pu imposer la *liberté* de X face à l’*obligation* à laquelle la règle A^1 est, par hypothèse, parvenue à l’astreindre.

peuvent parfois se conduire de sorte à *ne violer* aucune des deux règles, A¹ et B¹, dont les deux États, A et B, prescrivent l'observation, les deux règles ne sont pas incompatibles ou peuvent ne pas l'être. L'exemple qu'on cite souvent est celui de la *forme des actes*²²⁹.

On supposera que pour l'établissement régulier d'un acte international touchant les milieux de l'État A et de l'État B, la règle A¹ impose aux auteurs de l'acte, X et Y, l'observation de deux conditions de forme, *x* et *y*, et que la règle B¹ tient elle aussi pour nécessaire le respect de *x* et *y*, qu'elle ne juge cependant pas suffisant, puisque une troisième formalité *z* doit, pour elle, être aussi observée. Or, si l'État A et l'État B souhaitent chacun imposer sa propre loi, les intéressés peuvent en définitive, dira-t-on, fort bien *respecter* à la fois la règle A¹ et la règle B¹ : en observant les conditions de forme établies par la règle B¹ (*x*, *y* et *z*), ils respectent en effet du même coup celles prévues par la règle A¹ (*x* et *y*). Le tout (ici *x*, *y* et *z*) contient une partie du tout (*x* et *y*). La diversité entre les deux règles A¹ et B¹ n'a pas débouché ici, pourrait-on penser, sur une véritable *incompatibilité* entre elles, pas plus que sur l'*inefficacité* de l'une d'elles. Mais ce serait négliger précisément ce en quoi la règle A¹ se différencie de la règle B¹. Lorsqu'elle se veut applicable, la règle A¹ non seulement exige-t-elle de X et Y qu'ils respectent les conditions *x* et *y*, elle leur accorde aussi la liberté de ne pas observer la formalité *z*. La règle A¹ ne fixe pas seulement le minimum mais aussi le maximum des formalités exigées²³⁰. Dans la mesure où il faut voir, en l'observation par X et Y de la condition *z*, non l'exercice de la liberté que leur accorde la règle A¹, mais uniquement leur volonté d'obéir à la règle B¹ qui la leur imposait (de sorte que s'ils n'y avaient pas été obligés par celle-ci, ils ne se seraient pas souciés d'une telle formalité en se contentant de respecter les conditions *x* et *y*), c'est que la règle A¹ a été *impuissante* à orienter les conduites de X et Z auxquels elle était destinée. Dans la mesure de l'*écart* entre la règle A¹ et la règle B¹ – lequel porte uniquement sur la condition *z* – la règle A¹ est donc demeurée inopérante²³¹.

²²⁹ P. ex. W. Wengler, « General Principles of Private International Law », p. 273 s. ; J. Berkemann, « Zum Prinzip der Widerspruchsfreiheit in der deontischen Logik », in H. Lenk (Hrsg.), *Normenlogik*, Pullach bei München, 1974, p. 189 : « Ist etwas gleichzeitig verboten und erlaubt... so bleibt der Normadressat ausserhalb einer Normverletzung, wenn er das verbotene Verhalten unterlässt ».

²³⁰ Cf. P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, p. 277 s.

²³¹ Pour se convaincre de la réalité d'une telle antinomie, il suffit au demeurant de songer à ce qui se passe dès lors que l'acte est effectivement accompli par X et Y en respectant les conditions *x* et *y* mais non la condition *z*. D'après la règle A¹, l'acte a été valablement établi et d'après la règle B¹, l'acte n'a pas été valablement établi. Dans la mesure où l'État A¹ veut appliquer à la question de la validité de l'acte AB sa règle A¹, il doit considérer l'acte AB comme *valable* ; dans la mesure où l'État B veut y appliquer sa règle B¹, il tiendra l'acte pour *invalide*. Or, si l'effet de la validité de l'acte AB est la naissance d'un droit de créance – de type pécuniaire ou convertible en un droit de créance pécuniaire – et d'une obligation corrélatrice et que l'effet de l'invalidité de l'acte AB est l'inexistence d'un tel droit et d'une telle obligation, on tombe dans l'hypothèse envisagée plus haut : au cas où X aura dû effectivement verser la somme objet de la créance à Y, la règle A¹ d'après laquelle l'acte AB est valable aura été mise en œuvre et la règle B¹ d'après laquelle l'acte AB est invalide aura été inefficace ; dans l'hypothèse où X aura pu ne pas verser à Y la somme en question, c'est la règle B¹ qui aura été efficace et la règle A¹ qui ne l'aura pas été. On prendra encore

Un Britannique domicilié en Belgique souhaite établir un testament dans ce pays²³². Le droit belge soumet la validité formelle du testament au respect de la forme *holographe* (condition *x*) et de la *signature de la main du testateur* (condition *y*). Le droit anglais prescrit en revanche non seulement la forme *holographe* (condition *x*) et la signature du testateur (condition *y*), mais également la présence de *deux témoins* (condition *z*). Supposons que l’Angleterre prescrive l’application du droit anglais au titre de droit du domicile d’origine du testateur : si les formalités prescrites par le droit anglais sont remplies, le testament est valable, et si elles ne le sont pas, le testament n’est pas valable. Supposons que la Belgique prescrive l’application du droit belge. Or, si le testateur décide de s’en tenir aux formalités prescrites par le droit anglais, plus exigeant, bien que l’observation de telles formalités soit pour lui plus onéreuse et chronophage – car, par exemple, il doit mobiliser et rémunérer deux témoins – et ce dans le seul but d’éviter que la validité puisse être contestée conformément au droit anglais, c’est que le droit belge, et la volonté de l’État belge de l’appliquer au testament de notre *de cujus*, c’est-à-dire de ne pas l’obliger à recourir à des témoins, n’a pas été efficace.

56. Validité matérielle : l’exemple du testament. Les règles gouvernant la validité *matérielle* d’un acte appellent des considérations analogues. Supposons un *de cujus* X qui, par sa personne et ses biens, est intégré tout à la fois dans l’ordre socio-économique de l’État A et dans l’ordre socio-économique de l’État B ; l’État A prétend régir par sa règle A¹ la totalité de la succession de X, l’État B souhaite lui aussi gouverner par sa règle B¹ la dévolution de tous ses biens ; la règle A¹ accorde à X la liberté de disposer de 100 % de sa fortune et la règle B¹ limite une telle liberté à 50 %, l’autre 50 % étant « réservé » aux enfants, Y et Z. On supposera que X ait en l’espèce exploité la liberté, plus limitée, que lui accorde la règle B¹ en disposant, par exemple en faveur de X¹, son frère, de 50 % de sa fortune. On peut être tenté de conclure que, loin de violer l’une des règles A¹ et B¹ qui prétendaient le gouverner, X s’est précisément conformé à l’une et à l’autre : et de fait, la liberté de disposer d’une partie du tout est comprise dans la liberté de disposer du tout. À quoi l’on objectera que, pour qu’il en soit réellement ainsi, il faut que l’attribution testamentaire par X de la moitié seulement de sa fortune ait été le fruit d’une véritable *liberté*. Dans la mesure où X s’est abstenu d’attribuer 100 % de ses biens à son frère X¹ non

l’exemple d’une règle A¹ prévoyant les conditions de forme *x* et *y* et d’une règle B¹ prévoyant les conditions de forme *z* et *z'*. Les intéressés, Y et X, pourront fort bien, là encore, respecter les *deux* règles à la fois : il leur suffira à cet effet de se conformer aux *quatre* formalités *x*, *y*, *z* et *z'*. Ce qui n’autorise pas à conclure que, dans un tel cas, les deux règles A¹ et B¹ auront toutes deux été *efficaces*. Chacune aura été en partie *efficace* et en partie *inefficace*. Elle aura été efficace dans la mesure où les conditions prévues par elle auront été remplies par X et Y ; elle aura été inefficace dans la mesure où X et Y auront dû remplir aussi les conditions prévues par l’autre règle en conflit et qu’ils auront de ce fait été dans l’impossibilité de profiter de la liberté, qu’elle souhaitait leur accorder, d’établir l’acte AB en ne s’encomrant pas d’autres formalités que celles qu’elle prévoit. Cf. *infra*, n° 203 s.

²³² L’exemple s’inspire de l’affaire *Collier v. Rivaz* (sur laquelle v. *infra*, n° 287), bien que la teneur matérielle des lois anglaise et belge résultant de l’énoncé soit largement fictive.

du tout parce qu’il tenait pour juste et équitable que X^1 ne recueille que la moitié de son patrimoine et que ses enfants Y et Z recueillent l’autre moitié²³³, mais bien pour la *seule* raison que la règle B^1 lui interdisait d’attribuer la totalité des biens à son frère X^1 et que toute attribution au delà du 50 % serait ou risquerait de ce fait d’être tenue pour invalide, c’est évidemment que la règle A^1 n’aura pas réussi à s’imposer et à imposer la liberté de X de disposer du tout face à la règle B^1 qui cantonne cette liberté à une partie du tout²³⁴.

On supposera maintenant qu’en prenant appui sur la règle A^1 , X ait attribué 100 % de ses biens à son frère X^1 . L’inefficacité à laquelle est vouée l’une au moins des deux règles, A^1 et B^1 , est là encore manifeste. En effet, des deux choses l’une : soit le frère X^1 aura pu obtenir – y compris à la suite de l’intervention d’un juge et des organes de contrainte de l’État A – tous les biens (ou l’équivalent de tous les biens) que X a entendu lui laisser dans ses dernières volontés conformément à la règle A^1 et à exercer les droits, pouvoirs et facultés inhérents à la titularité de ces biens que lui accorde une telle règle, ce qui implique que les enfants Y et Z n’auront pas pu recueillir l’équivalent du 50 % de ces biens que la règle B^1 entendait pourtant leur réserver : c’est alors la règle B^1 qui aura été inefficace ; soit les enfants Y et Z seront parvenus, d’une manière ou d’une autre, à obtenir le 50 % de ces biens et à exercer les droits, pouvoirs, facultés inhérents à la titularité de ces biens que leur accorde la règle B^1 , ce qui suppose que le frère X^1 n’aura pas pu s’adjuger ni exercer la titularité de ces biens que la règle A^1 voulait pourtant lui transmettre : auquel cas c’est la règle A^1 qui aura été sans effets. Ce qui est certain, c’est que les deux États A et B ne parviendront pas à réaliser tous deux leur volonté de soumettre l’espèce à leurs lois respectives, c’est-à-dire d’attribuer les mêmes biens l’un à X^1 en propriété exclusive, et l’autre à Y et Z en (co-)propriété exclusive.

Reprenons les données de l’affaire *Denney*, auxquelles nous prendrons la liberté d’apporter quelques ajustements. Britannique résidant en Espagne, Anthony Denney laisse par testament l’intégralité de ses biens – il ne s’agit que des meubles, situés en Espagne et en Angleterre – à sa seconde épouse, Mme Royde, à l’exclusion totale de ses trois enfants, Timothy, Sarah et Teresa, issus d’une première union. Au décès d’Anthony Denney, Mme Royde se trouve en possession de ces biens. La loi anglaise accorde au *de cujus* une liberté quasi-absolue de disposition *mortis causa* de son patrimoine et, si elle est applicable à la succession d’Anthony Denney, elle tient les stipulations testamentaires prises par celui-ci pour entièrement valables. La loi espagnole interdit à toute personne qui laisse trois enfants de disposer de plus de la moitié de son patrimoine et réserve l’au-

²³³ Pour ce type d’ineffectivité des instruments qu’offre le droit à ses destinataires et pour quelques exemples à cet égard, v. J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L’année sociologique*, 1958, p. 101-102 : « L’effectivité de la loi qui consacre une liberté d’agir se situe non dans l’action, mais dans la liberté même, c’est-à-dire dans le pouvoir de choisir l’inaction aussi bien que l’action » ; cf. J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 91 et G.H. Von Wright, *Norm and Action – A Logical Enquiry*, London, 1963, p. 123.

²³⁴ Cf. E. García Máynez, « Some considerations on the problem of antinomies in the law », p. 3.

tre moitié à ceux-ci en parts égales ; aussi bien, si elle est applicable à la succession d’Anthony Denney, la loi espagnole tient les dernières volontés de celui-ci pour non valables à concurrence de la moitié des forces héréditaires. Supposons que, par une disposition législative émanant du Parlement espagnol et insérée dans le *Código civil*, l’Espagne déclare applicable la loi espagnole à cette succession en raison du domicile du *de cujus* (en tout cas lorsque la loi nationale de celui-ci désigne, comme en l’espèce, le droit espagnol du domicile). Supposons aussi que, par une règle d’origine jurisprudentielle énoncée par les juridictions anglaises, le Royaume-Uni prescrive l’application de la loi anglaise en raison de la nationalité britannique ou du domicile d’origine du *de cujus* (en tout cas lorsque le pays du domicile retient, comme en l’espèce, la nationalité du *de cujus*). Les deux États, Espagne et Royaume-Uni, ne parviendront pas à réaliser l’un et l’autre leur volonté de soumettre la succession d’Anthony Denney aux impératifs de leur propre loi : soit Timothy, Sarah et Teresa auront obtenu ce qui leur est dû conformément à la loi espagnole, notamment par l’emploi ou la menace de l’emploi de la force par les autorités espagnoles d’exécution à la suite du prononcé par un juge espagnol de la décision qui les déclare héritiers réservataires pour un sixième chacun et condamne Mme Royde à leur remettre l’équivalent de la moitié des biens dont elle a pris possession ; soit Mme Royde aura réussi à conserver la totalité des biens de feu son mari en obtenant notamment des enfants qu’ils respectent la décision anglaise qui confirme qu’elle a recueilli l’intégralité de la masse. La disposition du *Código civil* qui prescrit l’application de la loi espagnole au sort *post mortem* des biens d’Anthony Denney et la règle anglaise d’origine jurisprudentielle qui prescrit l’application de la loi anglaise, ne peuvent pas être l’une et l’autre efficace²³⁵ : l’efficacité de l’une entraîne la mise à l’écart de l’autre.

Tout comme dans l’espèce sino-australienne, ce conflit « binational », et spécialement anglo-espagnol, ou hispano-anglais, de lois n’engendre pas de « conflit de devoirs », au sens communément retenu d’une telle expression, à l’intérieur de la sphère individuelle de l’un ou de l’autre de nos protagonistes : la loi espagnole n’impose pas plus de conduite aux enfants du *de cujus* que la loi anglaise

235

Il en va semblablement des conflits de lois en matière de droits réels. On supposera que la règle A¹ accorde à X, en vertu, par exemple, de l’écoulement du délai qu’elle fixe en matière de prescription acquisitive, un droit de propriété exclusive sur un bien meuble corporel AB qui, au cours d’une telle période, a été déplacé à plusieurs reprises du territoire de l’État A au territoire de l’État B et inversement ; et que d’après la règle B¹, le délai d’usucapion n’étant pas accompli, AB appartient encore à Y en propriété exclusive. Il est certain que les deux règles A¹ et B¹ ne peuvent pas être les deux efficaces à l’égard du même bien AB ; il est tout aussi certain que si les États A et B veulent nonobstant les imposer, la volonté d’au moins l’un d’entre eux demeure insatisfaite. Le propre du droit de propriété est, d’après la loi de l’État A comme d’après celle de l’État B, de reconnaître une panoplie de facultés à son titulaire, par exemple, celle de l’utiliser, ce qui suppose qu’il puisse en revendiquer la possession à qui la détient et l’utilise sans titre. Or il est inconcevable que, tout à la fois, X acquière la propriété exclusive du bien AB et qu’il puisse dès lors en conserver la maîtrise, conformément au vœu de l’État A, et que Y conserve la propriété exclusive de ce même bien AB et qu’il puisse en obtenir de Y la restitution, en accord avec le souhait de l’État B : de fait, et en se limitant à la disponibilité matérielle du bien, soit X aura pu la préserver en invoquant avec succès la règle A¹, auquel cas la règle B¹, dans la mesure où elle prétendait assurer à Y la restitution du bien, sera demeurée inefficace, soit Y aura obtenu une telle restitution en parvenant à profiter de la protection qu’entend lui accorder la règle B¹, auquel cas la règle A¹ sera restée inopérante.

n’en prescrit à l’épouse survivante. Celle-ci et ceux-là se trouvent en revanche impliqués dans un « conflit de droits subjectifs », car le droit subjectif que la loi espagnole accorde aux descendants, et qui consiste en l’attribution d’une quote-part de l’héritage et le pouvoir consécutif de réclamer de l’épouse survivante qui en a la possession matérielle la remise de biens d’une valeur correspondante, ne peut pas co-exister avec le droit subjectif que la loi anglaise accorde à l’épouse et qui consiste à lui attribuer la totalité de la masse, droit qui entraîne, on l’a vu, celui d’exiger des descendants qu’ils s’abstiennent de lui réclamer quoi que ce soit du fait de l’ouverture de la succession de feu son mari.

3. *Statuts familiaux*

57. Incompatibilité de deux statuts. Les statuts familiaux nous renvoient une image qui n’est différente qu’en apparence. Supposons que l’État A, auquel X et Y sont significativement rattachés, ait, en vertu de sa loi A¹, consenti à leur accorder le statut A¹ de divorcés. Supposons aussi que l’État B, auquel X et Y sont aussi étroitement rattachés, entende lui aussi leur appliquer sa propre loi B¹ et que, puisque la loi B¹ n’autorise en l’occurrence pas le divorce, il ne reconnait pas de son côté le statut A¹ et que, par conséquent, le statut B¹ dont jouissent X et Y chez lui soit celui d’époux. Les statuts A¹ et B¹ sont incompatibles entre eux : X et Y ne peuvent pas être simultanément divorcés et mariés. Faut-il par conséquent conclure que l’un d’eux sera efficace et que l’autre demeurera inefficace ? Une telle affirmation n’est vraie que dans la mesure où on la réfère à chaque faisceau de droits et obligations – ou de non-droits et non-obligations – engendrés par les règles dont tout statut, ici le statut de divorcé et le statut d’époux, entraîne l’applicabilité²³⁶. Pour s’en convaincre, on imaginera qu’au regard de l’État B, c’est-à-dire du statut B¹, qui entraîne l’applicabilité de la règle B¹ en matière d’obligation alimentaire entre époux, X doit 100 à Y à titre d’entretien et qu’au regard de l’État A, en revanche, X, en tant que titulaire du statut A¹ d’ex-époux, lequel entraîne l’applicabilité de la règle A¹ en matière d’obligation alimentaire entre époux divorcés, X ne doit verser à Y, son ex-épouse, rien du tout ou ne doit lui verser que 50 à titre d’*aliments* découlant du divorce. Voilà un conflit de règles, A¹ et B¹, dont l’applicabilité découle de l’attribution par les États A et B aux mêmes sujets de deux statuts différents, A¹ et B¹ ; ce conflit est du type de ceux que nous avons envisagés plus haut. Dès lors que X aura réussi à ne rien verser à Y (ou à ne verser que 50) conformément à la règle B¹, la règle demeurée inefficace est la règle A¹, dont l’applicabilité était la conséquence de l’octroi par l’État A du statut A¹, si bien qu’on peut affirmer que le statut A¹ aura été, pour ce qui est des questions alimentaires, *inefficace*, et que le statut B¹ aura été, pour ce qui est de ces mêmes questions, *efficace*. Pour ne prendre qu’un autre domaine dans lequel les statuts du

²³⁶ « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in : P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013, p. 185 ; R. Luzzatto, *Stati giuridici e diritti assoluti in diritto internazionale privato*, Milano, 1965.

type envisagé ici déploient en général des conséquences, celui des successions, si X décède, soit Y réussira à recueillir l’équivalent de 25 % du patrimoine de X qui lui est dû à titre de réserve du conjoint survivant en vertu de la règle A¹ dont l’applicabilité est la conséquence de l’octroi par l’État A du statut A¹ – auquel cas ce sera cette fois-ci le statut A¹ qui sera, pour ce qui est des questions successorales, efficace et le statut B¹ qui demeurera inefficace – soit elle n’y réussira pas, les autres héritiers faisant valoir avec succès son statut B¹ d’ex-épouse, auquel cas ce sera le statut B¹ qui sera efficace et le statut A¹ qui demeurera inefficace²³⁷.

Il est permis de conclure que deux statuts, A¹ et B¹, pourtant incompatibles entre eux, peuvent être les deux efficaces ; mais il ne s’agit que d’une efficacité partielle et s’il en est ainsi, c’est bien parce que chacun de ces statuts se scinde en une pluralité de relations dont il constitue le présupposé. Si l’on considère chacune de ces relations séparément et qu’il se trouve que la mise en œuvre du statut A¹ déclenche des conséquences juridiques différentes de celles découlant du statut B¹, on peut sans doute affirmer que, dans la mesure où le statut A¹ est efficace, c’est que le statut B¹ demeure inefficace, et *vice versa*. Une bonne part de ces relations sont d’ailleurs, on l’a vu, telles qu’un des statuts en conflit entraîne la naissance d’un droit de créance – pécuniaire ou convertible en une créance pécuniaire – et une obligation corrélative, cependant que l’autre ou

²³⁷ Parfois le contenu d’une relation juridique reposant sur un statut du type envisagé ici n’est pas directement monnayable. Ainsi des pouvoirs qu’il accorde au sujet qui en est titulaire. Il peut s’agir d’abord du pouvoir de solliciter la création d’un nouveau statut, lequel sera, à son tour, le présupposé de tout un pan de situations juridiques nouvelles. Le statut de divorcé – on l’a rappelé – ouvre la possibilité de réacquiescer le statut d’époux. Une telle liberté n’est pas directement convertible en une combinaison de droits et obligations de nature pécuniaire. En revanche, le statut d’époux, une fois réacquis, est générateur de droits et obligations qui peuvent être, ceux-là, de nature pécuniaire ou convertibles en droits et obligations de nature pécuniaire. Supposons que X et Y soient, du point de vue de l’État A, titulaires du statut A¹ de non-mariés et qu’en vertu de celui-ci, plus exactement en vertu de la règle A¹ ayant trait à l’attribution de l’autorité parentale au sein des couples de fait, l’autorité parentale sur Z, enfant du couple, lui aussi par hypothèse, tout comme X et Y, significativement rattaché à l’État A, revienne exclusivement à la mère Y. Supposons aussi que l’État B ait accordé à X et Y – du fait de la célébration dans cet État d’un mariage non reconnu dans l’État A – le statut B¹ de mariés et qu’en vertu de celui-ci, plus exactement en vertu de la règle B¹ applicable du fait de l’attribution à X et X du statut B¹, l’autorité parentale sur l’enfant Z appartienne exclusivement au père X. Supposons enfin que la mère Y souhaite que Z intègre l’école anglaise et le père X l’école française. Z se trouve dans l’impossibilité d’obéir aux directives contradictoires que l’un et l’autre parent lui adressent. Et de fait, Z finira ou bien par intégrer l’école française, donc par ne pas intégrer l’école anglaise, ou bien par intégrer l’école anglaise, donc par ne pas intégrer l’école française. Cela peut être la conséquence soit de ce que l’un des deux parents, X ou Y, se plie à la volonté de l’autre dans le seul but d’éviter à l’enfant Z un conflit insoluble, soit de ce que l’un d’entre eux – notamment celui, supposons Y, auquel l’autorité exclusive est conférée par le statut accordé par l’État, supposons B, dans lequel vit l’enfant – arrivera à imposer son autorité parentale à l’encontre de la volonté de l’autre parent, par hypothèse X, c’est-à-dire à l’encontre de la volonté de l’État A qui accorde à X l’autorité exclusive. Dans un cas comme dans l’autre, l’autorité parentale exclusive d’un des parents, et le statut, A¹ ou B¹, qui la lui confère, sont voués à l’inefficacité. Il en va de même pour toute décision concernant Z au sujet de laquelle il y a désaccord entre la mère et le père, c’est-à-dire pour toute décision en vue de laquelle chacun des États, A et B, a jugé bon, afin de surmonter un désaccord parental, de conférer le pouvoir décisionnel exclusivement à l’un des parents.

bien ne fait naître aucun droit et aucune obligation, ou bien il en crée d’une teneur et notamment d’une étendue différentes. Les développements menés plus haut à propos des créances et obligations pécuniaires sont donc transposables ici.

58. De l’inefficacité à l’invalidité ? Il paraît possible de conclure qu’en cas d’antinomie internationale AB, une des deux lois en conflit ne pourra pas recevoir l’efficacité à laquelle aspire l’État qui par hypothèse la déclare applicable. Il convient de vérifier si le constat de l’inefficacité d’une des lois antinomiques n’obligerait pas à remettre en cause la validité d’une des règles ou dispositions par lesquelles les États en prescrivent l’application.

B – De l’inefficacité à la perte de juridicité

59. Volonté subjective et volonté normative. « *Toute volonté d’obliger autrui ne constitue pas, à l’évidence, une norme valide : le sens ‘subjectif’ d’une telle volonté n’est pas identique au sens objectif du terme norme* »²³⁸. Lorsque les États A et B dont les milieux socio-économiques sont affectés par une relation interindividuelle internationale AB, prescrivent, au moyen de propositions se donnant l’allure de règles générales, d’origine législative ou jurisprudentielle, que nous avons dénommées A² et B², l’un et l’autre l’application de leurs lois – c’est-à-dire de leurs règles matérielles, que nous avons qualifiées d’A¹ et B¹ et que nous allons dorénavant désigner également comme loi A et loi B – une telle volonté *subjective* ne parviendra pas, pour au moins l’un d’eux, à se réaliser *objectivement*. Il s’agit alors de voir s’il ne faudrait pas conclure qu’au moins l’une des propositions par lesquelles les communautés étatiques A et B prescrivent l’une et l’autre, à l’égard des relations internationales AB, l’application de leur loi matérielle, ne saurait comporter de *normes juridiques valables* ; autrement dit, que la volonté d’au moins l’un des deux États de soumettre de telles relations à sa loi finit par ne pas être une *volonté normative*.

Les propositions A² et B² ici visées sont, d’une part, la disposition législative chinoise qui prescrit l’application de la loi chinoise en vertu du lieu de survenance du délit à toutes les situations internationales mettant en cause un acte (potentiellement) illicite, et donc également aux espèces sino-australiennes du type tranché par la décision *Neilson* ; et d’autre part, la disposition australienne d’origine jurisprudentielle – résultant du « dispositif » d’un jugement de la Haute Cour d’Australie – et visant à édicter une règle générale qui prescrit l’application de la loi australienne au titre de loi du domicile commun à toutes les relations intersubjectives transfrontalières impliquant un acte (potentiellement) délictuel, et donc également aux situations australo-chinoises du type envisagé. En se plaçant du point de vue de la Chine, il ne s’agit bien sûr pas de remettre en cause la validité en toute hypothèse de la disposition législative chinoise (et encore moins des dispositions matérielles de la loi chinoise), mais d’en remettre

²³⁸ H. Batiffol, *Problèmes de base de la philosophie du droit*, p. 52.

en cause la validité dans la mesure où elle prescrit l’application de la loi chinoise aux délits internationaux concernant deux personnes domiciliées dans un État qui prescrit à son tour la soumission de ces délits à sa propre loi en vertu du domicile commun. Même en cantonnant l’analyse à cette classe de situations internationales, il n’est pas question d’affirmer que la disposition législative chinoise litigieuse est toujours, c’est-à-dire à l’égard de chacune des espèces qui entrent dans cette catégorie, dépourvue de juridicité ; mais d’affirmer que la disposition législative chinoise prescrivant l’application de la loi matérielle chinoise à ces situations internationales ne saurait comporter une *règle juridique* en même temps que la disposition australienne d’origine jurisprudentielle qui y prescrit l’application de la loi matérielle australienne, qu’elles ne peuvent pas l’une et l’autre posséder une *valeur ou signification normative* dans la mesure où elles visent ces mêmes espèces sino-australiennes, peu important, pour l’instant, de savoir quand et comment se décidera laquelle des deux dispositions accèdera à la dignité de norme juridique.

On sait que la signification des termes efficacité, effectivité, validité, normativité et juridicité d’une règle, et les relations qu’entretiennent ces différentes qualités ou leur défaut, prêtent à controverse puisqu’elles dépendent de l’idée qu’on se fait de la nature et des fins du phénomène juridique et appellent de ce fait une prise de position philosophique²³⁹. Un consensus suffisant est cependant recueilli par l’idée que deux règles antinomiques émanant du même État ne peuvent pas comporter l’une et l’autre des normes juridiques valables (1). Il semble bien que les causes de l’absence ou de la perte de juridicité d’une de ces règles relèvent du plan ontologique, c’est-à-dire d’un plan qui, par son universalité, transcende les divisions du monde dans des États souverains (2) ; et que, dès lors, l’absence ou perte de juridicité d’au moins une des règles antinomiques est une conséquence inhérente à l’essence de l’antinomie normative, et ce indépendamment du caractère interne ou international de celle-ci au sens exposé plus haut (3).

239

Et l’on sait que, pour reprendre H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 13, « [i]l est peu de questions relatives à la société humaine qui aient été posées avec autant de persistance et qui aient fait l’objet de la part de théoriciens réputés, de réponses aussi différentes, étranges et même paradoxales que la question ‘Qu’est-ce que le Droit’ ». Cf. H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, ed. by A.H. Campbell, intr. by A.L. Goodhart, Cambridge, 1958, p. 23. Sur la pluralité des conceptions de validité, v. le constat de J.W. Harris, *Law and Legal Science*, p. 107. Sur ce que « la validez no es una propiedad de las normas jurídicas, sino una relación entre esas normas y el criterio de validez que se elija », v. M.D. Farrell, *Hacia un criterio empírico de validez*, Buenos Aires, 1972, p. 125 ; cf. ég. L. Bonifaz Alfonso, *El problema de la eficacia en el derecho*, Mexico, 1993, p. 12. Pour une affirmation du peu d’attention qu’a reçue la notion de validité dans la pensée logico-juridique, v. I. Tebaldeschi, « Validità normativa e logica giuridica », in I. Tammelo / I. Tebaldeschi, *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976, p. 59 s., qui excepte H. Kelsen, dont le concept de validité qu’il a fait sien « non solo è stato ampiamente trattato, ma influisce in certo modo su tutti gli aspetti e temi della teoria pura del diritto » (p. 60). Pour E. Opocher, *Lezioni metafisiche sul diritto*, a cura di F. Todescan, Padova, 2005, p. 1, « pochi concetti sono equivoci e ricchi di contraddizione come il concetto della validità del diritto. Si dice che il diritto è valido secondo i significati più diversi ».

1. Invalidité d'une des règles ou normes antinomiques

60. Invalidité d'une des règles abstraites antinomiques. D'après une vue fort répandue, certes développée au départ de l'étude d'une antinomie interne, l'impossibilité d'appliquer une des règles en conflit implique que celles-ci sont impuissantes, par rapport à la situation qu'elles prétendent simultanément régler, à comporter l'une et l'autre des normes juridiques valables²⁴⁰. « On ne peut considérer comme objectivement valable qu'une seule d'entre elles »²⁴¹, « soit

²⁴⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 25 et *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, p. 375 : « two norms which by their significance contradict and hence logically exclude one another cannot be simultaneously assumed to be valid ». Si Kelsen a surtout eu à l'esprit deux normes émanant du même ordre, étatique notamment, le principe d'après lequel deux normes incompatibles ne sauraient être valables simultanément vaut également, pour lui, lorsque les deux normes émanent de deux ordres différents et c'est bien ce constat qui l'a conduit au *monisme*. C'est en effet parce que deux normes, même posées par les organes de deux ordres différents, ne peuvent pour lui, dans la mesure de leur contradiction, être l'une et l'autre du Droit, que Kelsen évoque l'« unité de tout le droit » comme « postulat de la théorie du droit », les « ordres inférieurs pouvant être conçus comme des ordres partiels au sein de l'ordre supérieur, lui-même considéré comme un ordre total » ; voilà qui conduit notre auteur à parler d'un « ordre juridique universel qui comprend... tous les ordres juridiques étatiques ». Sur l'invalidité d'au moins une des normes incompatibles, v. entre tous B. Litschewski Paulson / S.L. Paulson, *Introduction to the Problems of Legal Theory, A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, 1992, p. 112 : « One cannot claim that a norm with content A is valid, and claim at the same time that a norm with content not-A is valid... one cannot claim that two norms whose content is, logically speaking, mutually exclusive are valid at the same time – that is one cannot claim that A ought to be and, at the same time, not-A is » ; E. García Máynez, « Some considerations on the problems of antinomies in the law », p. 4 : « if there is an antinomy it is not possible that the incompatible precepts are both valid simultaneously » de telle sorte que « where two norms of law are mutually contradictory one is necessarily valid and the other necessarily invalid » (p. 7) ; du même auteur, v. « Die höchsten Prinzipien der formalen Rechtsontologie und der juristischen Logik », in A. Kaufmann (Hrsg.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, p. 205-206 ; G.H. Von Wright, *Norm and Action*, p. 148 pour qui deux normes incompatibles « annihilate one another » ; O. Weinberger, *Rechtslogik*, Wien / New York, 1970, p. 214 qui évoque la « Unmöglichkeit gleichzeitiger Geltung » ; cf. J. Wroblewski, « Systems of Norms and Legal System », *Riv. int. fil. dir.*, 1972, p. 242 ; A. Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, p. 151 ; N. Bobbio, « Antinomia », *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 667 s.

²⁴¹ Dans une lettre à U. Klug le 8 juin 1965 (in H. Kelsen / U. Klug, *Rechtsnormen und logische Analyse – Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien, 1981, p. 61), Kelsen observait que le fait que « nur eine der beiden in Konflikt stehenden Normen gültig [ist] » et que « muss die andere ungültig sein » est tenu par les juristes comme allant de soi (« das wird von Juristen als selbstverständlich angenommen »). Même à cette étape avancée de sa pensée, où il avait entrepris de remettre en cause l'extension au droit des principes logiques, H. Kelsen semble donc adhérer aux idées antérieurement soutenues (« Ein Normenkonflikt kann nur in der Weise gelöst werden, dass eine der beiden Normen ihre Geltung verliert, oder dass beide ihre Geltung verlieren » : p. 67). En revanche, dans la *Théorie générale des normes*, publiée posthume (mais v. déjà « Derogation », *Essays Roscoe Pound*, New York, 1962 et « Die Grundlagen der Naturrechtslehre », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1963, p. 1 s., p. 2-3), H. Kelsen en venait à admettre la possibilité logique de « conflicting valid norms ». On y trouve en effet l'affirmation que « we cannot claim that if one of the conflicting norms is valid, the other must be invalid, just as one statement must be false when the other is true. When we have a conflict of norms, both norms are valid ; otherwise, there would be no conflict. Neither of the conflicting norms repeals the validity of the other » (*General Theory of Norms*, Oxford, 1991). On remarquera que la contradiction avec sa pensée antérieure est plus apparente que réelle puisque l'auteur autrichien n'entend pas vraiment remettre en cause l'élimination de la validité d'une des normes en conflit comme conséquence de la résolution du conflit mais il soutient qu'une telle élimination « can only be the result of norm-creating behaviour, in particular

l’une soit l’autre norme ; il est par contre impossible de les considérer comme valables l’une et l’autre à la fois »²⁴². Celle qui est ou aura été écartée n’est, à l’égard de l’espèce en question, pas valable en tant que règle de droit²⁴³. Si l’on reconnaît la validité d’abord au respect des *formes* de production établies par une règle hiérarchiquement supérieure, force est d’admettre qu’à cette condition de validité *formelle* s’en ajoute une deuxième : que la norme ne soit pas en contradiction avec une autre norme. C’est ce que d’aucuns expriment en insistant sur le caractère « exclusif » d’une norme, qui serait consubstantiel à sa *juridicité*²⁴⁴. Cette autre condition de validité est de type *matériel*²⁴⁵ et relève de ce que l’on a pu appeler *technique fondamentale* des lois. Celle-ci « précise à quelles conditions naîtra la règle juridique » en imposant au pouvoir des « bornes infranchissables ». Si « ces conditions ne sont pas remplies, l’acte formel dénom-

of a derogating norm », si bien qu’une règle « ceases to be valid when the [derogating norm which repeals its validity] becomes valid ». Nombre d’auteurs y ont vu une involution de la pensée kelsenienne. J.W. Harris, « Kelsen and Normative Consistency », in R. Tur / W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, p. 201 s., évoque à cet égard un « unfortunate change of views » (« Kelsen’s earlier view is to be preferred to the later one ») ; et le commentateur d’affirmer que « the implications for a theory of law of his post 1960 writings on normative consistency and normative inference are unacceptable and, in some respects, bizarre » (et d’ironiser de la manière que voici : « Whatever may be true of norms, none one surely would claim that the principle of non-contradiction should be applied to Kelsen himself »). V. ég. M. Hartney, « Introduction : The Final Form of The Pure Theory of Law », in Kelsen H., *General Theory of Norms*, Oxford, 1991, p. xlii s., pour qui le « basic flaw » du dernier état de la pensée kelsenienne est de considérer la question « whether two conflicting norms can coexist » comme étant du ressort de la logique alors que le problème est *normatif* (« The problem is whether it is possible for one to be subject to incompatible duties, that is, the problem is *normative* and not logical in the sense of formal logic » : p. xliv), c’est-à-dire il concerne l’ontologie des normes. Cf. S.L. Paulson, « On the Status of the *lex posterior* Derogating Rule », in R. Tur / W. Twining (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, p. 229 s. E. Bulygin, « Das Problem der Geltung bei Kelsen », in S.L. Paulson / M. Stolleis, *Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, 2005, p. 80 évoque aussi la « beträchtlichen Menge » de remarques contradictoires inconciliables avec la théorie pure du droit dont est émaillée la *Théorie générale des normes* (p. 81-82). Cf. ég. C. Santiago Nino, « Some Confusions surrounding Kelsen’s Concept of Validity », *ARSP*, 1978, p. 357 s.

²⁴² *Théorie pure du droit*, p. 25 ; H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, p. 309, note 3. Cf. ég. S. Munzer, « Validity and Legal Conflicts », 82 *Yale L.J.* 1162 (1972-1973), p. 1162, note 45, qui révèle que ces « crucial words » ont été omis dans la traduction anglaise.

²⁴³ Pareille assertion prend d’autant plus d’éclat qu’elle provient de la plume de celui dont on estime qu’il aurait réduit la validité d’une norme à sa validité *formelle*, c’est-à-dire à la conformité du processus de son élaboration à la norme supérieure validante (H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 274 et 277).

²⁴⁴ E. Fazzalari, *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984, p. 2-3 : « la ‘giuridicità’ è della norma... e consiste appunto nel suo essere ritenuta vincolante ed esclusiva... *esclusiva*, ch’essa prevale su eventuali altre regole (per es. quelle di costume) ».

²⁴⁵ Pour R. Guastini, *Préface* à N. Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, 1998, N. Bobbio s’écarte de H. Kelsen en ce qu’il distingue validité formelle et validité matérielle, celle-ci reposant sur le fait qu’une norme « n’est en conflit avec aucune autre norme » ; et le préfacier de conclure : « Une norme est pleinement valide – bref, elle ‘existe’ – si, et seulement si, elle est valide à la fois d’un point de vue formel et d’un point de vue matériel » (p. 10-11). Cf. E. García Máynez, « Die höchsten Prinzipien der Rechtstheorie », p. 212, pour qui la « materielle Gültigkeit im juristisch-positiven Sinn » est une « Eigenschaft, die diejenige der formalen Gültigkeit voraussetzt und die ebenso das Nichtvorhandensein von Widersprüchen zwischen dem Inhalt der Norm, die beurteilt wird, und eine oder mehreren höheren Ranges erfordert » (italique en original).

mé loi n'établira pas une véritable règle de droit », étant entendu qu'« il ne suffit pas de préparer et voter un texte pour que ce texte donne lieu à une règle de conduite », pas plus qu'il ne suffit à un « texte de s'intituler loi » pour en comporter une²⁴⁶.

Cela se vérifie également et plus immédiatement encore en cas « de conflit entre deux normes individuelles, par exemple deux décisions de justice », conflit qui se produit notamment lorsqu'« un tribunal [fait] droit à une demande, alors qu'un autre tribunal rejette cette demande, c'est-à-dire que, d'après la première norme, il doi[t] être procédé à l'exécution civile sur le patrimoine du défendeur, alors que d'après la seconde au contraire, cette exécution ne doit pas avoir lieu ». Ici de nouveau, l'on s'accorde à estimer que l'une des deux normes décisionnelles ne contient pas de prescriptions juridiques : « si... l'acte de contrainte ordonné par l'une des normes est exécuté, la norme qui l'excluait demeure inefficace de façon durable et par là elle perd la validité ; si au contraire l'acte de contrainte n'est pas exécuté, c'est-à-dire si est suivie la norme qui rejette la prétention du demandeur, c'est la norme qui a prescrit l'acte de contrainte qui demeure inefficace durablement et perd de ce fait la validité »²⁴⁷. Or les deux juges dont les normes individuelles émanent ont fort bien pu les rendre en se conformant aux règles, hiérarchiquement supérieures, au respect desquelles ils sont tenus, de sorte qu'il se peut qu'aucune des deux décisions ne soit entachée d'irrégularité *formelle*. Toujours est-il que si l'on veut assurer l'efficacité à l'une d'elles, l'autre doit, dans la mesure de son incompatibilité avec la première, être *éliminée*, c'est-à-dire *annulée*, *invalidée* ; et l'*inefficacité durable* d'une des normes individuelles antinomiques consécutive à la mise en œuvre définitive de l'autre en entraîne l'*invalidité*. Si une des décisions antinomiques est invalidée sans qu'il ne soit possible de lui reprocher un quelconque vice *formel*, c'est qu'une telle invalidité – a-t-on pu observer – ne trouve pas son fondement en ce que l'« autorité » d'une norme supérieure « a été bafouée », en son irrégularité au regard de celle-ci ; mais bien, sur le plan *substantiel*, en ce que la situation résultant d'un conflit de décisions est « inextricable », qu'elle « bafoue la raison »²⁴⁸. Non vraiment, il ne suffit pas qu'un texte ait été établi par un juge compétent et qu'il porte en épigraphe la mention de « déci-

²⁴⁶ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 308-309 citant F. Génys, *La technique législative dans la codification civile moderne*, Paris, 1904, p. 1.

²⁴⁷ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 277.

²⁴⁸ En ce sens J. Héron, *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Paris, 2002, p. 674, à propos de l'art. 618 du CPC suivant lequel « lorsque la contrariété [des décisions] est constatée, la Cour de cassation annule l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux » ; et l'auteur d'observer que « le recours en inconciliable n'est pas fondé directement sur la violation de la loi, ni même sur la violation de l'autorité de la chose jugée », mais bien, en citant J. Boré, *La cassation en matière civile*, Paris, 1980, n° 2032, « pour mettre fin à une 'situation inextricable' ». Selon M. Contamine-Raynaud, « L'inconciliabilité de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire », *Mélanges P. Raynaud*, Paris, 1985, « le crime de lèse-majesté qu[e] l'art. 618 NCPC] sanctionne n'est plus d'avoir bafoué l'autorité, il est d'avoir bafoué la raison » ; la décision qui doit être annulée cesse pour lui de bénéficier de la « présomption de validité et de régularité ».

sion de justice » ou de « jugement rendu au nom de l’État A » ou « au nom du peuple de l’État A », pour qu’il contienne des prescriptions juridiques, pour qu’il ait une valeur normative, pour qu’il ait dignité de décision de justice au sens – si l’on ose dire – *matériel*.

Aussi ne suffit-il pas, pour soutenir la validité des deux règles ou décisions antinomiques émanant de *deux États* différents, de démontrer que les deux règles ou décisions ont été posées conformément aux procédures qui, dans leurs ordres juridiques respectifs, en gouvernent l’élaboration. Plus particulièrement, il ne suffit pas d’affirmer, s’agissant d’une antinomie de règles abstraites, que le législateur d’un État A (ou toute autorité que l’État A habilite à produire des règles générales et abstraites) a tout aussi rigoureusement respecté les règles de l’État A sur la production normative que le législateur de l’État B a respecté les règles analogues qui ont cours chez lui ; ou, à propos d’une antinomie de décisions, que le juge de l’État A a respecté les règles de procédure et de fond qui s’imposaient à lui (sous l’angle de la compétence, de la procédure, de l’identification et mise en œuvre des règles applicables, etc.) et que le juge de l’État B en a fait autant.

Il ne suffit pas de soutenir que l’autorité législative chinoise a régulièrement, selon les dispositions chinoises qui en gouvernent l’activité et le mode de fonctionnement, édicté la disposition législative prescrivant l’application du droit chinois aux catégories de délits de type *Neilson* du fait du lieu de survenance en Chine pour conclure à la validité d’une telle disposition à l’égard de ces délits ; pas plus qu’il ne suffit de soutenir que la Haute Cour d’Australie a régulièrement, selon le droit australien, prescrit, en prononçant une décision se donnant forme et allure de règle générale, l’application de la loi australienne en vertu du domicile commun du lésé et du responsable pour conclure à la validité d’une telle règle à l’égard de ces délits. Ce qu’on peut affirmer est que la disposition chinoise tout autant que la règle australienne ont été posées de manière *formellement* régulière ; mais cela n’autorise pas à conclure à leur validité *matérielle* en tant que normes juridiques. De même, il ne suffit pas, dans l’affaire *Denney*, de soutenir que la décision espagnole qui attribue la moitié des biens de la succession aux enfants de celui-ci a respecté les dispositions espagnoles sur la compétence internationale, sur le conflit de lois, sur la résolution du fond du litige ainsi que toutes les règles espagnoles de procédure, pour qu’elle contienne des normes juridiques individuelles ; pas plus qu’il ne suffit de constater que la décision anglaise qui, au rebours de la décision espagnole, attribue la totalité des biens à l’épouse survivante a elle aussi respecté toutes les dispositions anglaises de fond et de procédure.

Et de fait, si ce qui empêche, en cas d’antinomie interne, de retenir la validité des deux règles antinomiques est le fait qu’elle porte atteinte à la *substance*, à l’*onthos*, du Droit (lois et décisions) – qu’elle malmène la « technique fondamentale » de celui-ci, commandée par une telle substance –, on peut penser que la nature *internationale* de l’antinomie n’y change pas grand-chose.

2. Les causes de l'invalidité d'une des règles ou normes antinomiques

61. Possibilité de la conduite prescrite par la règle de droit. Un accord foncier s'esquisse sur ce que la quintessence, l'*onthos*, de la règle de droit tient à son aptitude à servir de *règle de conduite*, à orienter les comportements des destinataires qu'elle se donne²⁴⁹. « Le droit dirige »²⁵⁰, l'idée de « direction » résidant au fondement étymologique du terme « droit » et de ses équivalents dans les autres langues (*Recht, diritto, derecho, right*). On comprend dès lors qu'on ait pu conclure qu'« une norme qui prescrirait que doit avoir lieu un fait dont on sait par avance qu'une loi naturelle exclut absolument qu'il puisse avoir lieu » n'est pas une « norme objectivement valable », pas plus que ne l'est une « norme qui prescrirait que doit avoir lieu un fait (au sens le plus large) dont on sait par avance qu'en vertu d'une loi naturelle il aura nécessairement lieu toujours et partout »²⁵¹. Il s'ensuit que toute prescription, pour être normative, doit imposer une conduite, y compris de type permissif négatif²⁵², qui est objectivement, phénoméniquement *possible*, c'est-à-dire *possible* dans le monde du réel, dans le monde du *Sein*. Si « le droit dirige », une règle impuissante à diriger n'est juridique que dans le vain espoir de celui qui l'édicte. Dans un ordre d'idées fort semblable, on a pu discerner en la *potentialité* de la conduite commandée par la règle un caractère nécessaire de la *juridicité* de celle-ci, de sa na-

²⁴⁹ Entre tous, H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 43, pour qui si l'on considère les « objets qui sont qualifiés de droit chez les peuples les plus différents et aux époques les plus éloignées, il apparaît d'abord qu'ils se présentent tous comme des ordres de la conduite humaine » ; H. Batiffol, *Problèmes de base*, p. 7 qui constate qu'« on rencontre assez facilement un accord pour admettre que le droit serait un ensemble de règles de conduite » ; B. Ancel, « Le principe de bonne foi et les conflits de lois », *Homenaje J. Gonzalez-Campos*, Madrid, 2005, p. 1217 s., spéc. p. 1231 (cf. ég. du même auteur, *Rép. Dalloz droit international, V^o Conflit de lois dans le temps*, n^o 4) ; P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 32 : « Médiatement ou immédiatement, les règles de droit privé sont donc des règles de conduite » ; du même auteur, « Existe-t-il des normes individuelles ? », p. 686 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, 1991, p. 30 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, p. 40 ; A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, 2^a ed., Milano, 1979, p. 3 s. ; V. Ferrari, *La funzione del diritto*, Bari, 1989, p. 92 ; K. Lorenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Berlin (etc.), 1983, p. 241 ; G. Robles, *Rechtsregeln und Spielregeln*, Wien (etc.), 1987, p. 72 ; M. Reh binder, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 8. Aufl., Berlin / New York, 1995, p. 6.

²⁵⁰ La formule est de J.-M.E. Portalis.

²⁵¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 15 ; v. ég., entre tous, G. Robles, *Rechtsregeln und Spielregeln*, p. 143 qui, après avoir affirmé que « die Norm ist die Forderung nach einer gesollten Handlung (oder Unterlassung) », précise que « eine Handlung kann nur als gesollt gefordert werden, wenn... angenommen wird, dass das Subjekt die Möglichkeit hat, zwischen der Erfüllung und Nichterfüllung [zu wählen] » ; et encore : « Die Pflicht, die durch die Norm ausgedrückt wird setzt die Möglichkeit voraus, dass sich ihr wirkliches Verhalten innerhalb seiner Möglichkeiten anpasst » (v. ég. 144 : « die Norm eine Pflicht ausdrückt und die Pflicht... eine Möglichkeit voraussetzt ») ; rapp. Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, p. 25 et G.H. Von Wright, *Norm and Action*, p. 48 s.

²⁵² Sur ce que le terme « prescription apparaît comme plus général, englobant avec les commandements proprement dits les permissions, les habilitations et la réglementation d'actes non imposés », v. H. Batiffol, *Problèmes de base*, p. 42 ; cf. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, p. 40.

ture de règle *de droit*. Une telle conviction a pu être récemment qualifiée de « classique »²⁵³.

Or, on peut penser que la volonté subjective, affichée par les États A et B et consacrée par les dispositions A² et B², de soumettre la relation AB à l’empire de leurs lois ne parviendra pas, pour l’un d’eux, à l’égard de la relation AB et de toute autre relation entrant dans cette catégorie, à nourrir une « *norme au sens objectif* » parce que la conduite qu’elle prescrit est *impossible* : certes, non *absolument* impossible mais *relativement* impossible c’est-à-dire impossible *en concours* avec la conduite prescrite par l’autre règle antinomique, ce qui suffit pour conclure à l’impossibilité d’une des conduites prescrites par une des deux règles. Si la normativité d’une règle se reconnaît à la capacité à la fois de s’offrir et de s’imposer en tant que norme ou modèle de conduite, une des deux règles envisagées est incapable d’accéder au rang de *norme*, d’avoir une *signification normative*²⁵⁴, et ce malgré les vœux les plus ardents de l’État qui l’édicte. En reconnaissant enfin le droit au commandement issu d’un *pouvoir*, on peut affirmer qu’une des règles en conflit ne parvient pas à se parer du *pouvoir*, de l’*autorité* qu’elle convoite, qu’elle échoue dans la tentative de s’en emparer.

Il se peut bien sûr que l’on ignore pendant un certain temps quelle est des deux règles antinomiques celle qui est dépourvue de juridicité ; que chacun des États ignore si c’est la disposition par laquelle il prescrit l’application de sa loi matérielle ou bien la disposition par laquelle l’autre État prescrit l’application de sa propre loi matérielle, qui aura la capacité d’orienter la conduite des justiciables et sera dès lors dotée de signification normative. Ce n’est pas parce qu’on ignore quelle est des deux règles antinomiques celle qui est dépourvue de juridicité qu’il cesse d’y avoir parmi les règles antinomiques au moins une règle qui est dépourvue de juridicité. C’est au demeurant ce qui résulte de l’analyse des antinomies internes de décisions dont il a été question plus haut : on peut ignorer quelle décision est valable et laquelle ne l’est pas aussi longtemps qu’une autorité juridictionnelle supérieure ou l’autorité chargée de l’exécution ne s’est prononcée ; ce n’est pas pour autant que, pendant la durée de l’incertitude, les deux décisions contiennent l’une et l’autre des règles juridiques valables en tant que règles de conduite²⁵⁵ ; bien au contraire, on peut

²⁵³ Pour P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, p. 13, il ne fait pas de doute qu’« une norme ne serait pas juridique si elle était sans influence sur les droits et obligations des individus les uns envers les autres » ; cf. du même auteur, « Droit international privé et droit international public sous l’angle de la notion de compétence », *Rev. crit.*, 1979, p. 1 s., 349 s. et 547 s., spéc. n° 77-78. L. D’Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Paris, 2006, p. 222, note 3, qualifie de « classique » la vision « qui voit dans l’existence d’une possibilité abstraite de réalisation une qualité essentielle de la règle de droit ».

²⁵⁴ Cf. J. Raz, *The Authority of Law*, p. 150 : « that a rule is valid means that it has the normative consequences that it purports to have ».

²⁵⁵ C’est assez systématiquement le cas lorsque les antinomies internes sont tranchées par le juge selon l’équité car ce n’est qu’au moment de la décision que l’on sait « which of the incompatible precepts has and which has no validity » (E. García Máynez, « Some considerations on the problems of antinomies in the law », p. 9).

soutenir que pendant ce laps de temps, il n'y a pas encore de règle de conduite – et de ce fait de règle de droit – digne de ce nom, c'est-à-dire de règle que les justiciables peuvent respectivement doivent prendre pour norme de leurs comportements car les deux règles leurs prescrivent des conduites incompatibles et les justiciables sont pendant ce temps fondés à ignorer laquelle ils doivent suivre et laquelle ils peuvent négliger.

62. Réalisation contraignante et sanction. L'idée est souvent avancée qui discerne le caractère *juridique* d'une règle, sa nature de règle *de droit*, dans la possibilité de réalisation contraignante de celle-ci, plus exactement dans la possibilité de réalisation contraignante soit de l'obligation qu'elle impose, soit de la sanction qu'elle attache – ou qu'une autre règle attache – à l'inexécution de cette obligation, sanction qui consiste elle aussi en une obligation, qualifiée parfois de « secondaire » pour la différencier de l'obligation originelle, « primaire » justement, demeurée inexécutée. Si « l'essence du droit se révèle dans sa réalisation »²⁵⁶, notamment contraignante, et qu'« il n'est pas de prescription juridique sans sanction, au moins indirecte »²⁵⁷, l'insusceptibilité *ab initio*, certaine et irréversible, d'une telle réalisation²⁵⁸, d'une telle « sanction », plus exactement de la réalisation d'une telle sanction, empêcherait de voir du Droit,

²⁵⁶ H. Motulsky, « L'office du juge et la loi étrangère », *Mél. J. Maury*, Paris, 1960, spéc. p. 338. V. ég. H. Kelsen, « Professor Stone and the Pure Theory of Law », 17 *Stan. L. Rev.* 1129 (1964-1965), p. 1131 qui, en reprenant son ouvrage de jeunesse *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre*, qualifie les « sanctions of punishment and civil execution » de « characteristic elements of the norms of national law » et affirme que la « specific difference [between legal and moral norms] is that the legal norms are norms prescribing a certain human behaviour by attaching to the contrary behaviour a coercive act as a sanction ». Sur ce que la « Validity presupposes... enforceability », v. J. Raz, *The Authority of Law*, p. 153.

²⁵⁷ J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, p. 43.

²⁵⁸ Sur ce que « il positivismo giuridico è caratterizzato dal fatto che esso definisce costantemente il diritto in funzione della coazione, nel senso che vede in quest'ultima un elemento essenziale e tipico del diritto », v. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1979, p. 171. Pour J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, 1994, p. 319, le « caractère contraignant » est le « signe de la juridicité » (« une règle est juridique si, transgressée, elle déclenche un certain mécanisme de contrainte qui tendra à la ramener à l'exécution ») ; et l'auteur d'évoquer peu après la « possibilité de la contrainte » en citant la formule d'Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, 1^e éd., Paris, 1838 (« le droit est l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'homme par coercion extérieure ou physique »). Sur ce que c'est bien la sanction de la puissance publique « qu'implique le qualificatif de 'juridique' », v. P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1951, réimpr. Paris, 2005, p. 2 ; en ce sens ég. P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 27-28. Dans la littérature germanique, v. H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie : Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl., München, 1977, p. 118 : « Die Durchsetzbarkeit ist unabdingbares Geltungsmoment des positiven Rechts ; die tatsächliche generelle Durchsetzung des Rechts ist gleichbedeutend mit seiner faktischen Geltung » (italique en original ; cf. ég. p. 545) ; R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. S., 1911, p. 117 pour qui la validité du droit suppose la « Möglichkeit seiner Durchsetzung ». Cf. la notion de *Justiziabilität des Rechts* développée par H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, p. 79 s.

des dispositions de « valeur juridique »²⁵⁹ en celles qui contiennent de telles prescriptions ou prescrivent de telles sanctions.

Or, en cas de conflit entre la règle posée par l’État A et la règle posée par l’État B, l’irréalisabilité d’au moins une des obligations primaires imposées par les règles A et B, et par là l’irréalisabilité de ces règles, a été démontrée plus haut ; l’irréalisabilité d’au moins une des sanctions que les règles A et B attachent à la non-réalisation de l’obligation primaire, c’est-à-dire l’irréalisabilité des règles imposant une telle sanction, repose sur les mêmes raisons²⁶⁰. Et de fait, si l’État A inflige à X une sanction, le cas échéant consacrée dans une décision A¹, du fait de l’inexécution par lui du paiement que la règle A¹ lui impose du fait de la relation AB, la mise en œuvre d’une telle sanction entraîne automatiquement la non-mise en œuvre de la règle B¹, le cas échéant de la décision B¹ : celle-ci suppose que X ne recevra pas de mal s’il s’y conforme, c’est-à-dire s’il s’abstient de payer.

Il convient ici à nouveau de préciser que l’irréalisabilité, y compris par le recours à la coercition physique ou sur le patrimoine, d’une des deux règles, A¹ ou B¹, et d’une des deux règles qui imposent une sanction pour l’inobservation de celles-ci, ne tient pas à ce que les actes de contrainte ne peuvent avoir lieu que dans un seul des États, A ou B. Car dans l’hypothèse même où ces deux règles auraient été l’une et l’autre mises en œuvre par une décision de justice et que chacune de ces décisions serait, prise isolément, parfaitement susceptible d’être mise en œuvre par la puissance publique dans l’État du juge dont elle émane – X et Y étant, supposons, titulaires des biens saisissables à la fois dans l’État A et dans l’État B –, la mise en exécution fructueuse, par exemple, de la décision A¹ dans l’État A ruinerait nécessairement la réalisation de la norme individuelle B¹ qui aura pu le cas échéant être obtenue dans l’État B, c’est-à-dire ramènerait à un état de fait correspondant à la non-réalisation de la règle B¹. Or, si les organes de contrainte de B sont sollicités à nouveau pour aligner l’état de fait sur l’état de droit voulu par la règle (désormais décision) B¹, le succès de cette démarche entraînerait à son tour l’ébranlement de l’état de fait résultat de la réalisation contraignante de la décision A¹ et voulu par celle-ci. Il se confirme qu’une des règles en conflit qui prétendrait régir la relation

²⁵⁹ Cf. l’arrêt rendu par la Cour de cassation de Palerme le 25 août 1894 (cité par M. Philonenko, *Théorie du renvoi*, p. 223 et L. D’Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, p. 330) : « un droit, pour être considéré comme tel, doit être susceptible de recevoir une réalisation par rapport à l’objet auquel ce droit se réfère », à défaut de quoi même une décision de justice qui en déclarerait l’existence n’est qu’« une simple déclaration académique dépourvue en même temps de valeur juridique et pratique ».

²⁶⁰ Puisque la sanction dépend à son tour d’une action humaine, encore faut-il que cette action soit possible dans le monde du *Sein*, faute de quoi la règle imposant la sanction ne serait elle-même pas valable, ce qui entraîne l’invalidité de la règle que la sanction vise à assister. Cf. G. Robles, *Rechtsregeln und Spielregeln*, p. 202 : « Die Sanktion der Norm fällt in den Bereich des Möglichen, da sie von einer menschlichen Handlung abhängt, da die Sanktion selbst eine bestimmte menschliche Handlung ist » ; cf. ég. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, p. 42 ; R. Stammler, *Theorie der Rechtswissenschaft*, p. 117.

AB est ainsi insusceptible de révéler son « essence » dans la réalisation, c'est-à-dire, si l'on s'en tient à l'idée dont il est question, qu'elle perdrait son essence de règle *de droit*.

63. Droit subjectif et obligation juridique. Ce qui vient d'être dit semble se confirmer dès que l'on appréhende les règles sous l'angle des droits et obligations qu'elles font naître. Il est souvent affirmé que la « protection juridique » d'une prétention est un préalable nécessaire pour que celle-ci puisse accéder à la dignité de *droit subjectif*²⁶¹. Par protection juridique, l'on entend la possibilité pour le titulaire du droit d'en obtenir satisfaction, y compris par équivalent pécuniaire, moyennant, si nécessaire, le recours au juge puis aux organes de contrainte étatique. Réciproquement, il est communément admis que ce n'est que lorsqu'elle peut être exécutée au besoin par la force, c'est-à-dire à l'encontre de la volonté du débiteur, qu'une *obligation* est *juridique*, qu'elle constitue un lien *de droit*. Le critère de la « juridicité » d'une obligation est de ce chef, d'après une telle vue, lié à la notion de *contrainte* ou à celle de *sanction*²⁶². L'une et l'autre reviennent à faire peser sur l'État, notamment ses autorités d'exécution, une *obligation de protection* consistant en une prestation de faire ou de ne pas faire, selon les cas. Par conséquent, le conflit entre les deux couples de droits et obligations que prétendent établir les deux règles A¹ et B¹ à propos de la relation AB entre X et Y, se convertit en définitive en conflit entre les deux couples de droits et obligations surgissant entre X et l'État A, d'une part, et Y et l'État B, d'autre part. Il s'agit, plus particulièrement, de deux relations, qu'on pourrait désigner comme relation AA, liant X et l'État A, et relation BB, entre Y et l'État B. La relation AA fait surgir, d'une part, le droit de X envers l'État A à ce que celui-ci assure la protection de sa non-obligation de payer 100 à Y, et, d'autre part et corrélativement, l'obligation de l'État A de s'abstenir de mettre l'appareil de contrainte au service de Y qui chercherait à obtenir le paiement de 100 dans la mesure où X ne l'a pas effectué spontanément et, si X l'a effectué, de l'obligation de l'État A d'en assurer la restitution à X grâce à son appa-

²⁶¹ J. Dabin, *Le droit subjectif*, p. 98 s. : « la protection juridique devient un élément indispensable, sans lequel ne saurait exister aucun droit subjectif », et puis encore : « [t]ant que cette assurance n'est pas prévue et organisée, juridiquement le droit [subjectif] manque ». En ce sens ég. G. Kalinowski, « Logique et philosophie du droit subjectif », p. 40.

²⁶² Entre tous v. P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 28 : « L'on voit que l'énoncé même des droits et obligations des parties n'a de sens que par référence aux possibilités de contrainte » ; V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, 1990, n° 34. Dans la doctrine civiliste, J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens et les obligations*, Paris, 2004, : « Pour être, au sens technique, une obligation, il faut que le devoir soit un lien *de droit*, ce qu'implique la *sanction étatique* » ; Ph. Malaurie / L. Aynès / Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 2^e éd., Paris, 2005, p. 1917 : « L'obligation juridique est celle qui produit un effet garanti par l'État et par ses tribunaux » ; A. Bénabent, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Paris, 2005, p. 1 pour qui l'obligation « juridique » se distingue des autres en ce qu'elle est « assortie d'une sanction juridique, impliquant l'intervention étatique et au besoin de la force publique pour en assurer le respect » ; F. Terré / Ph. Simler / Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 8^e éd., Paris, 2002, p. 2 qui évoquent le « caractère contraignant du rapport de droit auquel elle donne naissance ».

reil de contrainte. Quant à elle, la relation BB fait surgir, d’une part, le droit de Y envers l’État B à ce que celui-ci lui garantisse la réalisation de son droit au paiement de 100, et, d’autre part et corrélativement, l’obligation à la charge de l’État B de lui procurer le paiement moyennant son appareil de contrainte s’il n’a pas été spontanément effectué par X et, s’il l’a été, l’obligation de l’État B de s’abstenir de mettre son appareil de contrainte au service de X qui chercherait à en obtenir la restitution²⁶³.

Or, la protection juridique de la non-obligation que prétend établir la règle A¹ au bénéfice de X suppose la non-protection du droit que prétend créer la règle B¹ au bénéfice de Y, et inversement²⁶⁴. Autrement dit, l’exécution par l’État A de l’obligation qui lui incombe de protéger le droit (plutôt : la non-obligation) de X postule la non-exécution par l’État B de l’obligation qui lui incombe de protéger le droit de Y. Il s’ensuit qu’une des obligations à la charge, respectivement, de l’État A et de l’État B, dont dépend l’existence du droit subjectif et de l’obligation que l’un et l’autre prétendent créer ou ne pas créer entre X et Y, ne peut pas être exécutée, c’est-à-dire qu’un des droits, au bénéfice, respectivement, de X et Y, à l’assistance des organes de contrainte ne pourra pas être efficacement exercé. Un des couples de droits et obligations que prétendent établir les règles A¹ et B¹ demeure nécessairement *dépourvu de protection juridique* ; il s’ensuit, plus précisément, qu’une des prétentions en souffrance ne parvient pas à s’élever au statut de *droit subjectif*, c’est-à-dire qu’elle n’existera pas en tant que *droit subjectif*, et qu’une des obligations n’accèdera pas au rang d’obligation *juridique*. Or, il semble bien que la non-existence d’un droit subjectif et la non-existence ou la non-juridicité d’une obligation, entraîne la non-juridicité de la soi-disant règle qui voudrait les accorder respectivement les imposer.

En prescrivant la mise en œuvre de la loi anglaise à la succession d’Anthony Denney, le Royaume-Uni aspire à accorder à l’épouse survivante le droit subjectif de recueillir la totalité des biens que feu son mari a voulu lui laisser par testament, droit qui implique celui de retenir les biens dont elle a par hypothèse la possession. En prescrivant la mise en œuvre de la loi espagnole, l’Espagne aspire à accorder aux enfants du *de cujus* le droit subjectif de recueillir l’équivalent de la moitié des actifs successoraux, droit qui implique celui d’obtenir de l’épouse la remise de cette part de la succession. L’une et l’autre prérogative

²⁶³ La « juridicité » d’un « droit inter-individuel » au sens d’attribué à un individu X envers un autre individu Y, et de la correspondante « obligation inter-individuelle » mise à la charge d’un individu Y au profit d’un autre individu X, repose non seulement sur l’*existence*, mais également sur l’*effectivité*, du droit de X d’obtenir le concours des organes étatiques de contrainte (il s’agit du droit d’un individu envers un État) et donc une obligation incombant à ces organes (il s’agit d’une « obligation étatique », dont le débiteur est l’État, et le créancier un individu) d’en garantir l’effectivité, c’est-à-dire l’obligation de l’État d’assurer la réalisation effective par Y, au moins *par équivalent*, du comportement objet de l’obligation inter-individuelle pesant sur Y, ce qui suppose l’*effectivité d’une telle obligation étatique* et d’abord la possibilité dans le monde du *Sein* de l’action par laquelle elle serait exécutée par le débiteur (ici justement l’État).

²⁶⁴ P. Roubier, *Droits subjectifs*, p. 54 s. ; J. Raz, *The Authority of Law*, p. 153.

sont incompatibles entre elles – le principe de non-contradiction interdisant à l'épouse de *retenir* et de *donner* – et ne peuvent dès lors être l'une et l'autre *protégées* par les deux États qui veulent les attribuer. Car le droit subjectif de l'épouse, pour être tel, implique non seulement qu'elle puisse obtenir au Royaume-Uni la réalisation forcée de ce droit, mais aussi qu'elle puisse empêcher que les enfants la fassent condamner en Espagne à verser l'équivalent de la moitié des biens, c'est-à-dire que les enfants puissent réaliser la prérogative que l'Espagne veut leur accorder ; et le droit subjectif des enfants, pour exister réellement, suppose qu'ils puissent non seulement obtenir des autorités espagnoles la réalisation contraignante de leur réserve héréditaire mais aussi que le Royaume-Uni s'abstienne de permettre à l'épouse d'obtenir au Royaume-Uni la restitution de l'équivalent des actifs qu'elle a dû délaisser en Espagne. Au moins l'une des prérogatives en conflit sera *dénuée de protection juridique* et cessera donc d'exister en tant que droit subjectif, ce qui retire la qualité de règle *de droit* à la disposition qui visait à l'accorder.

3. *Principe de non-contradiction des actions humaines et sa violation en cas d'antinomie interne et internationale*

64. Loi universelle fondant l'ontologie juridique. Il n'est peut-être pas téméraire de faire appel ici à la « nature de la chose » (*Natur der Sache*)²⁶⁵, terme certes aux résonances intimidantes²⁶⁶, mais qu'on entendra ici, afin de ne pas en être réellement intimidé et devoir ainsi y renoncer, dans le sens qui nous paraît à la fois le plus primordial et le moins contestable, c'est-à-dire en tant que rassemblant toutes ces *Vorgegebenheiten des Rechts*, ces données prépositives immuables, ces vérités anthropologiques et biologiques antérieures au Droit qui rendent compte de la mission de celui-ci tout en en délimitant le cadre et le cercle des manifestations possibles, c'est-à-dire qui constituent tout à la fois le présupposé, la raison d'être et les limites de toute activité de production normative²⁶⁷.

²⁶⁵ « Chose » est ici tout ce qui peut faire l'objet de connaissance, c'est-à-dire les choses mais aussi les hommes et leurs actions ; « nature » est l'essence de la chose ainsi entendue, son contenu connaissable : v. M. Villey, « Historique de la nature des choses », *Arch. phil. dr.*, 1965, p. 278. Le sens que l'on attribue à l'expression de « nature de la chose », et à la qualité de « loi naturelle » que mérite le principe de non-contradiction, ne doit pas être confondu avec celui qu'on attache généralement au « droit naturel » en tant que doctrine. Cf. H. Dernburg, *Pandette*, trad. it., Torino, 1906, vol. I, p. 100 : « la natura delle cose non deve scambiarsi col diritto naturale » ; N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, p. 208 ; A. Kaufmann, *Analogie und « Natur der Sache »*, Heidelberg, 1982, p. 18.

²⁶⁶ Pour N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, p. 207, « il concetto di natura delle cose non è mai stato esaminato troppo a fondo dai giuristi, e non è mai stata data di esso una definizione che lo sottragga alle critiche che si possono fare alla definizione giusnaturalistica ». Or, il semble bien que la définition restrictive et l'utilisation ici proposées mettent à l'abri de telles critiques.

²⁶⁷ A. Kaufmann, *Analogie und « Natur der Sache »*, p. 18 : « Die Norm als Sollen kann gar nicht aus sich heraus reales Recht hervorbringen, es muss ein Seinshafes hinzutreten » ; H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, p. 371 s. ; G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl., 1956, p. 99.

L’homme, esprit autant que corps, éprouve une variété de besoins, qui jaillissent des différentes strates de son être – corporel, rationnel, affectif et spirituel²⁶⁸ –, besoins de plus en plus nombreux et complexes à mesure que progresse la réalisation de la grande loi du développement de l’humanité. C’est précisément pour seconder la tendance invincible de l’homme à l’épanouissement de soi que surgit la nécessité du Droit²⁶⁹. En ce qu’il vise à la satisfaction des multiples besoins de l’homme, laquelle passe, sans s’y réduire, pour la plupart voire pour la quasi-totalité d’entre eux, par l’utilisation des choses inanimées qu’on retrouve dans la nature ou qui sont élaborées à partir de celles-ci, le Droit est profondément enraciné dans ces « prédonnées » qui sont tout aussi antérieures et tout aussi nécessaires à sa genèse que l’est le besoin par rapport au remède. L’instrument dont le Droit se sert est, dans les relations privées en tout cas, de prescrire à un individu un *comportement* – une action ou une abstention – une conduite *physique*²⁷⁰, *corporelle*²⁷¹. Une telle conduite est nécessaire pour satisfaire le besoin d’un ou plusieurs autres individus. Par où l’on constate que le Droit, pour mener à bien sa mission, prend appui sur une autre vérité antérieure à lui : l’homme se laisse guider, dans l’exercice de sa liberté, par un certain nombre d’impulsions ; le Droit non seulement *tient compte*, mais il *suppose* une telle liberté et *exploite* une telle nature influençable de l’homme puisqu’il assortit la prescription d’une sanction dont la menace est susceptible de l’encourager à mettre en œuvre spontanément le comportement prescrit.

Si ce sont bien ces « prédonnées » biologiques et anthropologiques qui déterminent la mission première du Droit et lui livrent les matériaux à partir desquels il peut forger ses outils, il n’est pas surprenant que c’est dans celles-ci qu’il faut également discerner les *limites extrêmes* que le Droit ne peut franchir s’agissant de se donner un *contenu*, c’est-à-dire les limites au-delà desquelles le

²⁶⁸ M. Villey, « Historique de la nature des choses », p. 278 ; W. Maihofer, « Le Droit naturel comme dépassement du Droit positif », *Arch. phil. dr.*, 1963, p. 193-194 ; J. Hervada, *Introduction au droit naturel*, p. 27.

²⁶⁹ L. Husson, « La dialectique de l’être et du devoir être », *Arch. phil. dr.*, 1968, p. 305, p. 326 : « l’homme n’est... maître de changer ni sa structure physique et mentale, ni la structure du monde dans lequel il vit » ; cf. J. Braun, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1997, p. 129.

²⁷⁰ H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, p. 253, à propos de ce qu’il appelle le « *Verhaltenssystem des Menschen* » : « in einer gegebenen Situation zwar mehrere Verhaltenstendenzen gleichzeitig wirken können, im Ergebnis aber nur *ein Verhalten* möglich ist, d.h. die eine Verhaltens-tendenz die andere in der Durchführung ausschliesst, mithin eine Wahl zwischen den mehreren intendierten Verhaltensweisen erfolgen muss » (italique en original). Cela représente, pour reprendre l’expression connue de K. Larenz, « Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung », *Festschrift A. Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 287, « eine dem geschichtlich Wandel entthobene, zeitlos gültige Ordnung ».

²⁷¹ En ce sens H. Kantorowicz, « Legal Science – A Summary of its Methodology », 28 *Colum. L. Rev.* 679 (1928), p. 688-689 ; A.T. Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 10th ed., Oxford, 1906, p. 40.

Droit se désintègre en perdant sa nature²⁷². L'homme « est soumis dans son comportement à des lois fondamentales qui s'appliquent à tous les être vivants »²⁷³ ; l'une d'elles « est que si l'homme, dans toute situation, peut subir l'action de pulsions contraires, un seul comportement lui est possible », exclusif des autres incompatibles avec lui. Ce sont là le principe de non-contradiction des actions humaines et ses dérivés, le principe de non-ubiquité des êtres et le principe de non-simultanéité de leurs actions²⁷⁴. La nature ontologique du principe de non-contradiction²⁷⁵, son immanence au monde du *Sein*²⁷⁶, son statut de *loi de nature*, et donc de *loi universelle*, semblent désormais acquis. Un tel principe a même été qualifié de *premier principe de l'ontologie juridique*²⁷⁷ et, encore récemment, de fondement de toutes les sciences démonstratives²⁷⁸. C'est

²⁷² K. Larenz, « Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung », p. 288 ; G. Radbruch, « Die Natur der Sache als juristische Denkform », *Festschrift R. Laun*, Hamburg, 1948, p. 160 ; H. Schambeck, *Der Begriff der « Natur der Sache »*, Wien, 1964, p. 52.

²⁷³ H. Henkel, *Einführung in die Rechtssphilosophie*, p. 249 : « Der Mensch als *Lebewesen* unterliegt nicht nur in seiner inneren Organisation, sondern auch in seinem Verhalten den grundlegenden Gesetzmäßigkeiten, die für alle Lebewesen gelten ». Et l'auteur d'ajouter : « Hier gilt für das Recht die allgemeine Erkenntnis, dass Gesetzmäßigkeiten der tragenden Schicht nicht durch Zielsetzungen von der höheren – also etwa der geistigen – Sphäre her aufgehoben oder abgeändert werden können. Damit ist das *Verhältnis des Rechts zu den Naturgesetzmäßigkeiten der körperlich-biologischen Sphäre des Menschen festgelegt* : Diese sind, wie alle Naturgesetzmäßigkeiten, für die rechtlichen Bestimmungsnormen unabänderliche Vorgebenheiten ». Cf. ce que E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, 2. Aufl., Basel, 1925, p. 31, dénomme les « *realia Gesetzgebung* ». Cf. H. Kelsen, « Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung », *AöR*, 1914, p. 209 : « Zwei Autoritäten sind für denselben Geltungsbereich ebenso unvereinbar, wie zwei Körper in demselben Raume. Wie die körperliche Welt des Seins, hat auch die geistige Welt des Sollens ihr Gesetz der Undurchdringlichkeit ».

²⁷⁴ E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, p. 316-317.

²⁷⁵ K. Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 54 pour qui le fondement du principe de non-contradiction (*Widerspruchslöslichkeit*) n'est pas logique, mais ontologique : « Die Begründung dieses Satzes ist keine logische, sondern eine ontologische. Niemand kann zugleich eine Handlung bzw. Unterlassung und ihr kontradiktorisches oder konträres Gegenteil prästieren » ; sur la nature ontologique du principe de non-contradiction chez Aristote, v. E. Rabel, « Origine de la règle impossibilium nulla obligatio », *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 497. En interprétant le constat de K. Engisch, G. Gavazzi, *Delle antinomie*, p. 131, précise que « le relazioni di opposizione (contraddizione, contrarietà) esistono in *rerum natura* ; e, in particolare che due azioni devono dirsi opposte quando non si possono prestare contemporaneamente ». Ce principe est – avance encore G. Gavazzi (*ibidem*, p. 129) – en raison de sa nature ontologique, « au-dessus du droit légiféré et de n'importe quel législateur » ; cf. H. Kantorowicz, *The Definition of Law*, p. 25.

²⁷⁶ B. Russell, *Problems of philosophy*, Oxford, 1959 (l'édition originale est de 1912) : « The belief in the law of non contradiction is a belief about things, not only about thoughts... and although belief in the law of contradiction is a thought, the law of contradiction itself is not a thought, but a fact concerning the things in the world » ; v. ég. A. Kaufmann, « Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht », in A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie im Wandel, Stationen eines Weges*, 2. Aufl., Köln, 1984, p. 78 pour qui la pensée « nur deshalb an das Widerspruchsprinzip gebunden, weil dieses in der Wahrheit des Seins begründet ist ».

²⁷⁷ E. García Máynez, « Die höchsten Prinzipien der formalen Rechtsontologie », p. 195 s.

²⁷⁸ G. Pasquale, *Aristotle and the Principle of Non-Contradiction*, 2nd ed., Rome, 2006, pour qui « The principle of non-contradiction (PNC) is both a law of being and a law of thought ». Le but de cet ouvrage récent est d'ouvrir la discussion autour de la possibilité de connaître le principe de non-contradiction par la voie d'une appréhension intuitive, sans pour autant méconnaître son caractère non-démonstrable, au départ du constat qu'il est le fondement de toutes les sciences démonstratives. Sur ce qu'Aristote fonde son ontologie sur le principe de non-contradiction, v. J. Berke-

pourquoi le principe de non-contradiction s’impose à tous les États, à chacun individuellement mais aussi à leur ensemble, et doit être respecté par deux ou plusieurs États qui seraient tentés d’adresser des prescriptions aux mêmes sujets. Si « une règle de droit qui voudrait ordonner un cours d’événements et de comportement contraire à une loi naturelle serait un contresens »²⁷⁹, si « le droit, pour être valable, doit être ancré dans l’homme »²⁸⁰, une activité de production normative réalisée par les États A et B qui prétendrait méconnaître le principe de non-contradiction tiré de la loi naturelle, de la sphère du *Sein*, transgresse les limites consubstantielles au Droit, et, par conséquent, cesse de produire du Droit²⁸¹.

Qu’il nous soit permis d’observer que tirant son origine tout à la fois, d’une part, des diversités des lois matérielles, dont le constat rend palpable la relativité des choix et des politiques qui les inspirent, c’est-à-dire la non-immanence des règles qui les consacrent à la nature des choses, au monde du *Sein*, en un mot la positivité réelle de ces règles (dans le sens de *ius positum* par opposition au *ius naturale* : d’un droit qui, précisément puisqu’il a dû être posé, édicté, suppose la possibilité d’une alternative) ; et, d’autre part, de l’impossibilité de l’application simultanée à une seule et même relation humaine de plusieurs lois, différentes parce que relatives, impossibilité découlant du principe de non-contradiction qui est, celui-là, immanent à la nature des choses, au monde du *Sein*, doté, en tant que *loi naturelle*, d’une valeur absolue et universelle, et se plaçant dès lors au-dessus des législateurs, le droit international privé est largement en mesure de contribuer à la recherche d’une « troisième voie » entre droit naturel et droit positif, à la synthèse entre jusnaturalisme et positivisme « vers laquelle tendent aujourd’hui dans le monde entier les efforts de la philosophie du droit »²⁸². L’impossibilité évoquée entraîne la nécessité de sélectionner une loi et une loi seule : or le renvoi montre que le critère de sélection, et la règle qui le consacre, sont dans une très large mesure eux aussi relatifs, mais que la nécessité dont il procède demeure évidemment absolue.

65. Insurrection de la nature. Si les États A et B persistent tous deux dans leur volonté de soumettre la relation internationale AB à leurs lois, la nature s’insurgera et reprendra ses droits : elle fustigera ce double *vouloir* qui, débordant le *pouvoir* qu’elle lui assigne, prétend la transgresser ; elle condamnera la volonté subjective de l’un d’eux à l’inutilité, en arrachant à ses soi-disant règles la

mann, « Zum Prinzip der Widerspruchsfreiheit in der deontischen Logik », p. 166, pour qui il s’agirait pour le Stagirite du « oberste[r] und zugleich sicherste[r] Grundsatz aller Prinzipien ».

²⁷⁹ H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, p. 260 : « eine Rechtsnorm, die einen Geschehen- bzw. Verhaltensablauf entgegen einem Naturgesetz anordnen wollte, wäre ein Widersinn ».

²⁸⁰ C’est là le sens suggestif et profond que retient A. Kaufmann, *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Heidelberg, 1990, p. 19 du qualificatif « analogue » (« *Gültiges Recht muss analog zum Menschen sein* »).

²⁸¹ Et à plus forte raison du droit valable.

²⁸² A. Kaufmann / W. Hassemer, *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl., Heidelberg, 1994, p. 109.

dignité de règles de droit, en les spoliant des attributs de la *juridicité* dont il croit pouvoir les parer.

Mais il y a plus – ou plutôt : pire. Il se peut qu'*aucune* des deux volontés étatiques ne soit normative.

C – De l'inefficacité d'au moins une des règles ou normes antinomiques à l'inefficacité et à la perte de juridicité de l'une et de l'autre

66. Plan. Si aucun des États A et B ne renonce à aucun moment de la vie de la relation juridique AB à la mise en œuvre de sa loi, le risque est menaçant que les deux règles antinomiques, incarnées dans des normes individuelles, s'empêchent mutuellement et indéfiniment d'accéder à la juridicité (2). Pour mieux en prendre conscience, il convient de se pencher d'abord sur l'hypothèse où l'un des États renonce à l'application de sa loi à la suite de la saisine du juge de l'autre (1).

1. Antinomie internationale de règles abstraites et sa résolution par la saisine d'un juge

67. Conflit international de lois affectant la phase préjudiciaire. Il se peut que chacun des États A et B, alors même qu'il commence par déclarer applicable sa loi à la relation internationale AB, accepte néanmoins de reconnaître la décision que les autorités de l'autre État auront rendue sur le fondement de la loi de cet autre État et qu'il accepte de prêter main-forte à la réalisation chez lui d'une telle décision en renonçant à lui opposer une contre-décision fondée sur sa propre loi. Une telle coopération se traduit soit par une exécution *positive*, sur la personne et les biens qui se trouvent chez lui, soit par une exécution *négative*, c'est-à-dire un refus de modifier l'état de fait résultant de la mise en œuvre de la décision rendue par l'autre État. Le conflit de volontés et de prétentions étatiques n'aura été ici que *préjudiciaire* : il subsiste aussi longtemps que la relation ne fait l'objet d'une décision dans l'un des deux États, plus exactement, par la grâce de la litispendance, aussi longtemps que par l'ouverture d'un procès, la relation n'est pas *judicialisée* auprès des juges de l'un d'eux. Dès cet instant, l'autre État renonce à prescrire l'observation de sa propre loi, « retire » sa volonté de la voir appliquée.

L'antinomie internationale se cantonne ici sur le terrain des *règles abstraites* sans évoluer en conflit de normes individuelles. En laissant subsister le conflit entre prétentions étatiques au cours de la phase préjudiciaire jusqu'à la saisine d'un juge, les États « co-intéressés » n'auront réussi à *prévenir* le conflit entre personnes privées puisqu'ils les auront astreintes à saisir un juge pour le *résoudre*. On le voit, aussi longtemps que l'antinomie internationale persiste, le conflit entre personnes privées est voué lui aussi à persister. Comme on le dira ci-dessous, les deux composantes du concept de Droit que sont la prévisibilité

et la justice s’en trouvent compromises²⁸³. Mais la mission, plus primordiale encore, d’assurer l’ordre et la paix sociale est néanmoins accomplie par l’un et l’autre État : de nature à mettre en péril un tel ordre et une telle paix, le litige est définitivement tranché, les justiciables bénéficient d’une *chose internationalement jugée* puisque la modification ou la non-modification de l’état de fait qui résulte de la décision prononcée par l’un des États et le cas échéant de sa réalisation forcée est véritablement stable et intangible. En effet, un tel état de fait n’est plus susceptible d’être ébranlé, neutralisé, par une contre-modification issue de l’exécution d’une contre-décision prononcée par les autorités de l’autre État.

Supposons que le juge australien soit saisi le premier et qu’il le soit par Mme Neilson. Dès lors que la Chine, c’est-à-dire le juge chinois qui en est l’organe et qui veut et s’exprime en son nom, accepte de reconnaître la décision rendue par le juge australien qui aura, par application de la loi australienne, condamné Overseas à payer 30.000 dollars à titre de réparation à Mme Neilson, la Chine aura « retiré » sa volonté d’appliquer à la relation entre Overseas et Mme Neilson la loi chinoise pour laquelle aucune réparation n’était due et dont la mise en œuvre imposerait dès lors à Mme Neilson de restituer toute somme éventuellement perçue. Aussi la Chine renonce-t-elle à opposer à la décision australienne une contre-décision chinoise dont l’exécution l’anéantirait. De même, si le juge chinois est saisi le premier par Overseas et que l’État australien, en s’exprimant à travers le juge australien, consent à reconnaître la décision chinoise qui, par application de la loi chinoise, déclare qu’aucune réparation n’est due, l’État australien aura, dès la saisine du juge chinois, renoncé à prescrire l’application de la loi australienne qui accorde à Mme Neilson un droit à réparation. Dans un cas comme dans l’autre, le litige opposant Mme Neilson et Overseas est tranché définitivement, la décision rendue par un des États ne pouvant plus être remise en cause dans l’autre État, qui accepte en fait d’adhérer à celle-là. Une seule décision, sino-australienne pourrait-on dire, une seule norme, prétend diriger la conduite de Mme Neilson et Overseas : les deux États veulent enfin la même chose et cette volonté « bilatérale » et unitaire pourra se réaliser, le cas échéant avec la force. L’antinomie internationale – le conflit entre prétentions ou volontés *étatiques* au sens antérieurement exposé – est *résolue* par la saisine du juge (australien ou chinois) et, avec elle, l’est le conflit entre prétentions ou volontés *privées*. Puisque l’antinomie internationale n’est ici pas *prévenue* mais que sa *résolution* est confiée par les deux États à la saisine (et non à la décision d’un juge), le conflit entre personnes privées n’est pas non plus *prévenu* – Mme Neilson et Overseas ignorent jusqu’à la saisine si c’est la loi chinoise ou la loi australienne qui les régit. L’objectif de *prévenir* le conflit entre personnes privées pouvant surgir des relations affectant leurs sociétés – objectif que chacun des États implique, Chine et Australie, poursuit en général au premier chef pour son propre compte dans son ordre interne – est manqué précisément à cause de ce que l’une et l’autre déclarent applicables leurs lois pendant le temps antérieur à toute initiative judiciaire. La *prévention* du conflit international sino-australien de

²⁸³ V. *infra*, n° 86.

lois passe, on le voit, par la *renonciation préjudiciaire* d’un des États à l’application de sa loi et à son concours préjudiciaire à la mise en œuvre de la loi de l’autre.

Supposons que, dans l’affaire *Denney*, le juge espagnol soit saisi le premier – et il le sera naturellement par les enfants du *de cuius*. Or le conflit d’intérêts opposant ceux-ci et l’épouse reçoit lui aussi une solution définitive dès lors que le Royaume-Uni accepte de reconnaître la décision espagnole accordant aux enfants la qualité de réservataires et condamnant Mme Royde à leur remettre l’équivalent de la moitié des biens de la succession, c’est-à-dire dès lors que le Royaume-Uni renonce à opposer à la décision espagnole une contre-décision anglaise. Le litige est tout aussi définitivement tranché dès lors que, si l’épouse saisit le juge anglais et obtient une décision anglaise qui lui accorde la totalité des biens, l’État espagnol, par ses organes, juridictionnels et d’exécution, accepte de reconnaître une telle décision anglaise, laquelle dénie aux enfants tout droit dans la succession, et qu’il consent à prêter son concours (sous forme de *facere* ou de *ne facere*) à la réalisation du droit qu’elle accorde à l’épouse de retenir l’intégralité des biens de feu son mari. Dans un cas comme dans l’autre, l’office du Droit consistant à trancher les litiges, à empêcher la perpétuation des différends entre les justiciables, est bien rempli mais le succès de la *résolution* ne saurait dissimuler l’échec de la *prévention*.

2. *De l’antinomie internationale de règles abstraites à l’antinomie internationale de décisions*

68. Neutralisation réciproque et virtuellement permanente des deux règles antinomiques. La seconde hypothèse est celle dans laquelle aucun des États A et B n’est disposé à renoncer à la mise en œuvre de sa loi à l’égard de la relation internationale AB – dans la mesure où une des parties à celle-ci s’en réclame²⁸⁴ –, peu lui important que l’autre partie ait saisi les juges de l’autre État, qu’elle y ait obtenu une décision en sa faveur et réussi à la faire exécuter. L’antinomie internationale de *règles abstraites* est vouée à prendre la forme d’une antinomie internationale de *normes individuelles*²⁸⁵ et, plus exactement, d’une suite potentiellement infinie de conflits de décisions. Cette situation paradoxale a lieu aussi longtemps que chaque décision peut être exécutée dans l’État qui la rend. Car l’exécution dans cet État a pour effet d’ébranler le résultat de l’exécution réalisée dans l’autre et appelle de ce fait une nouvelle décision et une nouvelle exécution. Un premier couple de procès et contre-procès sera suivi par un deuxième couple de procès et contre-procès, puis par un troisième, et ainsi de suite, chaque État mettant son appareil de contrainte au service de

²⁸⁴ V. *supra*, n° 44-45.

²⁸⁵ Cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 278, qui traite du conflit de décisions sous le chapitre des conflits de normes ; en ce sens également V. Moissenac-Massenat, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, Paris, 2007, *passim*. Cf. C. Consolo, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989, p. 177 (« antinomia decisoria »).

l’exécution de la décision qu’il prononce afin de démolir le résultat de l’exécution obtenue par recours à l’appareil de contrainte de l’autre État et d’obliger celui-ci à construire de nouveau.

Les deux soi-disant règles posées par les deux États qu’incarnent les normes individuelles édictées par leurs organes ne parviennent pas à produire du Droit, à établir et protéger des droits subjectifs et imposer les obligations corrélatives à la faveur des destinataires qu’elles se donnent, elles perdent l’une et l’autre la capacité de les « diriger », d’en orienter et « régler » les conduites – qu’elles dérèglent au contraire –, puisqu’elles les condamnent à tout moment à ignorer quel est le comportement que le Droit leur prescrit. Aussi longtemps que les deux volontés subjectives étatiques auront la capacité de se neutraliser mutuellement, que chacune aura le loisir d’empêcher l’autre de se réaliser, de « s’objectiver », c’est-à-dire pénétrer le réel et de l’ajuster de manière stable et permanente à sa propre représentation de celui-ci, aucune des volontés subjectives étatiques n’accèdera à la dignité de volonté normative, et les propositions qui les énoncent demeureront dépourvues de juridicité. Bref, les États A et B commettent à l’égard d’une telle relation et des parties privées qu’elle implique un *déni international de justice*, qui est précisément une *négation du Droit*²⁸⁶. Bien sûr, le litige entre les justiciables prendra tôt ou tard une fin, mais une telle issue, dont on étudiera plus loin les aménagements possibles²⁸⁷, se développera dans une aire de non-Droit et rien n’empêchera qu’elle soit induite par l’emploi d’une forme de *justice privée*, c’est-à-dire déterminée par la manœuvre d’une partie se ramenant en substance à la *loi du plus fort*. C’est là l’échec de la tâche première de l’État, celui d’interdire aux « citoyens », pour mettre fin à leurs différends, « de se ruer vers les armes » (*ne cives ad arma ruant*). Toute arme n’est certes pas permise, mais on sait que l’interdiction de certaines armes – l’accord entre les belligérants sur les armes autorisées et les armes interdites – n’empêche pas, mais suppose, la guerre, laquelle marque la capitulation du Droit.

Supposons que Mme Neilson saisisse le juge australien, qu’elle obtienne de lui une décision (« décision australienne n° 1 ») qui, par application de la loi australienne, condamne Overseas à lui verser la somme de 30.000 dollars et qu’elle obtienne des organes australiens chargés d’administrer la contrainte l’exécution forcée de cette décision sur les biens qu’Overseas possède en Australie. Si l’État chinois maintient sa volonté de soumettre la relation litigieuse à la loi chinoise en vertu de laquelle aucune réparation n’est due, il ne reconnaîtra pas la décision australienne qui a précisément constaté l’existence d’une telle obligation ; par conséquent, il habilitera Overseas à saisir un juge chinois et obtenir une décision (« décision chinoise n° 1 ») qui, par application de la loi chinoise, déclara-

²⁸⁶ F.-X. Train, Préface à C. Debourg, *Les contrariétés de décisions dans l’arbitrage international*, Paris, 2011, p. XI, pour qui la « divergence entre deux décisions » aboutit à une « négation du droit [qui] est intolérable ».

²⁸⁷ V. *infra*, n° 98.

ra que la dette n’existe pas et qui, constatant qu’Overseas a appréhendé une somme de 30.000 dollars à laquelle elle n’avait pas le droit et dont elle s’est dès lors indûment enrichie, condamnera Mme Neilson à lui restituer une somme équivalente, condamnation dont l’exécution s’opérera sur les avoirs que Mme Neilson possède par hypothèse en Chine²⁸⁸. L’antinomie sino-australienne de lois s’est transformée en une antinomie sino-australienne de décisions. Ce n’est pas fini. Car si l’État australien n’accepte pas de voir complètement neutralisée – et par là en substance non exécutée – la décision rendue chez lui, il autorisera Mme Neilson à resaisir les juges et à obtenir d’eux une seconde décision australienne (« décision australienne n° 2 ») ordonnant à Overseas de lui reverser la somme litigieuse. Face à quoi si l’État chinois ne renonce pas à la décision qu’il a rendue en faveur d’Overseas et qu’il veut en protéger l’effet utile, il ouvrira à celle-ci la possibilité d’obtenir une seconde décision chinoise (« décision chinoise n° 2 »), qui condamnera Mme Neilson à une nouvelle restitution de la somme. L’exécution en Australie de la décision australienne n° 1 et l’exécution en Chine de la contre-décision chinoise n° 1 provoque un nouveau couple de décision et contre-décision, et ainsi de suite, aussi longtemps que l’Australie ou la Chine ne renoncera à sa prétention à régir la relation entre Mme Neilson et Overseas ou sera dans l’impossibilité d’exécuter la décision qu’elle a rendue sur le fondement de sa loi. On peut penser qu’aucun des deux États ne parvienne à produire du Droit et que la volonté subjective d’aucun des deux États n’accède à la normativité car elle n’a pas la capacité d’assurer la modification (ou la non-modification) permanente du réel dans le sens voulu par elle.

§ 2. Les méfaits de l’antinomie internationale du point de vue des destinataires des règles ou normes antinomiques

69. Deux hypothèses. Il s’agit maintenant d’examiner les maux que provoque le conflit international de lois en se situant du point de vue des parties à la relation qu’il frappe. Il convient ici de nouveau de distinguer les deux hypothèses dont il a déjà été question : celle où les deux États dont la volonté simultanée de prescrire l’application de leur propre loi est génératrice de l’antinomie acceptent l’un et l’autre que celle-ci soit résolue par la saisine du juge de l’un d’eux (sous-§ 1), et celle où chacun des États insiste pour mettre en œuvre sa loi en dépit de la saisine du juge de l’autre, auquel cas l’antinomie de lois est vouée à se muer en antinomie de décisions (sous-§ 2).

²⁸⁸ Cf. G. Schulze, *Die Naturalobligation*, Tübingen, 2008, p. 497, pour qui « [d]a das nichtanererkennungsfähige Urteil keine Rechtswirkungen auslöst, bildet es insbesondere keine causa zum Behalten der Leistung. Der Rückforderung steht grundsätzlich nichts im Wege ».

Sous-§ 1. Antinomie internationale résolue par la saisine d’un juge

70. Sécurité juridique et justice. Si – comme nous y avons déjà fait allusion²⁸⁹ – les deux composantes de l’idée du Droit que l’on désigne communément sous le nom de *prévisibilité* ou *sécurité juridique (préjudiciaire)*, d’une part (A), et de *justice individuelle*, d’autre part (B), se trouvent, dans ce premier cas de figure déjà, sérieusement mises à mal, l’objectif ultime du Droit consistant à apporter une « solution (définitive) aux conflits entre les hommes » (*sécurité juridique postjudiciaire*) n’en est pas moins réalisé²⁹⁰.

A – L’atteinte portée à la sécurité juridique et à la prévisibilité du Droit

71. Cycle de la sécurité juridique. Afin de montrer la gravité de l’atteinte qu’occasionne l’antinomie internationale à la sécurité juridique et à la prévisibilité du Droit, il convient de s’arrêter sur le fondement de celles-ci. Ainsi qu’on le précisera dans un instant, l’expression « sécurité juridique » est le plus souvent employée pour désigner les effets bénéfiques résultant de la prévisibilité du Droit mais elle est à même d’embrasser une réalité plus vaste et sera dès lors préférée ici comme appellation générale. Il semble bien en effet que la sécurité juridique est susceptible d’être appréciée à des moments distincts suivant le « cycle de développement » d’une relation interindividuelle²⁹¹. Celle-ci prend naissance, se déroule, au besoin se judiciarise et s’éteint. Aussi peut-on distinguer une sécurité juridique antérieure à la naissance de la relation (1), une sécurité juridique postérieure à la naissance de la relation mais antérieure à sa judiciarisation, c’est-à-dire à la saisine du juge (2) et une sécurité juridique postérieure à la décision judiciaire rendue à la suite d’une telle saisine (3).

1. Sécurité juridique antérieure à la naissance d’une relation juridique

72. Relation « en acte » et relation « en puissance ». Dès sa naissance et jusqu’à son extinction, on peut dire que la relation juridique est *en acte* ; avant sa naissance, elle est encore *en puissance*. Dans la mesure où elle est réductible à un ensemble de *droits* (ou autres prérogatives) et d’*obligations* (devoirs ou charges), ceux-ci sont également, pendant ce temps, en puissance. Or, ce que la sécurité juridique requiert en premier lieu est qu’il soit permis aux justiciables de prévoir les conditions de *naissance* et la *teneur*, c’est-à-dire les *effets juridiques*, sous forme de droits et obligations, des relations qu’ils sont susceptibles d’établir à *l’avenir*. C’est en référence à ce climat de prospection – à ce stade qu’on pourrait dénommer « prénatal » ou de la « prénaissance » d’une relation

²⁸⁹ *Supra*, n° 68.

²⁹⁰ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 2.

²⁹¹ L’expression est empruntée à P. Roubier, *Le droit transitoire (Conflit de lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, 1960, p. 183 (« cycle de développement d’une situation juridique »).

juridique – que le terme *prévisibilité du Droit* prend toute sa signification. Afin d'en saisir la rationalité, il convient de s'arrêter brièvement sur l'incidence que déploient sur la constitution et la teneur des rapports de droit les *manifestations de volonté* ou les *actes ou faits volontaires* des personnes privées (a). La prévisibilité du Droit est en effet recherchée à ce stade pour habilitier les justiciables à exercer à bon escient la liberté que l'ordre juridique entend leur garantir de s'engager ou non dans des actes ou activités déployant une incidence sur leur sphère juridique (b). Il apparaîtra alors que l'antinomie fait obstacle à un tel fonctionnement des volontés individuelles (c).

- a) Rôle de la volonté individuelle lors de la création et de la détermination de la teneur des relations juridiques

73. Volonté et création d'une relation juridique. La *volonté* ou les *actes ou faits volontaires* d'au moins une personne figurent toujours parmi les éléments dont dépend la réalisation du présupposé d'une règle de droit qui fixe les conditions, matérielles et formelles, de naissance d'une relation juridique. Sous cet angle, une telle création est *disponible* pour le sujet ou les sujets de la manifestation de volonté, ou de l'acte ou fait volontaire duquel ou desquels elle dépend, peu important le caractère *impératif*, sur lequel on reviendra, des règles ou d'une partie des règles qui gouvernent les *effets* de la relation ainsi constituée.

Bien des relations juridiques se nouent du fait de la manifestation de volonté de *deux sujets*, de la « rencontre » de leur volonté concordante : l'on songe aux contrats dits « consensuels ». En forment une sous-catégorie les relations qui tirent leur origine de la manifestation de volonté de deux personnes jointe à la réalisation par elles-mêmes et parfois par d'autres sujets qu'elles sollicitent, notamment des autorités publiques, de certains actes ou activités : l'on songe aux contrats dits « formels », passés devant un notaire par exemple, ou à la relation conjugale naissant de la célébration du mariage ou à celle découlant du divorce prononcé sur requête conjointe des époux. D'autres situations juridiques prennent leur source à la manifestation de volonté *unilatérale* d'un sujet, doublée parfois d'autres conditions, actes d'autorité ou faits matériels ou naturels : ainsi du divorce prononcé à la demande d'un seul époux, ou des relations naissant de l'ouverture d'une succession testamentaire, ou du rapport qui s'instaure entre l'enfant et la personne qui l'a reconnu comme son fils ou l'a adopté ou dont la paternité est constatée judiciairement. D'autres situations juridiques encore tirent leur origine d'une action ou omission ou d'une activité matérielle réalisée *volontairement* par une *seule* personne ou, en tout cas, *contrôlée* ou *contrôlable* par elle : ainsi, le plus souvent, de celles qui résultent d'un acte illicite²⁹².

²⁹² La volonté ou les actes volontaires de l'autre particulier n'ont, dans cette dernière catégorie de relations, pas d'influence directe quant à la naissance de celles-ci. L'époux défendeur dans une procédure de divorce n'a pas souhaité la dissolution du mariage ni les conséquences y relatives ; la relation parent-enfant résultant de l'exercice victorieux d'une action en recherche de paternité se

74. Volonté et teneur d’une relation juridique. Il existe des situations juridiques à l’égard desquelles la volonté privée joue un rôle tout aussi important quant à leur *création* que quant à leurs *effets*. Il peut s’agir ici de nouveau de la volonté des *deux* parties. C’est ainsi le plus souvent le cas des *contrats*, encore que l’emprise de la volonté bilatérale sur leur contenu – c’est-à-dire la mesure de la part respective des règles dites *dispositives* ou *supplétives* et des règles dites *impératives* – soit variable selon les types de contrats et bien sûr selon les législations applicables. Il peut s’agir aussi de la *seule* partie dont dépend la création d’un ensemble de droits et obligations : ainsi du testament, encore que là aussi, bien sûr, les limites que rencontre la volonté du *de cuius* soient fort différenciées selon les ordres juridiques. Dans d’autres cas, la volonté privée, si elle est décisive quant à la création de la relation, joue un rôle plus faible quant à l’aménagement des *effets* qu’elle produit²⁹³ : ce sont, dit-on, des matières où les droits sont *indisponibles* pour les parties et les règles qui les accordent largement *impératives*.

N’oublions cependant pas que la règle impérative n’est pour l’essentiel mise en œuvre que si la partie qu’elle favorise *veut* en profiter, c’est-à-dire en substance veut exercer le droit subjectif et les autres prérogatives qu’elle lui accorde. Comme nous l’avons souligné²⁹⁴, l’exercice d’un droit, encore que déduit de règles dites impératives, n’est pratiquement jamais lui-même impératif, au sens d’*imposé* au titulaire, mais il est remis à son bon vouloir. Autrement dit, la mise en œuvre d’une règle à laquelle la volonté des parties ne peut déroger dépend en général à son tour de l’initiative, et par là de la volonté, de l’une d’elles. C’est l’observation d’un rapport interindividuel à travers son cycle de développement qui révèle le sens de l’impérativité : dans la phase antérieure à sa naissance, ou plus exactement à la réunion des conditions auxquelles est subordonné l’exercice des prérogatives qu’elle vise à accorder au bénéficiaire, la volonté que celui-ci aura exprimé de renoncer à de telles prérogatives ne le lie pas, c’est-à-dire que, si la relation en vient à se constituer et de telles conditions à se réunir, la règle autorise cette partie à substituer à sa volonté originelle une volonté ultérieure et c’est cette seconde manifestation de volonté qui l’emporte pour le Droit. Aussi longtemps qu’elle continue de vouloir ce qu’elle a voulu antérieurement, le Droit ne se mobilise pas pour l’en empêcher ; souvent, et notamment lorsque la règle impérative accorde un droit de créance ou que le résultat direct ou indirect de sa mise en œuvre est l’octroi d’un tel droit, dès l’instant où celui-ci peut être exercé, l’ordre juridique se plie à la volonté manifestée par le bénéficiaire d’y renoncer définitivement. Une règle impérative l’est souvent avant la naissance de la relation ou, en tout cas,

constitue indépendamment de la volonté du père ; c’est malgré elle que la victime d’un acte illicite s’est trouvée partie à la relation juridique qui résulte d’un tel acte.

²⁹³ Cf. distinction proposée par P. Roubier, *Droits subjectifs*, p. 64 s.

²⁹⁴ *Supra*, n° 44-45.

aussi longtemps que les conditions de la protection qu'elle accorde ne sont pas toutes réunies. Elle se « désimpérativise » lorsqu'elles le sont²⁹⁵.

b) Fonction facilitatrice du Droit avant la naissance d'une relation juridique

75. Liberté et son exercice en connaissance de cause. Dans la mesure où le Droit fait dépendre la création et la teneur d'un rapport de droit de la volonté ou du fait volontaire d'un ou plusieurs sujets, l'intérêt qu'ont ceux-ci à connaître, dans la phase antérieure à la naissance, quelles sont les conditions matérielles et formelles d'établissement régulier de celle-ci, quelle est la liberté pour eux d'en déterminer les effets, quels sont les effets qui résulteront suppléativement en cas de non exercice d'une telle liberté et ceux qui s'imposeront impérativement à eux au sens indiqué plus haut, est évident. À ce stade, le Droit entend donner aux justiciables le pouvoir de créer un faisceau de droits et d'obligations *s'ils le souhaitent*. Pour remplir la mission qui est la sienne, le Droit doit dans la mesure du possible leur permettre de savoir qu'il leur ouvre un tel pouvoir, quelles en sont les conditions d'exercice et quels sont les droits et obligations dont est générateur un tel exercice²⁹⁶. Ainsi, avant d'établir un acte de type *bilatéral* – contrat commercial, contrat de mariage –, les parties hypothétiques à un tel acte doivent être à même de prévoir les conditions, de forme et de substance, auxquelles elles doivent satisfaire pour l'établir valablement et aussi de prévoir quelles conséquences se produiront dans leur sphère juridique dans l'hypothèse où elles choisiraient de l'établir, y compris l'étendue de la liberté de déterminer elles-mêmes ces conséquences. S'agissant de son testament, le *de cuius* est, pour que les règles pertinentes fonctionnent correctement, censé savoir, avant de disposer de ses biens, quelle est l'étendue de sa liberté et par quel type de disposition il peut en tirer profit. Dans le domaine de la responsabilité civile, un sujet qui souhaite s'adonner à une certaine activité devrait être à même de se rendre compte, avant de la réaliser, si elle lui est permise ou défendue et de prévoir, dans ce dernier cas, dans la mesure du possible, quelles seraient les conséquences juridiques de sa réalisation.

Si l'on conçoit, à cet instant déjà, la fonction de la règle de droit comme consistant à *diriger* les comportements des personnes privées, il faut préciser

²⁹⁵ Le contractant dont le consentement était vicié peut ne pas vouloir exercer le droit que lui reconnaît une règle impérative d'obtenir l'annulation du contrat et insister en revanche pour son exécution. S'il est entaché de nullité absolue, le contrat peut néanmoins être mis en œuvre spontanément par les parties et il se peut qu'aucune d'elles ne désire par la suite remettre en cause l'état de fait qu'a généré une telle exécution. Si le testament lèse les droits du réservataire qui, avant l'ouverture de la succession, avait manifesté la volonté d'y renoncer, de manière inefficace parce que contraire à la règle par hypothèse impérative qui lui accorde la réserve, le réservataire peut en général, après l'ouverture de la succession, confirmer une telle volonté de renoncer à la part qui lui revient (auquel cas le Droit s'y rallie définitivement) et en tout cas, il pourra toujours négliger de la réclamer du détenteur des biens. V. *supra*, n° 44-45.

²⁹⁶ Cf. J. Héron, *Principes de droit transitoire*, Paris, 1996, p. 120 s.

en quel sens elle les dirige. La règle de droit *renseigne* ici les justiciables sur ce qu’ils peuvent vouloir, à quelles conditions et avec quels effets, et elle présuppose, à ce stade, leur liberté. En les *encourageant* à réaliser les objectifs de leur choix, le Droit remplit une *fonction facilitatrice*, sinon incitative, de leur vie juridique²⁹⁷. Le caractère *hypothétique*, si souvent souligné, de la règle de droit, qui serait du type : « si A alors B », prend alors toute sa signification. Puisque B dépend de la volonté ou de l’activité volontaire de X et de Y (ou de X seulement), la règle peut être reformulée comme suit : « si X et Y (ou X seulement) veulent B, alors X et Y (ou X seulement) doivent faire en sorte que A se réalise », ou bien « si X et Y (ou X seulement) ne veulent pas B, alors X et Y (ou X seulement) doivent faire en sorte que A ne se réalise pas ». L’*impératif* que la règle adresse aux justiciables est, on le voit, lui-même *hypothétique*.

- c) La fonction facilitatrice du Droit international privé et sa mise en échec par le conflit international de lois

76. Dysfonctionnement des prévisions individuelles. Il n’y a, du moins *a priori*, pas de raison de croire que la mission du Droit propre au cadre « pré-natal » tel qu’on vient de le détailler change fondamentalement selon la dimension interne ou internationale de la relation juridique potentielle au sens ici retenu. Aussi bien, la fonction facilitatrice du Droit privé sur le plan international – ce qu’on pourrait appeler la *fonction facilitatrice du Droit international privé* – consiste à créer les conditions pour que les justiciables soient encouragés à donner naissance aux relations transfrontières s’ils les estiment conformes à leurs projets, ce qui suppose qu’avant de s’y engager, ils soient à même d’en anticiper les conditions d’établissement régulier et les effets. Or la réussite d’une telle mission est précisément menacée par le conflit international de lois.

Supposons une relation internationale AB encore en puissance et dont la création dépend de la manifestation de volonté des deux sujets, X et Y. Possé-

²⁹⁷ F. Garcimartín Alférez, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, Vitória / Gásteiz, 2001, p. 33 : « [e]l Estado asigna a cada individuo el poder para tomar esas decisiones, pero las decisiones las toman, básicamente, los individuos... nos guste o no, eso [= facilitar la toma individual de decisiones] es inherente a la propia existencia del Derecho privado » ; c’est ainsi que l’auteur évoque la « *función facilitadora* » du droit privé ; J. Raz, *The Authority of Law*, p. 169, pour qui les règles de droit privé « form patterns of legal relations into which individuals enter of their own free will if and when they consider it will serve their ends or be to the good of somebody with whose well-being they are concerned » ; P. Cane, « Corrective Justice and Correlativity in Private Law », p. 475 : « facilitative rules of private law establish a framework within which productive activities may be conducted with security and predictability » ; P.S. Atiyah, « Justice and Predictability in the Common Law », 15 *U.N.S.W.L.J.* 448 (1992), p. 450 : « there are, we must never forget, huge bodies of law which are designed to assist the citizen in making future plans and carrying them out ». Cf. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 412, à propos de ce qu’il appelle la « notion en quelque sorte dynamique de la justice », qui pour lui « ne consiste pas simplement... à garantir chacun dans ce qu’il possède » mais à « *inciter* le sujet à l’action, en lui garantissant son fruit », « ce développement des virtualités du sujet ne p[ouvant] être considéré que comme son bien » ; v. ég. p. 422 où, à propos de la sécurité du Droit, l’auteur observe que celle-ci « contribu[e] beaucoup plus à *faciliter* l’établissement, le développement et donc la multiplication des relations sociales ».

dant des contacts étroits avec les États A et B, X et Y en sont encore au temps où ils s’interrogent sur l’utilité pour eux d’y donner naissance. Les États A et B prétendent par hypothèse appliquer leurs lois A et B à la fois aux conditions, matérielles et formelles, d’établissement de la relation et aux effets de celle-ci, y compris à l’étendue de la liberté de X et Y de déterminer ces effets comme ils le désirent. X et Y sont condamnés à ignorer quelle est la loi qu’ils doivent prendre pour base de leurs prévisions, c’est-à-dire quelles sont les conditions qu’ils doivent remplir pour donner naissance à la relation, quelle est la liberté dont ils disposent d’en aménager le contenu et, en général, quels sont les effets qu’elle induit dans leur sphère juridique. Notons que X et Y ne peuvent le plus souvent pas à ce stade saisir un juge pour dissiper un tel doute : l’accès aux tribunaux est en général interdit au stade antérieur à la naissance, à défaut d’intérêt à agir suffisant²⁹⁸.

Aussi bien, la fonction facilitatrice du Droit, consistant à ouvrir aux justiciables une prévision raisonnable des conséquences juridiques de leurs actes et les habiliter à décider en connaissance de cause s’ils veulent les réaliser ou non et d’exercer le cas échéant la liberté de façonner leurs effets, est, dans la mesure de la diversité des deux lois se voulant applicables, A et B, tenue en échec. Ayant sa cause dans l’internationalité du rapport projeté, l’imprévisibilité du Droit a pour conséquence de *décourager* les activités transfrontières impliquant les ordres socio-économiques des deux États, résultat en principe opposé à celui auquel est asservie la fonction facilitatrice du Droit international privé. Lorsqu’ils se projettent dans la relation et constatent l’imprévisibilité que provoque son insertion dans les milieux de deux États et la volonté consécutive de l’un et l’autre de leur prescrire l’observation de sa loi, les intéressés potentiels peuvent préférer, dans la mesure où le caractère international repose lui aussi, comme souvent, sur un fait ou un acte dont ils ont la maîtrise, exclure un tel caractère et par exemple se replier sur une relation juridique (contrat, succession, mariage) interne. Observée au stade de la « prénaissance » d’une relation juridique, l’imprévisibilité du Droit que provoque une antinomie peut induire une fuite de l’international, source d’incertitude, vers l’interne, garantie de certitude²⁹⁹.

²⁹⁸ Deux contractants potentiels ne peuvent en général pas saisir un juge pour savoir quelle loi sera appliquée au cas où ils devaient décider de conclure effectivement le contrat ; le titulaire du patrimoine ne peut en général pas, avant de tester, demander à un juge de préciser quelle loi déterminera l’étendue de sa liberté testamentaire ; celui qui souhaite s’adonner à une activité ne peut en général pas mobiliser la justice pour savoir si elle sera licite ou non. Le seul moyen de dissiper une telle incertitude consiste, pour les particuliers, à entreprendre de donner naissance à la relation internationale AB et à saisir tout de suite après un juge pour être fixés sur la loi qui est applicable aux conditions et aux effets. Encore faut-il qu’elles puissent le faire : ainsi qu’on le remarquera (*infra*, n° 76), un *de cuius* qui a fait testament ne peut le plus souvent pas agir en justice pour déterminer dans quelle mesure il est valable, l’accès aux tribunaux n’étant autorisé qu’à partir de l’ouverture de la succession, c’est-à-dire à toute autre personne intéressée sauf à lui-même.

²⁹⁹ Sur ce que l’incertitude au sujet de la loi applicable est un « impediment... to international transaction », v. R. Yezerksi, « Renvoi Rejected ? », p. 290 ; sur ce que le « conflit de législations... contradictoires » conduit à la « paralysie », v. H. Muir Watt, « Aspects économiques du droit inter-

Du fait qu’elles déclarent l’une et l’autre applicables leurs lois à la succession d’Anthony Denney, l’Espagne et l’Angleterre condamnent celui-ci, et ce à rebours de la mission que l’une et l’autre s’accordent pour assigner aux règles sur la succession testamentaire, à ignorer le cadre juridique qu’il est censé prendre pour base de ses prévisions et lui interdisent de ce fait d’organiser sa succession en connaissance de cause³⁰⁰. Notre *de cujus* ne pourra pas s’ajuster ni aux consignes et aux facilités de la loi espagnole, ni à celles de la loi anglaise. Le conflit international de lois affectant sa succession n’étant par hypothèse tranché qu’après son décès, par la saisine du juge, soit espagnol soit anglais, saisine sur laquelle il n’exerce aucune influence, Anthony Denney hésitera à établir un fidéicomis, autorisé par la loi espagnole et interdit par la loi anglaise, tout autant qu’à exclure la vocation héréditaire des enfants, exhérédation autorisée par la loi anglaise mais interdite par loi espagnole. Puisque la source de cette incertitude est le conflit international de lois qui, lui, découle de l’internationalité de sa succession, et plus particulièrement le fait que, citoyen britannique, il soit domicilié en Espagne et y possède des biens, Anthony Denney pourra être tenté, afin d’exorciser une telle incertitude, afin de bénéficier d’un cadre juridique raisonnablement certain, de n’acquérir en Espagne qu’une résidence qui n’est pas de nature à lui faire perdre son domicile en Angleterre, voire de se résoudre à renoncer purement et simplement à tout lien avec l’Espagne.

2. *Sécurité juridique postérieure à la naissance de la relation mais antérieure à la judiciarisation de celle-ci*

77. Relation juridique née. On peut objecter que les justiciables agissent bien souvent sans songer exactement à la portée juridique de leurs conduites ou qu’ils s’accommodent d’une connaissance sommaire des effets que celles-ci produisent ou risquent de produire dans leur sphère juridique : on se marie sans s’interroger sur le détail des multiples effets qui s’attachent au lien conjugal, on conclut un contrat sans se renseigner à l’avance sur toutes les conséquences qui peuvent en résulter, on fait testament sans chercher à savoir quelle est l’étendue exacte de la liberté de le faire et parfois sans même se demander quelles sont les formalités requises pour la validité du document le recueillant. On peut également remarquer qu’il est parfois impossible de prédire, avant qu’elle ne soit établie et qu’elle n’ait progressé dans son développement, comment la relation juridique évoluera car elle peut évoluer en mille directions en fonction d’une multitude de facteurs, imprévisibles au moment de sa constitution. Voilà qui est de nature, peut-on penser, à relativiser l’importance de la prévisibilité du Droit au stade antérieur à la naissance de la relation juridique.

national privé », *Rec. cours*, 2004, t. 307, p. 303 ; v. ég. F. Garcimartín Alférez, *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, p. 34 s.

³⁰⁰ Pour P.S. Atiyah, « Justice and Predictability in the Common Law », p. 450, « A law of wills which did not make it easy to predict what would be treated as a valid will, for instance, would be worse than useless ».

De telles observations appelleraient un grand nombre de nuances. Nous nous dispensons de nous y attarder car elles ne remettent en tout cas pas en cause l'importance de la prévisibilité du Droit à l'instant où le *fait constitutif* de la relation juridique s'est réalisé, la *puissance* s'est muée en *acte*, la relation juridique, jusque-là *hypothétique*, est enfin devenue *actuelle* (ou prétendue telle par un des intéressés) et qu'il s'agit de la mettre en œuvre, c'est-à-dire, en simplifiant un peu, d'exercer les droits subjectifs et s'acquitter des obligations qui la nourrissent. C'est à identifier le rôle de la prévisibilité du Droit, ici plus convenablement dénommée *sécurité juridique*, entre le moment de la naissance de la relation et jusqu'à celui de sa judiciarisation éventuelle, qu'il convient désormais de s'attacher (a). En poursuivant une telle sécurité, l'ordre juridique vise à épargner aux justiciables la nécessité de se faire un procès afin de connaître leurs droits et obligations et donner exécution spontanée à la relation ainsi née (b). Lorsqu'elle est résolue par la saisine d'un juge, l'antinomie internationale est en revanche source pour eux d'une insécurité juridique caractérisée, laquelle est de nature à faire obstacle à une telle mise en œuvre précontentieuse (c).

a) De la prévisibilité du Droit à la sécurité juridique

78. De la prospection à la rétrospection. Lorsqu'un contrat a été (prétendument) conclu, une succession testamentaire s'est (prétendument) ouverte, un acte (prétendument) illicite a été commis, il s'agit pour les individus désormais parties à la (prétendue) relation juridique, d'en rechercher, d'en découvrir la teneur telle que leurs actes ou faits (ou dans le cas de la succession, ceux de leurs prédécesseurs) l'ont façonnée au passé. On emploie parfois là aussi l'expression « prévisibilité du Droit » mais l'heure est moins à la prospection qu'à la rétrospection³⁰¹, encore qu'une telle expression puisse se référer à la teneur de la *décision* que rendrait un juge s'il était saisi de la question, à la prévisibilité du contenu de la norme individuelle d'origine judiciaire. L'« hypothèse » n'est en tout cas plus *hypothétique* ; ce qui l'est, ce qui est encore *virtuel*, c'est l'ouverture d'un procès – qui peut enfin être engagé car la condition de l'intérêt à agir est en général remplie – et, justement, la décision qui serait rendue s'il l'était effectivement³⁰².

Or, s'ils désirent mettre en œuvre spontanément la relation juridique qu'ils ont nouée, les intéressés doivent de toute évidence savoir qu'elle s'est constituée et en connaître le contenu, et donc pouvoir identifier et établir la teneur des règles de droit qui fixent les conditions d'établissement régulier et les effets de la relation : on ne peut pas exercer un droit subjectif ou s'acquitter d'une obligation si l'on ignore qu'ils existent ou quelle en est la nature ou la

³⁰¹ C'est ce à quoi, nous semble-t-il, se réfère F. Canelutti, « Certezza del diritto », *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 81 s. (repr. in *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, 1953) lorsqu'il signale que « il sapere non è soltanto un *veder prima* », mais aussi « un *veder dopo* » (mise en italique dans l'original).

³⁰² Cf. L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, p. 358.

portée³⁰³. La fonction de « direction » de la règle de droit en est transformée. La loi n’adresse plus au justiciable un impératif *hypothétique* du type : « si tu veux que B se produise, tu dois faire en sorte qu’A se produise », c’est-à-dire un impératif dépendant de la volonté ou de l’acte volontaire de la personne à qui il s’adresse. L’impératif n’est pas pour autant *inconditionnel*, il est subordonné à une condition qui ne dépend plus de la volonté du destinataire mais, bien souvent, de celle du bénéficiaire du comportement commandé, c’est-à-dire du titulaire du droit subjectif que le comportement commandé vise à satisfaire³⁰⁴.

Alors même qu’Overseas et Mme Neilson, avant que le sinistre ne se produise, ne se seraient point interrogées sur les conséquences éventuelles qu’il déplorait s’il devait se produire, elles sont fondées à s’en enquérir une fois qu’il s’est produit. Après ce moment, elles doivent en effet être mises à même de savoir quels sont les droits subjectifs et les obligations que le fait dommageable a induits dans leur sphère juridique afin, respectivement, de les exercer et de s’en acquitter. Ainsi également, dans l’affaire *Denney*, à supposer même que le *de cujus* ait fait testament sans se soucier de savoir quel cadre juridique en détermine la validité et les effets, une fois qu’il en vient à décéder et que s’ouvre sa succession, l’épouse survivante doit savoir si et dans quelle mesure le legs universel que son mari a fait à son profit est valable, et les enfants s’ils peuvent réclamer d’elle qu’elle leur livre une quote-part des biens successoraux et de quelle étendue.

- b) Objectif recherché par la sécurité juridique préjudiciaire : épargner aux justiciables la nécessité d’un procès pour connaître la règle de droit

79. Saisine virtuelle et saisine effective. Lorsque la teneur d’une relation juridique est suffisamment limpide, c’est-à-dire lorsque les règles de droit pertinentes et le résultat de leur mise en œuvre sont raisonnablement connus, et plus exactement connaissables, à l’avance, les parties peuvent faire l’économie de la judiciarisation. Elles tiennent, dans ces hypothèses, la connaissance de leurs droits et obligations immédiatement des règles générales et abstraites. C’est d’ailleurs cette abstraction qui rend possible une telle connaissance préjudiciaire³⁰⁵. L’exécution de la relation par les intéressés peut ici être spon-

³⁰³ E. Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basel, 1921, p. 347 : « die Rechtsverwirklichung durch die selbsttätige Befolgung der rechtlichen Ordnung... hat die Voraussetzung, dass die Beteiligten sich ihrer Rechte und Pflichten bewusst sind » ; B. Ancel, « Le principe de bonne foi et les conflits de lois », *Homenaje J. González Campos*, Madrid, 2005, p. 1217 : « la règle de droit ne peut contribuer à un tel projet de société que si elle est obéie et, pour cela, il faut qu’elle soit connue et donc d’abord connaissable par ceux à qui elle s’adresse ; il faut qu’au moment et dans l’espace social où le sujet situe son action, le modèle soit disponible » ; D. Laycock, « Equal Citizens of Equal and Territorial States : The Constitutional Foundations of Choice of Law », 92 *Colum. L.R.* 249 (1992), p. 319 ; J.-M. Jacquet, *Principe d’autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983, p. 219-220. Si le titulaire d’un droit subjectif n’est pas obligé de l’exercer (*supra*, n° 44-45), il faut bien qu’une telle abstention soit le fruit d’un choix, sinon raisonné, du moins libre et conscient, et non de l’ignorance de son existence.

³⁰⁴ V. *supra*, n° 45.

³⁰⁵ F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, p. 161.

tanée³⁰⁶. « En état de grâce » puisqu'ils savent comment ils peuvent ou doivent se conduire pour « être en règle »³⁰⁷, ils sont à même d'organiser leur vie juridique à l'aune de cette assurance, et notamment de nouer d'autres relations trouvant dans les premières leur impulsion ou leur soubassement³⁰⁸. Poursuivre la sécurité juridique signifie, pour un ordre juridique, assurer aux justiciables, à l'égard du plus grand nombre de relations qui en constituent la trame, la connaissance antérieure à toute judiciarisation, et indépendante de celle-ci, de la teneur des droits et obligations qui en découlent³⁰⁹. Aussi la sécurité juridique vise-t-elle à *décourager la saisine effective* des tribunaux en faisant en sorte que la façon dont ils trancheraient la question s'ils en étaient saisis soit suffisamment déterminable à l'avance, ce qui rend une telle saisine effective inutile³¹⁰.

Ce n'est bien sûr pas pour autant que le rôle du juge en est dévalorisé. Il est essentiel, mais suffisant, que celui-ci « existe à l'état latent ou virtuel »³¹¹. Il est banal de rappeler la nécessité – postulée par l'expression « connaissance préjudiciaire » – qu'un juge soit *potentiellement* prêt à *sanctionner* le contenu, par hypothèse suffisamment prévisible, de la relation juridique et que la décision judiciaire soit réalisable moyennant l'emploi, lui aussi *potentiel*, de la contrainte³¹². Ce sont donc à la fois la connaissance préjudiciaire du contenu de la

³⁰⁶ Pour H. Henkel, *Einführung in die Rechtssphilosophie*, p. 438, « es ist auch ohne weiteres einleuchtend, dass Rechtssicherheit... am meisten die freiwillige Befolgung der Rechtsnormen fördert » ; v. aussi O.A. Germann, « Rechtssicherheit », p. 258, pour qui « Voraussehbarkeit und Eindeutigkeit dienen vor allem der freiwilligen Rechtsverwirklichung ».

³⁰⁷ G. Ripert, *Le déclin du droit*, p. 155.

³⁰⁸ Une relation interindividuelle s'appuie souvent sur des relations préexistantes et est à son tour appelée à participer à la génération de relations nouvelles (cf. B. Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1975, p. 165) ; une solidarité et une interdépendance s'installent entre elles, comme entre les maillons d'une chaîne, au point que la stabilité ou l'instabilité d'une d'elles se propagent souvent aux autres.

³⁰⁹ Pour B. Audit, « Le droit international privé en quête d'universalité », p. 330, l'inconvénient de l'imprévisibilité du droit est que les parties sont obligées de « se faire un procès » pour connaître la règle à laquelle elle doivent obéissance. V. é.g., J. Greene, « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », 26 *Fed. L. Rev.* 349 (1998), p. 367, note 81 : « Certainty and predictability... allow people (not yet parties) to plan their activities so that perhaps disputes are avoided in the first place, and, once a dispute does arise, certainty as to applicable law would mean that choice of law need not be litigated ». Sur ce que l'insécurité du droit est à combattre en tant que « facteur de litigiosité », v. N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, point 2.2.

³¹⁰ Car, pour reprendre P.S. Atiyah, « Justice and Predictability in the Common Law », p. 450, « there is not usually much point in throwing away legal costs by fighting a case, whether as plaintiff or as defendant, if you know from the outset that you are bound to lose ».

³¹¹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 32.

³¹² *Supra*, n° 62 s. De façon tout à fait explicite, v. A. von Arnald, *Rechtssicherheit*, Tübingen, 2006, p. 367 : « Recht ist nur dann... sicher, wenn es auch durchgesetzt wird und vom Einzelnen durchgesetzt werden kann » ; sur ce que l'« impossibilità di esecuzione » est une manifestation de l'insécurité du droit, v. S. Lener, « La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa », *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, p. 373 ; v. aussi M. Rümelin, *Die Rechtssicherheit*, Tübingen, 1924, p. 12 ; W. Herschel, « Rechtssicherheit und Rechtsklarheit », *JZ*, 1967, p. 727 ; H. Wiedemann, « Rechtssicherheit – ein absoluter Wert ? », *Festschrift K. Larenz*, München, 1973, p. 204.

relation juridique – *Orientierungssicherheit* – et la conscience de la *possibilité* du recours au juge puis aux organes de contrainte pour mettre en œuvre une telle relation – *Realisierungssicherheit* – qui en encouragent la mise en œuvre *spontanée*, extrajudiciaire³¹³. Aussi bien, la simple potentialité d’un tel recours déploie une incidence *directe* et *immédiate* – c’est-à-dire sans l’intermédiaire d’une procédure judiciaire *effective* – sur les conduites des justiciables. C’est la *sécurité juridique préjudiciaire* que vise au premier chef tout ordre juridique soucieux de la sécurité de son droit. L’expression « sécurité juridique », dénuée de tout attribut, lui est le plus souvent réservée dans le discours conventionnel³¹⁴.

Dès lors qu’Overseas est à même de savoir avec une certitude suffisante qu’elle est tenue de réparer le préjudice subi par Mme Neilson, ce qui suppose qu’elle soit à même de savoir que la loi australienne – et non la loi chinoise – est applicable au fait dommageable, il y a de fortes chances qu’Overseas verse spontanément à Mme Neilson la somme réclamée par celle-ci sans attendre d’être assignée en justice. Inversement, si Mme Neilson sait qu’elle n’a pas le droit à réparation, ce qui suppose qu’elle sache que la loi chinoise (et non la loi australienne) régit les conséquences du sinistre, il est probable qu’elle renoncera à former à l’encontre de Overseas une demande judiciaire en dommages-intérêts dont elle peut anticiper qu’elle sera rejetée. Semblablement, si l’épouse d’Anthony Denney est consciente de l’obligation qui lui incombe de remettre aux enfants de feu son mari la moitié des biens dont elle a la possession, ce qui suppose qu’elle soit au courant de ce que le droit espagnol (et non le droit anglais) est applicable à la succession, elle le fera en général sans attendre l’engagement d’une procédure à son encontre dont elle sait qu’elle sortira perdante. Dans toutes ces situations, le procès peut demeurer « à l’état latent ou virtuel » et la décision de justice hypothétique, la relation procédurale n’ayant, du point de vue de la sécurité, pas besoin de se nouer effectivement.

- c) Insécurité juridique préjudiciaire découlant de l’antinomie internationale et nécessité d’une saisine

80. De la saisine virtuelle à la saisine effective. S’agissant d’une relation internationale et dès lors que les deux communautés étatiques au sein desquelles elle est intégrée, A et B, prétendent chacune, pendant tout le temps où la relation évolue en dehors des prétoires, la régir par ses lois et estimer légitime la prétention avancée par la personne privée qui s’en réclame, la sécurité juridique n’est, dans la mesure de la diversité des lois des deux États – entendre : de la diversité du résultat *concret* découlant de la mise en œuvre des deux lois

³¹³ Pour cette distinction, v. H. Henkel, *Einführung in die Rechtssphilosophie*, p. 441. Cf. également la distinction proposée par O.A. Germann, « Rechtssicherheit », p. 264, entre « Sicherheit des Rechtsinhalts und Sicherheits der Rechtsgeltung » (mise en italique en original). Rapp. G. Ripert, *Le déclin du droit*, p. 155.

³¹⁴ Cf. L. D’Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, p. 358 : « La sécurité juridique internationale impose en principe que le judiciaire suive le juridique ; et non pas, inversement, que les situations juridiques soient systématiquement précaires parce qu’en attente d’une intervention judiciaire au contenu imprévisible ».

dans la sphère juridique des intéressés – pas dispensée à ceux-ci. Lesquels au contraire, à tout instant antérieur à la saisine d'un juge – de l'État A ou de l'État B –, sont condamnés à ignorer quelle est la loi qui régit l'existence et le cas échéant la nature et la portée des droits et des obligations que la relation a fait (ou n'a pas fait) naître, c'est-à-dire quelle est la prétention privée légitime. Autant dire qu'ils sont dans l'impossibilité de s'acquitter spontanément de leurs obligations ou d'exercer leurs droits subjectifs car ils sont fondés à ignorer quels sont ces droits et ces obligations, les deux lois qui se veulent applicables consacrant par hypothèse des couples de droits et obligations (ou d'absence de droit et d'absence d'obligation) incompatibles³¹⁵.

Il paraît possible d'affirmer que, lorsqu'il est susceptible d'être résolu par la saisine effective d'un juge, le conflit international de lois aboutit à *encourager une telle saisine effective*, qui est ici par hypothèse le seul moyen de faire disparaître une telle antinomie en redonnant certitude aux parties. On évolue là aux antipodes de la sécurité juridique observée au stade « postnatal », dont le but est, on l'a vu, de *décourager une telle saisine effective* en favorisant la permanence du caractère hypothétique tout autant de la judiciarisation que de la décision de justice qui en résulte.

Aussi longtemps que l'État chinois et l'État australien insistent l'un et l'autre pour appliquer leurs lois aux conséquences de l'accident qui s'est produit entre Overseas et Mme Neilson, ces dernières sont plongées dans l'ignorance quant à la loi qu'elles doivent observer, c'est-à-dire à la teneur des droits et obligations découlant du sinistre, et ne peuvent dès lors pas mettre en œuvre spontanément une telle relation : Overseas est tout aussi fondée à ne pas verser la somme réclamée par Mme Neilson que celle-ci l'est de la réclamer à celle-là. Ainsi de même, pendant tout le temps où l'Espagne et l'Angleterre déclarent l'une et l'autre applicables leurs lois à la succession d'Anthony Denney, l'épouse et les enfants du *de cuius* sont voués à ignorer quelles conséquences l'ouverture de la succession a induites dans leur sphère juridique. Dans un cas comme dans l'autre, l'ouverture d'un procès ne pourra pas demeurer hypothétique, virtuelle. La saisine effective du juge – peu importe s'il soit chinois ou australien, britannique ou espagnol – a pour effet d'éliminer l'insécurité préjudiciaire que provoque aux parties l'antinomie ici envisagée.

³¹⁵ Il est assez largement admis que ce qu'on désigne sous le nom d'« harmonie de solutions » vise à conjurer l'insécurité qui résulte du défaut de cette harmonie. En ce sens p. ex. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 146 : « La poursuite d'une telle fin [l'harmonie] rejoint les aspirations habituelles du droit privé à la prévisibilité du droit et à sa certitude, génératrice de sécurité, pour les parties aussi bien que pour les tiers » ; K. Zweigert, « Die dritte Schule im internationalen Privatrecht », *Festschrift L. Raape*, Hamburg, 1948, pp. 51, pour qui l'idée de « prévisibilité » est consubstantielle (« innewohnt ») à celle de « Entscheidungsharmonie » ; cf. H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 500 : « Or, une telle uniformité des solutions... constitue... un des objectifs les plus certains du droit international privé, et particulièrement avantageux pour les parties, par la prévisibilité du droit qu'il assure » ; rapp. E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1181.

3. Sécurité juridique postérieure à la décision de justice

81. Sécurité découlant de la décision et sécurité découlant de la judiciarisation. Bien sûr, la saisine non plus *virtuelle* mais *réelle* d’un juge constitue parfois, même dans l’ordre interne, le seul moyen permettant aux justiciables de tirer au clair le contenu de la relation qui s’est nouée entre eux. C’est alors la décision prononcée par le juge qui leur apporte la certitude qu’ils recherchent. La sécurité « postjudiciaire » qui en résulte contribue à la sécurité juridique préjudiciaire de toute relation semblable qui s’établira à l’avenir (a). Ce schéma simple et universel s’en trouve perturbé lorsque le conflit international de lois, source d’insécurité préjudiciaire, est résolu par la saisine du juge (b).

a) Sécurité juridique apportée par la décision de justice

82. Incertitude objective du droit. La saisine effective du juge est nécessaire dans les situations marquées par ce qu’on pourrait qualifier d’« incertitude objective » du droit³¹⁶. Celle-ci tient par exemple à ce que les parties privées ignorent sans faute soit quelle est la disposition législative entre deux (ou plusieurs) dispositions leur paraissant avoir chacune une vocation raisonnable à s’appliquer, soit quel est le résultat de la mise en œuvre de la seule disposition incontestablement pertinente, deux (ou plusieurs) interprétations paraissant également envisageables et que ni la lettre de la loi ni aucun critère d’interprétation ne fournit de réponse définitive et que la jurisprudence ne s’est pas encore prononcée, ou que la jurisprudence du fond s’est prononcée de façon contradictoire (antinomie jurisprudentielle) et qu’il n’existe pas de décision de la cour chargée de l’unité du droit, ou que celle-ci a rendu des arrêts eux aussi contradictoires ou, à défaut de jurisprudence, que la doctrine entretient des opinions divergentes³¹⁷. Une bonne part des affaires qui remontent la hiérarchie judiciaire jusqu’à la cour suprême relève de ce type d’incertitude juridique objective.

Dans de tels cas de « doute réel »³¹⁸ et légitime, la *sécurité juridique (préjudiciaire)* n’est pas assurée aux justiciables. Tant que le législateur ou la jurisprudence n’auront pas tranché de façon non équivoque, ceux que l’incertitude n’aura pas empêchés de nouer effectivement une relation entre eux n’ont pour dissiper une telle incertitude, à défaut d’accepter un règlement non juridiction-

³¹⁶ E. Allorio, « La certezza del diritto dell’economia », *Riv. dir. econ.*, 1956, p. 1198.

³¹⁷ G. Conso, « La certezza del diritto : ieri, oggi, domani », *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 548. Sur ce que les revirements de jurisprudence « présentent pour principal défaut un risque d’atteinte à la sécurité juridique », v. X. Lagarde, « Brèves réflexions sur les revirements pour l’avenir », p. 78 et N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, 2005, p. 18-20. Sur ce que les « controversie dottrinali » constituent des « fatti che minacciano la certezza », G. Carcaterra, « Certezza, scienza, diritto », p. 381 ; en ce sens ég. P. Calamandrei, « La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina », *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341.

³¹⁸ F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, p. 120 (si bien que « les parties peuvent être toutes deux de bonne foi »).

nel, d’autre choix que de soumettre la question à un tribunal. La judiciarisation d’une relation juridique, dont nous avons insisté sur le fait qu’elle a lieu à l’initiative d’une des parties qui exerce par là son droit d’action³¹⁹, crée entre elles – nous l’avons déjà évoqué³²⁰ – un rapport de droit distinct : le rapport de droit procédural (*Prozessverhältnis*)³²¹. L’autonomie de celui-ci face à la relation substantielle n’empêche que la finalité naturelle du premier est de clarifier la teneur de la seconde. C’est ce qui explique pourquoi la relation procédurale implique une troisième partie, le juge, auquel incombe le devoir de trancher, sous peine de *déni de justice* qui est aussi et d’abord un *déni de sécurité*³²².

83. Sécurité juridique et chose jugée. À défaut de leur garantir en toute hypothèse la sécurité juridique *préjudiciaire*, l’ordre juridique, en leur accordant le droit d’accès au juge, confère aux particuliers impliqués dans une relation actuelle le droit d’obtenir la *sécurité juridique postjudiciaire*³²³. En fixant enfin avec précision les droits et les obligations substantiels ou l’absence de droits et d’obligations, les normes individuelles et concrètes que la décision consacre rétablissent au profit des justiciables la sécurité que ne leur ont par hypothèse pas dispensée les règles abstraites. Précisons qu’une telle sécurité n’intervient véritablement que lorsque la décision devient *définitive*. Les juristes romains ont rivalisé en hyperboles pour exalter l’inattaquabilité de la « chose jugée », dont les processualistes s’accordent à souligner le service irremplaçable qu’elle apporte à la sécurité juridique³²⁴. Le principe du *ne bis in idem* en est un corollaire décisif : dans la mesure où une nouvelle décision est susceptible de remettre en cause le contenu de la relation substantielle tel qu’il a déjà été consacré dans une décision définitive, les parties seraient replongées dans l’insécurité³²⁵ si bien que le procès qui y a abouti « n’aurait aucun sens »³²⁶. C’est pour

³¹⁹ *Supra*, n° 44.

³²⁰ *Supra*, n° 30.

³²¹ Selon l’intuition des auteurs allemands – spécialement d’O. von Bülow, *Die Lehre von den Prozessreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868 ; J. Kohler, *Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888 – recueillie et développée par les auteurs italiens : v. notamment E. Redenti, *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911, p. 19 et G. Chiovenda, *Principii*, p. 89. Pour un aperçu historique, F. Carnelutti, « Dei rapporti giuridici processuali », *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 349.

³²² G. Chiovenda, *Principii*, p. 92 ; W. Brehm, in Stein / Jonas, *ZPO – Kommentar*, p. 76.

³²³ W. Brehm, in Jonas / Stein, *ZPO – Kommentar*, p. 9, pour qui la « Aufgabe des Zivilprozessrechtes » consiste à « Rechtsgewissheit für die Parteien herzustellen » ; v. ég. A. von Arnould, *Rechtssicherheit*, p. 369 ; F. Carnelutti, « Dei rapporti giuridici processuali », p. 351.

³²⁴ *Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*.

³²⁵ Parce qu’elles seraient vouées à ignorer, même postjudiciairement, le contenu des relations qu’elles nouent : v. L. Rosenberg / K.H. Schwab / P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 915, qui évoquent la « unerträgliche Rechtsunsicherheit, die ohne die Rechtskraft herrschen würde » ; G. Chiovenda, *Principii*, p. 910-911, qui explique la « cosa giudicata » par l’objectif de « provvedere alla certezza della sfera giuridica dei litiganti » ; O.A. Germann, « Rechtssicherheit », p. 259, pour qui la chose jugée intervient « aus Rücksicht auf die Rechtssicherheit » et « die [la sécurité juridique] zu schaffen und zu wahren unentbehrliche Aufgabe des Rechts ist ». En ce sens en substance, A. Baumbach / W. Lauterbach / J. Albers / P. Hartmann, *Zivilprozessordnung*, 66. Aufl., München, 2007, p. 147 ; C. Puigelier, « Temps et création jurisprudentielle », *Arch. phil. dr.*, 2006, p. 95 s.

échapper à une pluralité de décisions que l’ordre juridique prescrit en général au juge saisi en deuxième lieu de se dessaisir moyennant ce qu’on appelle souvent la *litispandance*³²⁷. La sécurité postjudiciaire suppose bien sûr la possibilité de réaliser, moyennant la contrainte, les droits et les obligations que la décision consacre. L’*Orientierungssicherheit* n’est pas telle sans la *Realisierungssicherheit*. Ici de nouveau, c’est précisément la conscience qu’ils ont de l’éventualité d’une telle contrainte qui pousse les destinataires de l’immense majorité des décisions provoquées par des incertitudes du droit à y obéir bon gré mal gré. Si la saisine du juge du fond n’a ici pas pu rester à l’état latent ou virtuel, le recours à la *contrainte*, lui, peut le demeurer.

84. Fonction rétrospective et prospective de la décision de justice. La sécurité postjudiciaire revêt une valeur *inférieure* à celle que l’on attend de la sécurité préjudiciaire. Cela est d’abord le cas pour les parties qui l’ont sollicitée. Car pour aboutir à cette sécurité, elles auront dû passer par un procès dans lequel elles auront investi un temps et un argent qu’elles auraient épargnés si elles avaient bénéficié de la même sécurité avant le procès ; parce qu’également, pendant la durée de celui-ci, elles n’auront pas pu organiser librement leur vie juridique dépendant de la relation litigieuse ; parce qu’enfin, tout procès marque une rupture et, par la conflictualité qui s’y déploie, empêche le plus souvent les plaideurs d’engager entre eux d’autres relations à venir, ce qui va à l’encontre de la fonction facilitatrice du Droit³²⁸. Cela est bien sûr aussi le cas du point de vue de l’État, car pour assurer postjudiciairement la sécurité juridique, il a dû mobiliser des ressources qu’il aurait économisées en cas de sécurité préjudiciaire ; et parce qu’en général, l’insécurité préjudiciaire est le signe que l’objectif de favoriser la multiplication des relations sociales stables et fécondes a été manqué.

Mais la sécurité postjudiciaire qu’apporte la décision, notamment lorsqu’elle est rendue ou confirmée par l’instance chargée de l’application uniforme du droit, contribue à la sécurité juridique *préjudiciaire* de toute autre relation du même type susceptible de se créer à l’avenir. À côté de sa fonction *rétrospective* de rétablir la sécurité aux parties à la relation spécifique qui la provoque, une décision judiciaire remplit aussi une fonction *prospective*³²⁹. La

³²⁶ Pour A. Mendelssohn-Bartholdy, « Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches », *Festschrift F. Klein*, Wien, 1914, p. 154, « [e]s hat nie eine Prozessordnung gegeben, die den prozessbeendigenden Entscheidung Rechtskraftwirkung aberkannte » ; en ce sens ég. W. Brehm, in Stein / Jonas, *ZPO – Kommentar*, p. 8.

³²⁷ L. Rosenberg / K.H. Schwab / P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 569.

³²⁸ Sur ce que « l’attesa della decisione finale rende incerta, per tutta la sua durata, non solo l’esistenza del fatto, ma anche e soprattutto la sua valutazione giuridica » et que « [i]l pregiudizio che ne deriva alle parti interessate non ha bisogno di commenti », v. G. Conso, « La certezza del diritto : ieri, oggi, domani », p. 558.

³²⁹ P. Lames, *Rechtsfortbildung als Prozesszweck*, Tübingen, 1993 ; H.-J. Musielak, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. Aufl., München, 2005, p. 2. Cf. la distinction entre « effet rétroactif » et « effet créateur du droit » évoquée par N. Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, point 2.1 : il

résolution d’un litige sert à la *prévention* du retour des litiges du même type. Car en même temps qu’elle tranche par une norme concrète une espèce individualisée dans le temps et dans l’espace, la décision contribue à établir la règle abstraite applicable à la catégorie d’espèces à laquelle appartient la situation tranchée. Ce faisant, elle œuvre à la sécurité juridique *préjudiciaire* à l’égard de cette catégorie abstraite³³⁰, sécurité juridique dont bénéficieront les justiciables, parties potentielles à une relation qui s’y inscrirait.

85. Progrès de l’ordre juridique sous l’angle de la sécurité. Appréhendé sous l’angle de la sécurité de son droit, tout ordre juridique nous apparaît en perpétuelle évolution. Chaque jour, la complexité croissante des relations constitutives de la société dont il a la charge engendre des questions nouvelles qui prennent en défaut les règles abstraites existantes – qu’elles soient de source législative ou jurisprudentielle ; celles-ci ne parviennent plus à garantir la sécurité juridique *préjudiciaire* ; les parties en appellent au procès pour bénéficier au moins de la sécurité juridique *postjudiciaire*, tirée d’une norme décisionnelle qui leur est spécifiquement adressée. Chaque jour, par les décisions qui sont rendues, s’accroît le nombre de questions au règlement *préjudiciaire* suffisamment certain, ce qui contribue au bien de la communauté et de ses membres³³¹.

Cette dynamique naturelle s’en trouve perturbée lorsque la sécurité juridique est apportée, non par la *décision* d’un juge mais bien par la *saisine* d’un juge.

b) Sécurité juridique apportée par la judiciarisation

86. Saisine génératrice de sécurité. Rappelons à nouveau l’hypothèse sous examen. À partir du moment où le juge de l’État B est saisi de l’affaire, l’État A accepte de retirer définitivement sa prétention consistant à faire régir par sa loi la relation privée internationale AB. Cela suppose en particulier que l’État A accepte, d’une part, de reconnaître tout à la fois la litispendance et la décision qui sera rendue par le juge de l’État B – et elle le sera conformément à la loi de B – et, d’autre part et par conséquent, de prêter le cas échéant son concours à la mise à exécution chez lui d’une telle décision en refusant de prononcer une contre-décision sur le fondement de sa propre loi et de mettre en œuvre la contre-exécution correspondante. Semblablement, dès lors que c’est devant le

s’agit, pour cet auteur, de « deux effets de la décision de revirement, qui ont toujours été imbriqués dans notre système juridique au point de n’être jamais distingués ».

³³⁰ Sur ce que l’office du juge est de « remédi[er] à l’insuffisance ou à l’obscurité de la loi » et de contribuer de la sorte à « renforcer la sécurité juridique », v. X. Lagarde, « Brèves réflexions sur les revirements pour l’avenir », p. 88 ; cf. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 588 : « E’ ovvio che ogni formazione di diritto giurisprudenziale là dove vi sia un vuoto di diritto positivo è, comunque, fonte di certezza. L’esistenza di diritto giurisprudenziale oltre la legge, o dove manchi la legge, è certezza del diritto in tutti i significati del termine ».

³³¹ Sur ce processus d’autodéveloppement, v. F.A. Hayek, *Droit, législation et liberté*, p. 113.

juge de l’État A que l’action est portée en premier lieu, l’État B renonce à son intention de voir sa loi appliquée à la relation AB et accepte de reconnaître la litispendance et de donner accueil et de réaliser chez lui le cas échéant avec la contrainte la décision rendue par les juges de l’État A sur le fondement de la loi de A.

Dans un cas comme dans l’autre, c’est dès la judiciarisation que l’antinomie internationale est résolue et la sécurité juridique rétablie au profit des intéressés. La double volonté étatique divergente est dorénavant remplacée par une double volonté étatique concordante, ce qui habilite enfin les parties à identifier la loi qui détermine les droits et les obligations induits dans leur leur sphère juridique par la relation internationale litigieuse.

Si Mme Neilson saisit le juge australien, Overseas sait dorénavant que c’est la loi australienne qui régit les conséquences du sinistre et par là qu’elle est effectivement débitrice de la somme litigieuse. Overseas sait en particulier, et premièrement, que, si le paiement n’a pas lieu spontanément, une décision australienne ne fera que reconnaître l’existence de l’obligation de l’effectuer, le juge australien n’ayant par hypothèse pas de liberté de ne pas appliquer la loi australienne au profit de la loi chinoise ; deuxièmement que, si Overseas n’exécute pas spontanément la décision rendue à son encontre, Mme Neilson pourra en obtenir l’exécution forcée en Australie dans la mesure où Overseas y possède des biens ; troisièmement que, dans un tel cas, l’État chinois, agissant à travers ses juges, dénierait à Overseas toute possibilité d’obtenir une décision chinoise fondée sur la loi chinoise lui ouvrant l’obtention en Chine de la restitution de la somme qu’elle aura versée en Australie ; et enfin qu’alors même qu’Overseas ne possède que des biens en Chine, le juge chinois acceptera de faire droit à la demande en reconnaissance et exécution de Mme Neilson et prêterait son concours à la mise en œuvre forcée de la décision australienne. Si c’est le juge chinois qui est saisi le premier, et il le sera logiquement par Overseas, Mme Neilson saura que la décision chinoise ne fera que reconnaître l’inexistence du droit qu’elle revendique et le juge australien acceptera de reconnaître cette décision déclaratoire négative et dénierait par conséquent à Mme Neilson la possibilité d’obtenir une contre-décision australienne condamnant Overseas à lui verser la somme litigieuse. Quant à la succession d’Anthony Denney, une fois le juge britannique saisi par l’épouse survivante, les enfants du *de cujus* seront contraints d’accepter que, l’État espagnol renonçant dès ce moment à appliquer sa loi, ils n’ont en effet pas droit à la réserve que la loi espagnole leur octroie. Une telle réserve leur sera en effet déniée par la décision anglaise, qui ne peut qu’appliquer la loi anglaise et à laquelle l’Espagne refuserait d’opposer, à leur demande, une décision espagnole qui, par application de la loi espagnole, la leur reconnaîtrait. Le conflit international de lois est dans ces cas résolu par la saisine du juge (premier saisi) et au moment de cette (première) saisine.

Seule source d’incertitude préjudiciaire, le conflit international de lois n’est ici pas tranché par le juge et moyennant la procédure qu’il administre mais l’est par la saisine. Si celle-ci doit en de telles circonstances, on l’a dit, être *effective*, la décision elle-même – et à vrai dire le restant de la procédure – peut de-

meurer *virtuelle*. Le procès se trouve largement vidé de son sens, spolié de sa fonction d’instrument de rétablissement de la sécurité juridique dans les situations d’incertitude objective du droit tandis que la saisine usurpe ici un office qui ne saurait être le sien, puisqu’au lieu d’ouvrir une instance vouée à déboucher sur une décision du juge qui, lui, tranchera l’incertitude, elle finit par dissiper elle-même une telle incertitude : acte non pas seulement initial mais aussi *de facto* final de l’instance³³². À bien considérer les choses, il n’y va pas ici d’une sécurité juridique *postjudiciaire* mais bien d’une sécurité *postjudiciarisation* ou *post-saisine*.

À partir du moment où Mme Neilson saisit le juge australien, Overseas n’a pas besoin d’attendre la décision australienne pour savoir que le droit australien est applicable et, en conséquence, qu’elle est débitrice de la somme litigieuse. Tant Overseas que Mme Neilson acquièrent une telle certitude dès la saisine, après quoi il devient pour Overseas inutile de résister, si bien qu’elle n’aura qu’avantage à s’exécuter spontanément, auquel cas le procès s’arrêtera et la décision ne sera jamais rendue. Une fois qu’Overseas a mobilisé le juge chinois, Mme Neilson peut s’épargner d’attendre la décision chinoise pour savoir qu’elle n’a pas le droit à réparation. Si la *saisine* du juge doit en l’affaire être *effective* – ce qui caractérise l’insécurité juridique préjudiciaire –, la *décision* du juge saisi peut, elle, demeurer *virtuelle*, car une telle décision est, après la saisine, suffisamment prévisible dans son contenu, et prolonger la procédure jusqu’à son prononcé effectif ne ferait qu’augmenter inutilement les frais à la charge du défendeur.

Puisque ce n’est pas le juge qui tranche le conflit international de lois, la décision, si elle est effectivement prononcée, n’aura point contribué à la prévisibilité du Droit et à la sécurité juridique à la faveur des espèces semblables se matérialisant à l’avenir. Ce que nous avons qualifié de fonction *prospective* d’une décision de justice sous l’angle de la sécurité juridique n’est pas remplie ici : elle ne l’est que lorsque c’est la décision qui apporte une telle sécurité. Celle que procure la *judiciarisation* (sécurité juridique post-saisine), à la différence de la sécurité juridique dispensée par la *décision* (sécurité juridique post-judiciaire), ne fait pas avancer la sécurité juridique préjudiciaire. Au lieu de progresser, l’ordre juridique fait ici du surplace.

La décision rendue dans l’affaire *Denney*, que ce soit par un juge espagnol ou par un juge britannique, n’aura en rien contribué à rendre plus sûre la question du droit applicable à la succession d’un Anglais avec domicile et immeubles en Espagne. Les nombreuses personnes privées qui entrent dans cette catégorie seront, tout comme l’a été Anthony Denney, condamnées à ignorer quel est le droit applicable à leur succession et il en va de même de leurs proches une fois que celle-ci s’ouvrira. Des *milliers de procès* pourront être introduits afin de trancher cette simple question, mais dès lors que le juge espagnol ne peut qu’appliquer le droit espagnol et que le juge anglais ne peut qu’appliquer le droit an-

³³² A. Bell, *Forum shopping and transnational litigation*, Oxford, 2003, p. 12 s.

glais³³³, ces milliers de procès n’auront pas pour autant clarifié la réponse à une telle question. La tendance immanente à l’ordre juridique anglais tout autant qu’à l’ordre juridique espagnol, qui est celle d’éliminer progressivement les incertitudes objectives du droit à fur et à mesure qu’elles se présentent à leurs juges pour « prévenir le retour des mêmes conflits »³³⁴ et épargner aux membres des communautés dont ils ont la charge la nécessité de se faire, pour les trancher, des procès à l’avenir, s’en trouve ici parfaitement contrariée.

B – L’atteinte portée à la Justice

87. Plan. On affirme souvent que la réalisation de la justice constitue l’idéal suprême du Droit³³⁵. Si l’objectif communément assigné à celui-ci est « la solution des conflits entre les hommes »³³⁶, la justice consiste précisément à déterminer la manière dont il convient de trancher de tels conflits. À s’en tenir à une définition ancienne dont la généralité, parfois déplorée, lui a néanmoins permis d’être assez constamment reprise, il s’agirait plus particulièrement de « donner à chacun ce qui lui revient » (*suum cuique tribuere*)³³⁷. En gardant une telle formule à l’esprit, rappelons d’abord les différentes facettes de la justice (1) pour ensuite vérifier à quel point l’antinomie interne (2) puis internationale (3) en affecte l’administration.

1. Justice matérielle et formelle, concrète et abstraite

88. Substance et forme de la justice. Il est d’usage de distinguer entre l’aspect *matériel* et l’aspect *formel* de la justice. Le premier tient à la détermination du mode de solution du conflit d’intérêts opposant deux ou plusieurs personnes. Seulement, différentes instances chargées d’établir ce qui revient à chacune peuvent entretenir des opinions différentes : « l’expérience ordinaire est que la majorité des situations tolèrent plusieurs solutions »³³⁸. C’est bien sûr le grand

³³³ Et bien sûr, que les tribunaux des deux pays se reconnaissent compétents, ce qui, comme le confirme la jurisprudence espagnole et britannique, est largement le cas dans les situations envisagées (v. *infra*, n° 287 s. et 349 s.) et correspond à notre hypothèse de travail (*supra*, n° 3).

³³⁴ Selon la formule de F. Hayek, *Droit, législation et liberté*, p. 121.

³³⁵ H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 401 : « La justice représente... le but final le plus élevé qui puisse être proposé au droit » ; cf. p. 417 : la « justice est bien la valeur suprême dominant l’élaboration du droit... » ; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 202 : « le but suprême du droit est bien de réaliser la justice... Or, quel idéal pourrait-on assigner à l’ordre juridique en dehors de celui de la justice ? ».

³³⁶ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 2 qui la qualifie de « proposition assez banale ».

³³⁷ Dig. I, 1, 10, Ulpian. Cf. Cicéron, *De inventione*, 2, 53 : « *iustitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suum cuique tribuens dignitatem* » ; P. Ricoeur, *Amour et justice*, p. 29 : « Rendre à chacun son dû – *suum cuique tribuere* –, telle est... la formule la plus générale de la justice » ; cf. M. Villey, *Philosophie du droit*, p. 51 ; H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 177. ; W. Goldschmidt, « Système et philosophie du droit international privé », *Rev. crit.*, 1955, p. 650.

³³⁸ Cf. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 83, qui ajoutait « non cependant une infinité ». De manière identique, G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 71 constatait que « pour prévenir ou régler les conflits qui naissent dans la vie en société, plusieurs solutions sont toujours possibles et il faut choisir » ; cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 91.

problème du droit international privé, révélé précisément par le conflit international de lois : différents États souscrivent à des vues divergentes quant au mode qu'ils estiment le plus convenable de solution du même conflit entre les mêmes sujets. Autant dire que l'appréciation de ce que requiert la justice est dans une large mesure *subjective* et, par là, *relative*. N'oublions au demeurant pas que différents *juges* peuvent aussi être en désaccord sur ce qui est juste que c'est pour remédier à l'impasse sur laquelle déboucherait l'existence d'avis discordants au sein d'une cour ou d'un tribunal que les membres de toute formation judiciaire sont en nombre *impair*³³⁹.

Le processus par lequel, entre plusieurs visions de la justice matérielle ayant *a priori* vocation à être retenues, s'opère la sélection de celle qui le sera effectivement relève de la *forme* – ou procédure – de la justice³⁴⁰. Or il est un élément qui semble *structurel* à celle-ci et qui est dès lors *quasi-universel* : que la détermination de ce qui, en cas de conflit d'intérêts potentiel ou actuel opposant deux personnes, revient à l'une et à l'autre, soit le fait d'une *troisième personne*, ou instance, investie d'une autorité légitime sur elles et leur offrant des garanties suffisantes d'impartialité, de neutralité, elle-même constitutive de la « tierceté »³⁴¹. La Justice n'est-elle pas la déesse aux yeux bandés qui met en balance les revendications des litigants afin d'en jauger le poids respectif ?³⁴²

Ainsi, la justice matérielle (abstraite : on y reviendra ci-dessous) commande, du point de vue *subjectif* – du *sujet-État* – espagnol, que les descendants du *de cujus* recueillent une part de ses biens à son décès à titre de réserve et ce en dépit de la volonté qu'il a le cas échéant manifestée de les laisser entièrement à sa seconde épouse. Pour la communauté étatique britannique, la justice est en revanche plus pleinement satisfaite lorsque le titulaire d'un patrimoine jouit d'une liberté de disposition quasi-absolue et que, s'il a exprimé la volonté d'en transmettre l'intégralité à son conjoint, c'est celui-ci qui le recueille. La vision de ce

³³⁹ J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999, p. 90-91.

³⁴⁰ De la même manière que le droit procédural est un droit formel par rapport au droit qui régit le fond du litige qui est un droit substantiel. Sur la « formal justice » et la « pure procedural justice » dans un sens semblable à celui qui est ici retenu, v. J. Rawls, *A Theory of Justice*, p. 50 et 74 ; Ch. Perelman, *Justice et raison*, Bruxelles, 1963, p. 26 ; D.D. Raphael, *Concepts of Justice*, Oxford, 2003, p. 170 s. ; H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, p. 305 ; S. Vrellis, « Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé – À la recherche de la justice », *Rec. cours*, t. 328, 2007, p. 255 s.

³⁴¹ Peu usité dans la langue juridique française, ce terme, qui vient de l'italien « *terzietà* », désigne le caractère de celui qui est « tiers » par rapport aux sujets en conflit, condition indispensable pour pouvoir trancher celui-ci. Sur l'impartialité comme marque de la conception occidentale de justice, v. D.D. Raphael, *Concepts of Justice*, p. 234 ; M. Villey, *Philosophie du droit*, p. 51.

³⁴² H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 177 : « la justice est traditionnellement considérée comme devant maintenir ou rétablir une *balance* » (italique en original) ; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 216-217 : « *l'idée de la justice est l'idée d'un ordre supérieur... qui assurera le triomphe des intérêts les plus respectables*. En d'autres termes, à la lumière de cet idéal, les intérêts sont mis dans la balance symbolique, et ce sont les plus respectables qui devront être respectés » (italique en original). Pour H. Coing, « Benthams Bedeutung für die Interessenjurisprudenz », *ARSP*, 1968, p. 64 : « Es gibt kaum ein Wort das dem modernen Ziviljuristen in Deutschland so vertraut ist wie das Wort der Interessenabwägung ».

que requiert la justice en matière successorale est différente d’un État à l’autre et c’est là la relativité de la justice envisagée dans son aspect *matériel*. Il y a cependant un point sur lequel les conceptions de la justice des deux États convergent, qui tient à la *forme* du concept de celle-ci : dans un conflit opposant l’épouse à l’enfant, l’attribution de ce qui revient à l’une et à l’autre ne peut être que le fait d’une autorité tierce.

89. Justice concrète et justice abstraite. Le tiers qui détermine ce qui revient à chacun peut avoir reçu pour mission de le faire soit de manière abstraite et prospectivement, en édictant des règles générales³⁴³, soit de manière concrète et rétrospectivement, en posant des normes individuelles.

Il appartient d’abord au législateur et à toute autre autorité nantie du pouvoir de fixer des règles abstraites et générales, d’organiser *par avance* le mode de distribution des bénéfices et des charges en tranchant par là un conflit *potentiel* d’intérêts, c’est-à-dire en *prévenant* des contestations *actuelles*. Le degré de précision de telles règles est variable dans l’espace et dans le temps. Mais un ordre juridique tend, grâce au travail quotidien de ses juges et notamment des cours suprêmes, à s’équiper de règles de plus en plus détaillées et spécifiques c’est-à-dire couvrant des catégories d’espèces progressivement moins larges. Ce qui n’empêche bien sûr pas que de telles règles continuent d’être générales. La généralité d’une règle tient en ce qu’elle vise une classe de rapports juridiques définie à l’avance. L’autorité qui pose une telle règle fait inévitablement *abstraction* d’un certain nombre de facteurs et ce pour au moins deux raisons. D’une part, bien que consciente de ce que les facteurs non pris en compte peuvent ne pas être toujours négligeables du point de vue de la justice, c’est au nom de la *prévisibilité du Droit* qu’elle préfère les écarter « en taillant, à arêtes vives, les orientations, molles et simples, de la vie réelle »³⁴⁴. La recherche de la prévisibilité astreint en effet non seulement à travailler avec des *présomptions*, fondées à leur tour sur la perception qu’a l’autorité au moment d’édicter la règle de ce qui arrive le plus souvent (*quod plerumque fit*)³⁴⁵, mais également à regarder de telles présomptions comme en principe *irréfragables*, c’est-à-dire à mettre en œuvre la règle qu’elles fondent même dans les cas où elles s’en trouvent démenties. D’autre part, l’autorité peut, au moment où elle pose la règle générale, n’avoir qu’une vue tronquée, partielle, des éléments susceptibles d’influer sur la pesée des intérêts. Certains de ces éléments ne se révèlent

³⁴³ Sur l’impartialité de la loi, v. G. Ripert, *Le déclin du droit*, p. 33 qui rappelle l’expression « loi partielle » introduite lors de la « grande Révolution ». Plus près de nous, les lois dites « *ad personam* » ont suscité un vaste débat public en Italie en tant que dénaturant l’instrument législatif parce que promues et approuvées par un sujet ou un cercle restreint de sujets en conflit d’intérêts, ce qui a suggéré de les qualifier de « lois illégales » (cf. Cicéron, *De domo sua*, 10, 26 : « *Licuit tibi ferre, non legem, sed nefarium privilegium* »).

³⁴⁴ F. Génys, *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, 1921, p. 57 ; P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 112, qui ajoute que, dans l’intérêt de la prévisibilité du droit, la technique « coupe court aux complexités naturelles des choses ».

³⁴⁵ G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 281.

à l’intelligence législative que progressivement, au fur et à mesure qu’augmente la variété des espèces soumises à son observation. L’aptitude de l’esprit humain à anticiper les manifestations possibles du réel est naturellement limitée³⁴⁶. « Pas de bonne justice sans l’expérience d’une multiplicité des cas, échelonnés à travers le temps »³⁴⁷. On s’est déjà arrêté – et on aura l’occasion de revenir – sur ce processus incessant de maturation qui caractérise l’ordre juridique étatique.

Or, il peut arriver que, dans un cas particulier, les facteurs négligés par la règle générale au moment où elle a été édictée fassent apparaître que la justice qu’elle engendre du point de vue du *suum cuique tribuere* ne coïncide pas avec celle qu’aurait exigée ce cas ou cette série de cas d’après la vision du juste à laquelle ont entendu adhérer les organes législatifs qui ont posée cette règle. La justice concrète, celle que commande le cas individuel, est parfois dénommée « équité » (*Einzelfallgerechtigkeit, individual justice*), encore que ce terme soit polysémique. La justice qui résulte de la mise en œuvre d’une règle abstraite s’éloigne parfois de ce que requiert l’équité ainsi entendue et peut même apparaître contraire à celle-ci ou inéquitable³⁴⁸.

Supposons un *de cujus* titulaire d’un patrimoine de 100 et supposons qu’il en dispose en faveur de sa seconde épouse qui n’est titulaire quant à elle que d’un patrimoine de 10. Supposons aussi que le seul enfant du premier lit du *de cujus* ait fait fortune et puisse compter sur un patrimoine de 10.000. Alors même que l’on se situe du point de vue de la vision de la justice qu’adopte l’État espagnol, qui adhère à l’idée, fondant la réserve héréditaire, des solidarités familiales, on peut penser que la justice du cas individuel suggère de déclarer le testament entièrement valable, c’est-à-dire de ne pas faire profiter l’enfant de la réserve : la présomption qui fonde ici la règle consacrant un tel droit, qui est que l’enfant est moins bien loti que le père, est contredite par les faits singuliers d’une telle espèce. Supposons à présent que l’enfant ait un patrimoine de 50 – ce qui suffit pour ne pas le rendre « dépendant » au sens du droit anglais – et que le *de cujus* ait un patrimoine de 10.000 qu’il a laissé entièrement à son épouse, laquelle dispose elle aussi d’un patrimoine de 10.000. On peut penser que la justice concrète exigerait une dérogation à la règle de la liberté totale à laquelle souscrit pourtant l’Angleterre de manière générale. De même, c’est une vision abstraite de la justice que traduit la règle d’après laquelle celui qui cause un préjudice à autrui est tenu à réparation. L’équité peut suggérer, dans certains cas, que la réparation ne soit pas versée. Si l’auteur d’un dommage par négligence est un jeune étudiant endetté, qu’un tel dommage vaut 10 et que la victime dispose d’une fortune de 1.000.000.000, il y a lieu de penser que la justice concrète exigerait

³⁴⁶ H. Batiffol, *Problèmes de base*, p. 230 (« le futur contingent nous échappe et nous déborde »).

³⁴⁷ M. Villey, *Philosophie du droit*, p. 314.

³⁴⁸ Et il semble bien que comparant l’*epieikeia* à la règle flexible de Lesbos (*Ethique à Nicomaque*, Livre V, § 14), Aristote avait à l’esprit la justice du cas concret. Dans le même passage, Aristote évoquait la « justice erronée en raison de sa généralité ». Sur ce que la « pleine justice » répond à l’*aequitas*, M. Villey, *Philosophie du droit*, p. 311 ; sur les imperfections de la « justice abstraite », v. J. Dabin, *La philosophie de l’ordre juridique positif*, Paris, 1929, p. 624.

que le responsable ne soit pas tenu à indemnisation ou qu’il ne verse qu’une réparation symbolique.

Un tel écart est, on l’a dit, dans une certaine mesure délibérément assumé : un État peut s’accommoder de ce qu’une règle générale et abstraite ne satisfasse pas toujours pleinement la justice individuelle, la sécurité juridique préjudiciaire qu’elle garantit et l’exécution spontanée et sûre des relations privées qui en résulte étant pour lui de nature à compenser le déficit sous l’angle de la justice qu’elle dispense dans un certain nombre d’espèces, supposées minoritaires³⁴⁹. La mesure et la fréquence de l’écart toléré entre la justice abstraite et la justice concrète est variable d’un État à l’autre. Lorsque cet écart va au-delà de ce que l’auteur de la règle a pu se représenter au moment où il l’a posée, les juges confrontés à une espèce individuelle, s’ils en ont le pouvoir, peuvent préférer mettre de côté la règle abstraite pour aboutir à une décision épousant mieux les besoins de justice commandés par le cas concret. L’expérience montre qu’ils n’hésitent pas à le faire dès qu’ils repèrent quelques appuis dans leur ordre juridique. À défaut, ils rendront une décision qu’ils regarderont comme non pleinement conforme à la justice et signaleront au besoin aux autorités législatives l’opportunité de réformer la règle et de faire évoluer de la sorte le Droit.

90. Gradation dans l’accomplissement de l’idée de Justice. Il se dégage de ce qui précède qu’à *égale légitimité* quant à la teneur de deux modèles de justice – à *égale légitimité* des deux visions concurrentes de la justice abstraite dont sont susceptibles de se réclamer les particuliers –, un mode d’administration de la justice respectueux de la directive formelle de l’impartialité de la personne qui opère le choix se rapproche bien davantage de l’idéal universel de Justice qu’un mode d’administration qui méconnaît une telle directive. Semblablement, à *prévisibilité ou imprévisibilité égale*, une justice mieux adaptée aux particularités des différentes catégories de relations humaines, une justice qui parvient à tenir compte d’un plus grand nombre de facteurs *a priori* pertinents, c’est-à-dire une justice qui, dans un plus grand nombre de situations, s’avère plus conforme aux exigences concrètes de celle-ci, se rapproche en général davantage de l’idéal de Justice, de la « pleine justice », qu’une justice *abstraite*, puisqu’elle permet de « peser » une série d’éléments que la recherche de la prévisibilité impose à l’intelligence législative de sacrifier ou qui, au moment où la règle a été édictée, n’étaient pas encore apparus à cette intelligence en raison des limites de l’expérience du réel qu’elle avait accumulée jusque-là. Autrement dit, lorsque la prévisibilité du Droit est en tout état de cause compromise, le *sacrifice de la justice* – l’acceptation d’une justice individuelle sous-optimale – *perd une de ses justifications les plus puissantes*.

³⁴⁹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 108 : « la technique aboutit souvent par esprit de simplification et pour des raisons d’utilité pratique, à certaines concessions aux dépens de la justice ».

2. Conflit interne de lois et son apport à l’affinement de la Justice

91. Ambivalence interprétative d’une disposition législative. Il peut arriver que la règle générale et abstraite telle qu’édictee et précisée jusqu’à un moment donné par les autorités compétentes à cet effet – supposons par commodité qu’elle soit consacrée dans une disposition législative – tolère deux interprétations qui, à l’égard d’une relation concrète, débouchent sur deux modes différents et incompatibles de distribution des bénéfices et des charges entre les parties. Chaque partie est alors fondée à se réclamer de l’interprétation dont la mise en œuvre tournerait à son avantage, savoir celle qui lui assure le plus de bénéfices et le moins de charges. La justice abstraite résultant de la disposition litigieuse est ici ambivalente. Aussi est-on face à ce qu’on a appelé plus haut une *incertitude objective* du Droit, plus exactement du droit *en vigueur* au moment considéré³⁵⁰. La *prévisibilité* n’est, avons-nous dit, pas garantie aux justiciables. À défaut d’accepter un règlement à l’amiable, ceux-ci n’auront d’autre choix que de saisir de leur contestation un juge. Le conflit n’est pas voué à demeurer *virtuel*, comme c’est le cas lorsqu’il est *prévenu* par une règle générale à la teneur suffisamment certaine, mais il se *concrétise*, devient *réel*. À défaut d’être prévenu, il sera *résolu* par la décision du juge qui adresse aux plaideurs une norme individuelle. Entre les deux solutions compatibles avec la règle générale, le juge retiendra celle qu’il estime mieux répondre à son sentiment de ce que requiert la justice dans l’affaire. La justice concrète prend le relais de la justice abstraite. Celle-ci encadre toutefois celle-là car, ainsi que nous l’avons rappelé³⁵¹, la discrétion du juge ne s’exerce qu’à l’intérieur des modèles de la justice abstraite qui sont supportées par la disposition législative qu’il est censé mettre en œuvre. La justice rendue est ici le fruit du travail conjoint et coordonné du législateur et du juge, autorités l’une et l’autre impartiales.

Le critère retenu pour trancher entre ces deux interprétations concurrentes aura donc d’abord servi à aplanir un conflit entre deux personnes en chair et en os. C’est là la mission *rétrospective* du travail judiciaire, dont le propre est de trancher des contestations réelles et non virtuelles, concrètes et non abstraites. C’est là l’office primordial du juge, « sa fonction la plus immédiate et la plus apparente »³⁵², qui correspond à un *devoir* : s’il ne tranche pas, notamment parce qu’il estime ne pas disposer de directives suffisamment fermes pour le faire (*non liquet*), il se rend responsable d’un *déni de justice*. Mais il est une autre tâche revenant aux juges, moins pressante et par là moins visible, et dont l’ineécution n’entraîne pas un déni de justice pas plus que les sanctions qui s’y attachent, mais dont les juges ne sont pas moins conscients et soucieux, encore qu’à des degrés différents selon l’échelon de la hiérarchie judiciaire auquel ils appartiennent. Il est de l’essence du travail du juge de s’inspirer, dans la *résolu-*

³⁵⁰ *Supra*, n° 82.

³⁵¹ *Supra*, n° 43.

³⁵² P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 29.

tion du litige, d’un principe ayant vocation à devenir *général* et même *universel*, d’un principe généralisable et universalisable³⁵³. Autrement dit, le principe de *résolution* du litige concret employé par le juge est également conçu par lui comme principe de *prévention* des litiges du même type susceptibles de se produire à l’avenir³⁵⁴. Aussi le juge se livre-t-il, à l’instar du législateur, à un travail d’*abstraction*, puisqu’il sélectionne et isole dans la masse des circonstances constituant l’espèce qui lui a été soumise et qui font qu’elle est, dans son individualité *historique*, irréproductible, les facteurs dont il estime qu’ils sont susceptibles de peser sur la « balance » de la justice et qui, formant son individualité *juridique*, sont, eux, de nature à se reproduire un nombre indéfini de fois³⁵⁵. Le juge n’est-il pas *législateur* lorsque le législateur n’a pas pris position à l’égard de la question litigieuse avec la certitude voulue ? Précisons que le juge n’est pas seulement, et qu’il n’est pas tant, législateur *du cas concret*. Il est *juge* du cas concret – de l’espèce historique qui lui a été soumise – et *législateur* d’une série indéfinie de cas futurs juridiquement analogues.

À quoi ne fait pas obstacle la constatation que le principe qui l’a orienté dans sa décision, et l’ensemble des facteurs dont il dépend et qui forment ce qu’on appelle parfois la *ratio decidendi*, ne sont pas toujours tous clairement *explicités* par le juge. Un certain nombre d’entre eux peuvent être restés pour ainsi dire dans sa plume, retenus dans son subconscient, comme peut l’être leur différent apport à l’orientation qu’il a prise³⁵⁶. Les identifier est néanmoins nécessaire et à cela s’attèleront soit d’autres juges à la faveur d’autres espèces – il s’agit donc d’un travail collectif, échelonné dans le temps – soit la doctrine qui, à travers notamment des commentaires d’arrêts, *interprètera* la décision, de la même manière que la décision a pu *interpréter* la règle législative. L’interprétation ne porte pas sur la décision en tant que norme individuelle adressée aux *plaideurs*, laquelle n’a que rarement besoin d’être interprétée car elle se comprend d’elle-même ; elle porte ici sur le principe susceptible d’orienter la pratique future, sur la dimension *prospective* de la décision.

Nous reviendrons sur ce phénomène, notamment à propos de l’interprétation qu’appellent les décisions de justice rendues dans la matière qui nous occupe³⁵⁷. Retenons pour l’heure que lorsque le critère de solution du conflit d’interprétations dont peut faire l’objet une disposition législative se laisse déduire de manière suffisamment certaine d’une décision, ou d’une ligne de décisions, et notamment lorsqu’il a été consacré par la cour chargée de l’interpré-

³⁵³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 338. V. *infra*, n° 218 et 434.

³⁵⁴ Les décisions *d’espèce*, celles qui tranchent une espèce tenue pour unique et irrépétile et qui sont dès lors inexploitable à l’avenir, sont la minorité.

³⁵⁵ H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 154.

³⁵⁶ Cf. P. Gothot, « Dominique Holleaux : le dogme, l’histoire et la critique », *Rev. crit.*, 1990, p. 621 s., p. 623 : « les juges ont, pour ainsi dire, le droit d’inventer une règle dans le silence de la loi, sans être tenus d’exposer les motifs de la nécessité ou du contenu de la règle qu’ils posent ».

³⁵⁷ *Infra*, n° 218 s. et 434 s.

tation uniforme du droit et qu’il bénéficie d’une publicité adéquate propre à en assurer l’accessibilité aux justiciables et aux juges, la décision, ou les décisions en question, au-delà de comporter des normes individuelles, forment progressivement une règle générale et abstraite visant la catégorie de situations qu’elles construisent. Plus exactement, la règle générale et abstraite résulte de la disposition législative *combinée* avec le principe posé par la jurisprudence, principe qui finit par acquérir graduellement lui aussi les caractères de la *généralité* et de l’*abstraction*. La justice abstraite ambivalente est devenue une justice abstraite univoque. Mais la justice abstraite résultant de la décision ou de cet ensemble de décisions est *moins abstraite* que celle qui découle de la disposition législative au contenu ambigu qu’elle interprète, en ce sens qu’elle prend appui sur une série de facteurs dont l’autorité qui a édicté cette disposition législative n’avait pas tenu compte pour les raisons que l’on a exposées³⁵⁸. En vue de rendre plus accessible la teneur de cette règle d’origine jurisprudentielle, l’autorité législative peut par la suite l’affermir dans une disposition plus précise en ce qu’elle distingue plusieurs catégories générales et abstraites moins vastes que la seule catégorie visée à l’origine par la disposition remplacée.

Il se confirme que l’ordre juridique, par le travail des autorités législatives et judiciaires et, quant à ces dernières, par l’articulation des fonctions rétrospective et prospective qui leur sont confiées, c’est-à-dire par la *résolution* des conflits *concrets* au moyen des décisions de justice et la *prévention* des conflits potentiels au moyen des principes généraux et abstraits qui s’en laissent dégager, est en constante évolution, c’est-à-dire en constant *progrès*. Chaque jour l’ordre juridique se dote de règles qui sont, non seulement plus prévisibles, mais porteuses d’une justice plus affinée, plus proche de l’idéal de Justice. Les incertitudes objectives du droit sont donc source de développement de l’ordre juridique.

C’est d’un processus de ce type qu’il en va dans les situations de conflit interne de lois³⁵⁹.

92. Antinomie interne de lois. L’antinomie interne de lois suppose que les organes habilités à produire des règles générales et abstraites aient différemment évalué les mérites respectifs de la variété des schémas envisageables de distribution des bénéfices et des charges, qu’ils se soient prononcés dans deux sens opposés et qu’ils n’aient pas encore tranché par un principe de solution général et abstrait le conflit de lois qui vient ainsi à se produire. À défaut d’être *prévenu*, celui-ci sera *résolu* par les autorités judiciaires, auxquelles il revient de choisir entre les deux visions abstraites de la justice dont les deux lois en con-

³⁵⁸ *Supra*, n° 89.

³⁵⁹ Pour cette expression, v. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 79.

flit sont porteuses. Une telle situation est sans doute regrettable sous l’angle de la prévisibilité³⁶⁰. Observons-la sous celui de la justice.

Quant à l’aspect formel évoqué précédemment, la directive fondamentale de la neutralité, de la « tierceté » est respectée aussi longtemps que le juge saisi ne se laissera pas guider par l’arbitraire³⁶¹. On a pu cependant faire grief au conflit interne de lois de violer l’« exigence fondamentale de la justice » et ce pour la raison qu’il laisserait le juge *libre* de choisir entre les deux lois en conflit³⁶². S’exprime ici non pas tant la crainte que, laissé sans directive, le juge puisse donner dans la partialité, mais bien celle qu’un juge pourrait trancher l’antinomie d’une manière différente d’un autre juge. Voilà qui prouverait, a-t-on soutenu, que « ce n’est pas l’antinomie qui est résolue, c’est le cas concret qui l’est », car deux espèces soi-disant identiques sont susceptibles de recevoir par deux juges deux solutions différentes³⁶³. C’est alors le *principe d’égalité* qui serait méconnu – lui aussi manifestation de la justice formelle – dont on sait qu’il impose de traiter de manière égale des situations semblables, quel que soit le modèle de justice auquel l’on souscrit³⁶⁴.

À cela on peut adresser la double objection que voici. D’une part, la résolution de l’antinomie a souvent pour effet de répartir les espèces comprises dans le champ d’application des deux lois antinomiques en les distribuant en deux sous-catégories. C’est donc bien qu’à l’intérieur de l’ensemble des situations que frappe le conflit de lois, toutes ne sont pas forcément identiques et ne méritent pas le même traitement. Il se peut bien sûr que deux juges décident deux espèces qui tombent sous le coup des deux règles antinomiques en retenant le premier une règle, le second l’autre. Mais une telle diversité d’issue peut résulter de la mise en œuvre du même principe, élevé par l’un et l’autre

³⁶⁰ Entre tous v. J. Raz, *The Authority of Law*, p. 194, pour qui il s’agit bien d’une sous-catégorie de ce qu’il qualifie de « unregulated disputes » (« here the verdict of each rule is clear, but the system does not determine which rule is to be followed. It may lack an appropriate conflict-resolving rule altogether or it may include one which is indeterminate in its application to the present case »). Ch. Perelman, *De la Justice*, Bruxelles, 1945, p. 248, pour qui « contrairement à la justice formelle... l’équité... intervient là où deux formalismes viennent à se heurter » ; S. Vrellis, « Conflit ou coordination de valeurs », p. 255.

³⁶¹ Cf. S. Vrellis, « Conflit ou coordination de valeurs », p. 464.

³⁶² N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 234.

³⁶³ G. Gavazzi, *Delle antinomie*, p. 109 : « In presenza di due norme incompatibili... la discrezionalità dell’organo che applica il diritto comporta che esso possa applicare oggi la prima e domani la seconda. Con ciò si potrà dire che, rispetto al caso concreto, materia di giudizio, il conflitto è stato risolto (e normalmente saranno anche addotte buone ragioni a sostegno della decisione), *ma in realtà ciò che è stato risolto non è il conflitto fra le norme, bensì il caso concreto*. Il conflitto è stato tanto poco risolto che l’indomani, probabilmente con altrettante buone ragioni, si applicherà allo stesso caso la norma contraria. E ancora si potrà dire che il caso è stato risolto, ma non che è stato risolto il conflitto fra le norme » (italique en original).

³⁶⁴ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 234-235 : « E’ evidente che là dove due norme contraddittorie sono entrambe valide, e può essere indifferentemente applicata l’una o l’altra, secondo il libero giudizio di coloro che sono chiamate ad applicarle, vengono violate due esigenze fondamentali, cui si ispirano o tendono ad ispirarsi gli ordinamenti giuridici : l’esigenza della *certezza* (che corrisponde al valore della pace o dell’ordine), e quella della *giustizia* (che corrisponde al valore dell’eguaglianza) » ; cf. G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 356.

au rang de critère de solution du conflit. D’autre part, la justice concrète dont nous avons rappelé qu’à imprévisibilité égale, elle se rapproche davantage de la Justice idéale, est susceptible semble-t-il de trouver son compte. Le juge aura *in concreto* toute latitude de vérifier quelle est des deux conceptions de la justice abstraite celle qui se révèle *in concreto* plus respectable, quelle est des présomptions fondant les deux normes concurrentes celle qui correspond le mieux au réel agencement des faits de l’espèce. Ici de nouveau, les éléments particuliers qui ont motivé un juge à retenir une des règles en conflit à l’égard de l’espèce qui lui a été soumise et les éléments particuliers qui ont motivé l’autre juge à retenir l’autre règle à l’égard de l’autre espèce, peuvent être les mêmes et de ce fait contribuer à fixer un *principe général et abstrait* – d’origine jurisprudentielle – de résolution du conflit de lois. Celui-ci garantira du même coup la prévisibilité de la solution du conflit suscité par les rapports de droit s’établissant à l’avenir. L’antinomie frappant l’espèce individuelle est *résolue* par la décision du juge laquelle contribue à *prévenir* l’antinomie frappant la catégorie abstraite de situations analogues. Le législateur pourra par la suite, en s’appuyant sur les résultats de la jurisprudence, recueillir de tels résultats dans une disposition législative – une *règle législative de conflit interne de lois* – en départageant le champ d’application des deux lois en conflit. Un certain nombre de critères de solution des antinomies internes – hiérarchique, chronologique, de spécialité – ont fait au demeurant leurs preuves d’abord en jurisprudence ; ils ont parfois été consacrés dans des articles de loi et sont dans bien des cas devenus à tel point fermes qu’il n’est plus nécessaire de judiciaireiser les relations qui suscitent de tels conflits pour connaître la manière dont ils seraient tranchés par les tribunaux et, d’ailleurs, l’on ne se rend souvent plus compte que l’on est en présence d’un conflit interne de lois, l’antinomie étant parfaitement *prévenue*³⁶⁵.

Il faut maintenant confronter ce qui vient d’être dit à l’hypothèse où l’antinomie est de nature internationale et résolue par la saisine d’un juge.

3. *Antinomie internationale résolue par la saisine du juge à l’épreuve de la Justice*

93. Triple méconnaissance des processus quasi-universels de la Justice. L’antinomie ici envisagée se produit lorsque les États A et B avec lesquels la relation privée internationale présente des attaches entretiennent deux vues différentes de ce qui est conforme à la justice entre les hommes et que chacun souhaite, à la demande d’une des parties, leur prescrire l’observation de la sienne. Chacun des modèles de justice antagonistes a été par hypothèse jugé le plus légitime par une autorité étatique qui avait le pouvoir légitime de la poser et était fondée à en réclamer la mise en œuvre à l’égard de la relation internationale dont il est question (on reviendra sur la légitimité d’une telle réclama-

³⁶⁵ Et dénommée parfois « apparente » : N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 216.

tion)³⁶⁶. Aussi bien, quelle que soit la loi qui recevra efficacité, elle aura réalisé une vision légitime de la justice, de l’idéal suprême du juste, certes inévitablement subjective, mais qui ne l’est *a priori* pas plus que celle qu’entérine la loi demeurée inefficace. On peut dès lors être tenté de conclure qu’il est impossible d’affirmer qu’une des lois participant au conflit est objectivement plus *juste* que l’autre. Le critère de résolution de l’antinomie, quel qu’il soit, semble dès lors impuissant à affecter la réalisation de la justice.

Ce serait toutefois oublier que la justice dont les deux lois en conflit sont porteuses est de type *abstrait* au sens vu plus haut et que d’autres facteurs concourent à l’accomplissement progressif de l’idée de Justice. Ce serait en particulier négliger, d’une part, l’élément formel tenant à la « tierceté » de celui qui tranche entre deux visions légitimes de la justice abstraite (a), d’autre part, la recherche d’une justice concrète plus affinée que déclenche en général le constat d’une incertitude juridique préjudiciaire (b) et, enfin, la tendance naturelle de tout ordre juridique à progresser sous l’angle de la justice, tendance qu’alimentent, et dont sont la source, les décisions statuant sur de telles incertitudes (c).

a) Violation de la « tierceté »

94. Conflit d’intérêts à la puissance maximale. L’antinomie internationale est ici par hypothèse résolue par la saisine du juge premier saisi et en faveur de la loi du juge saisi. Or, comme nous l’avons rappelé à plusieurs reprises³⁶⁷, la saisine est l’acte d’une partie. Aussi bien, le processus de sélection, entre les lois en conflit, de celle qui l’emportera n’est pas conforme à la directive quasi-universelle, parce que consubstantielle à l’idée de Justice, laquelle exige qu’en cas de conflit d’intérêts *a priori* et dans l’abstrait également légitimes, le choix de celui qui « pèse le plus lourd », quel qu’il soit, soit remis entre les mains d’une *autorité impartiale* et que, lorsque les autorités habilitées à poser des règles abstraites n’ont pas tranché de manière suffisamment univoque, il revient, dans la mesure de l’ambiguïté qu’elles laissent persister, à une *autorité judiciaire* de prononcer le dernier mot. Le sujet à qui les États A et B finissent par confier la tâche de déterminer comment est résolu le conflit de lois qui les oppose et par conséquent le conflit de revendications qui oppose les parties, n’est ici pas « tiers » du tout. Il y a là bien au contraire une sorte de *conflit d’intérêts à la puissance maximale*, car une partie se trouve investie du pouvoir de trancher le conflit de lois et par là le litige³⁶⁸ et finit dès lors par remplir, sur ce point, une fonction *quasi-juridictionnelle*. Aussi est-il peu douteux que le mode de résolution du conflit international de lois ici en question porte, du point de

³⁶⁶ *Infra*, n° 102.

³⁶⁷ *Supra*, n° 44, 47 et 80.

³⁶⁸ On se souviendra que, dans l’hypothèse de travail que nous nous sommes donnée, le seul point litigieux entre les parties concerne le droit applicable : v. *supra*, n° 3.

vue des deux États A et B, une atteinte très sérieuse à la justice entendue au sens formel d’impartialité de celui qui l’administre.

Les revendications qu’avancent Mme Neilson et Overseas sont *a priori* (on y reviendra) également légitimes car elles bénéficient l’une et l’autre de l’appui d’une loi édictée par une autorité qui, *a priori* légitimement, souhaite la leur appliquer. Aussi est-il logique et naturel que, le conflit d’intérêts qui les oppose ne recevant pas de solution non-équivoque au niveau des règles générales et abstraites, Mme Neilson et Overseas s’adressent pour le résoudre à une autorité judiciaire. Voilà en effet qui est conforme à la mission primordiale des juges consistant à arbitrer tout conflit réel que n’a pas réussi à prévenir l’autorité habilitée à poser des règles abstraites et générales. Ce qui n’est en revanche pas conforme à l’idée de justice est qu’Overseas puisse *déterminer* elle-même comment, c’est-à-dire par quelle loi, le conflit qui l’oppose à Mme Neilson doit être tranché. En saisissant le juge chinois, c’est Overseas qui statue en substance sur le conflit de lois, seul point controversé, en exerçant de la sorte une fonction quasi-juridictionnelle. Ainsi, il lui revient le pouvoir de nier unilatéralement l’existence du droit à réparation que Mme Neilson, dans la phase préjudiciaire, réclamait non moins légitimement qu’Overseas le contestait.

b) Occasion manquée d’une justice plus affinée

95. Imprévisibilité non compensée par un surcroît d’équité. Mais il y a davantage. Cette manière de trancher l’antinomie ne bénéficiera pas du surcroît de justice qu’ouvre sur le plan matériel la résolution du litige par le juge. Dès lors que celui-ci se trouve face à deux vues abstraites de la justice auxquelles souscrivent deux règles ou deux interprétations ayant *a priori* vocation à être retenues, c’est que les règles générales ne parviennent pas à dispenser aux parties la prévisibilité du Droit. Le sacrifice qu’elles imposent à une meilleure appréciation de la justice concrète perd alors son fondement le plus convaincant. Aussi y a-t-il lieu de contrebalancer le déficit de prévisibilité par une justice matérielle plus sophistiquée. Le juge peut alors vérifier quelle est, parmi les présomptions qui fondent l’une et l’autre règles – elles-mêmes tirées de la perception du *quod plerumque fit* qu’ont les auteurs de ces règles – celle qui correspond le plus fidèlement aux caractéristiques de l’espèce portée devant lui. Or, c’est bien la situation inverse que risquent de provoquer les États A et B lorsqu’ils confient à une partie le pouvoir de trancher le conflit entre leurs lois. Car la partie qui saisit est fondée à sélectionner non pas la vision de la justice abstraite qui est en l’affaire la plus équitable, mais celle qui répond le mieux à son *intérêt* « partisan », partial. Un plaideur reste un plaideur et les États ne peuvent pas s’attendre à ce qu’il exerce un tel pouvoir comme le ferait un juge. Il se peut alors que celui qui prend l’initiative judiciaire soit le mieux renseigné sur les résultats respectifs de la mise en œuvre de l’une et de l’autre loi, qui dispose de plus de ressources pour se livrer à un tel comparatif, le plus malin, le plus endurant. Le principe souvent suivi d’après lequel entre deux règles

également légitimes, celle qui protège mieux la partie la plus vulnérable³⁶⁹, s’il y en une, l’emporte, est ici méconnu.

Si Overseas saisit le juge chinois et tranche le conflit de lois sino-australien en faveur de la loi chinoise, ce n’est pas parce que la justice dans l’affaire concrète qui l’oppose à Mme Neilson commande que la loi chinoise y soit appliquée mais bien pour maximiser son intérêt. La Chine et l’Australie, en déclarant applicables leurs lois dès que leur juge est saisi, empêchent leurs tribunaux de vérifier quelle est parmi les deux revendications celle qui a le plus de titres pour l’emporter, autrement dit quelle est la prétention, et partant la loi, la mieux ajustée à ce que requiert la justice concrète. Il est vrai que la recherche de la justice concrète doit dans une certaine mesure être sacrifiée par la prévisibilité qu’assure une règle générale et la justice dont celle-ci est porteuse, mais ici précisément il n’y pas de prévisibilité du Droit, si bien que le sacrifice dont il est question est peu justifié. Un juge aurait pu mettre en balance ces deux intérêts et ces revendications et, par exemple, on le verra, constater que le lien avec l’Australie est *in concreto* plus significatif que le lien avec la Chine³⁷⁰.

c) Stagnation du Droit

96. Marche vers l’idéal de justice entravée. L’inclination naturelle d’un ordre juridique est, on l’a vu, par l’intermédiaire des juges et des décisions qu’ils rendent, d’aboutir à des règles porteuses d’une justice abstraite chaque jour plus affinée. Les affaires qui leur sont soumises les placent au contact d’un nombre toujours croissant et diversifié d’espèces. La justice que dispense une règle édictée à la suite de l’observation d’une plus large tranche du réel possède plus de chances de se rapprocher de ce que requiert la justice concrète dans un plus grand nombre des situations qu’elle vise qu’une règle qui s’inspire d’un échantillon plus réduit de la richesse de la vie. C’est en ce sens que les procès sont générateurs de progrès pour le Droit, car ils élargissent la base d’expérience, les juges ayant la possibilité de « tester » les règles générales, de les ajuster, de les préciser, d’y « introduire peu à peu des sous-directives » plus fines et plus rigides³⁷¹. C’est ce mouvement inhérent au Droit et tendant à l’auto-perfectionnement, lui-même lié à la perfectibilité de la Justice³⁷², qu’en admettant que le conflit de lois soit résolu par la saisine d’un de leurs juges et par l’auteur de la saisine, les États A et B finissent par bloquer. Ils contrecarrent en cela la nature intime du Droit, de leur ordre juridique, ils entravent « la marche vers un idéal

³⁶⁹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, p. 266. V. la dernière phrase du Préambule de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 : « sachant que seul est libre qui use de sa liberté et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres... ».

³⁷⁰ *Infra*, n° 428 s.

³⁷¹ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 113.

³⁷² F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, p. 78 : « questa tendenza si può efficacemente rappresentare nel concetto della *perfezione* intesa non già come compimento, ma come possibilità infinita di sviluppo ; e poichè lo sviluppo assume, per la limitazione dei nostri sensi, l'apparenza del movimento, ci induce a concepire l'ordinamento giuridico come animato da una spontanea e perenne vibrazione ».

de justice » dont a pu dire qu’elle « correspond certainement au développement continu de la civilisation »³⁷³. En obligeant les parties à saisir un juge de l’antinomie et en interdisant à celui-ci de vérifier et soupeser les mérites respectifs des règles qui la génèrent, nos États s’empêchent aussi de tirer profit des enseignements du « terrain », de les mettre au service de la mise au point un critère de solution plus respectable et « efficient ». Point de progrès sous l’angle de la justice, mais bien stagnation.

La manière dont le conflit entre la loi chinoise et la loi australienne est finalement tranché dans l’affaire mettant en cause Mme Neilson et Overseas n’aura en rien contribué à la formation progressive d’un critère général et abstrait convenable de résolution du conflit de lois sino-australien, critère que tous ceux qui seront parties à des relations semblables pourront prendre pour règle de conduite sans avoir à déranger les tribunaux. Postérieurement à l’affaire *Neilson*, il peut en effet se nouer une, dix, cent, mille relations – dans l’espace d’une année, cinq, dix, vingt ans... – opposant, tout comme l’affaire *Neilson*, deux personnes domiciliées en Australie et impliquées dans un sinistre qui est survenu, ou pourrait survenir, en Chine et ces personnes seront toujours non seulement, comme nous l’avons déjà observé³⁷⁴, condamnées – une année, cinq, dix ans, vingt ans après et malgré le nombre important de litiges qui ont soulevé la même question juridique – à ignorer avant tout litige comment celle-ci est résolue, comment le conflit international de lois sera tranché, mais également exposées à ce qu’il le soit en définitive par les facteurs anti-juridiques que l’on connaît.

Sous-§ 2 : L’antinomie internationale irrésolue

97. Dénî de sécurité juridique et déni de justice ; non-juridicité des relations humaines frappées d’un conflit international de décisions. Comme nous l’avons déjà constaté³⁷⁵, dès lors qu’aucun des deux États que met en cause la relation interindividuelle transfrontière ici envisagée ne renonce, pas plus avant qu’après la judiciarisation de celle-ci, à y appliquer sa loi, chacun se refusera à donner accueil chez lui à la décision antérieurement rendue à la demande d’une partie par les juges de l’autre État et acceptera en conséquence, à la demande de l’autre partie, de prononcer une décision qui sera antinomique par rapport à la décision non reconnue. L’antinomie de *lois* se transforme en antinomie de *décisions*. Le différend interindividuel n’est pas encore tranché car les deux États et leurs organes, législatifs et judiciaires, du fait de leur volonté simultanée d’y mettre un terme et de leur désaccord quant à la façon la plus appropriée de le faire, n’indiquent pas aux deux litigants qui a raison et qui a tort. Le conflit entre volontés individuelles n’est pas apaisé par la volonté

³⁷³ P. Roubier, *Théorie générale du droit*, p. 120 ; cf. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 430.

³⁷⁴ *Supra*, n° 86.

³⁷⁵ *Supra*, n° 68.

étatique car ici il y a deux volontés étatiques *a priori* égales en légitimité qui sont elles-mêmes en conflit³⁷⁶. À la partie qui invoque la décision qui lui reconnaît un droit subjectif, son adversaire peut opposer l’autre décision, d’une autorité formellement identique, déclarant qu’elle n’a point l’obligation correspondante. Aucune des deux décisions n’apporte aux parties la sécurité qu’elles ont le droit d’attendre de la chose jugée, but et sens de tout procès digne de ce nom. La décision rendue par le juge d’un État, supposée incontestable, l’est en fait si peu qu’elle a été efficacement contestée devant le juge de l’autre si bien que la contestation entre les parties subsiste. Les deux choses soi-disant jugées se neutralisent mutuellement à tel point que la « chose » n’est en fait pas « jugée » du tout, en ce sens que les litigants ont raison de continuer à nourrir un doute quant aux effets qu’induit dans leur sphère juridique la relation litigieuse. Leur doute est même plus légitime une fois la phase judiciaire achevée que lorsque la contestation évoluait à un stade préjudiciaire puisque chacune des revendications qu’elles avançaient à l’époque a été par la suite reconnue comme légitime au sens propre et strict et entérinée par une décision devenue intangible dans l’État qui l’a rendue. C’est précisément l’intangibilité qui s’attache à chacun des deux jugements dans leurs ordres juridiques respectifs, c’est-à-dire le fait qu’aucun des États ne soit prêt à le mettre à l’écart après l’avoir prononcé, qui entraîne la persistance de l’insécurité, celle-là même que vise à épargner aux justiciables le principe universel du *ne bis in idem*. La possibilité matérielle d’exécuter dans un État la décision rendue par ses juges risque, on l’a vu³⁷⁷, d’être vidée de son utilité par la possibilité matérielle d’exécuter dans l’autre État la décision qu’ont prononcée ses juges à lui, et ainsi de suite. On le voit, dès lors que l’antinomie internationale n’est pas éliminée ne serait-ce que par la saisine d’un juge au sens vu plus haut, c’est-à-dire dès qu’elle demeure irrésolue en Droit, il n’y a pour les parties point de sécurité juridique, c’est-à-dire de sécurité *apportée* par le Droit, et la relation interindividuelle en cause n’est en réalité pas *juridique*, c’est-à-dire régie par le Droit.

Et il n’y a pas de Justice non plus. Car dans la mesure où il est impossible de faire trancher le conflit de décisions, par exemple par une autorité supérieure reconnue par les deux États, les parties sont plongées dans un *déni international de justice*. On peut certes se demander si pareille situation de non-Justice est effectivement plus désastreuse que celle qui résulte d’une injustice, s’il vaut mieux un non-Droit qu’un Droit injuste. La question est classique. À l’idée qu’un désordre est parfois préférable à un ordre injuste, un déni de jus-

³⁷⁶ P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 322 : « Les justices qui s’y affrontent sont rendues au nom de souverains différents ; chaque souverain veut réaliser la sienne et, lorsqu’il l’a fait, n’est guère prêt à renoncer à la solution qu’il a donnée... le fait que les normes en présence... n’émanent pas du même État rend toute recherche d’une volonté normative unique impossible : il y a conflit de normes ».

³⁷⁷ *Supra*, n° 68.

tice à une injustice, est parfois opposée l'idée selon laquelle le déni de justice est lui-même en général la pire des injustices. Or nous avons signalé plus haut que chacune des deux visions de la justice entre lesquelles le demandeur peut choisir a par hypothèse reçu ici la caution d'un État. S'il est injuste de lui permettre de se déterminer lui-même, de lui donner le dernier mot, les options qui lui sont ouvertes correspondent l'une et l'autre à ce que l'un des États en présence tient pour juste. L'ordre qu'il imposera à l'autre partie ne sera pas injuste quant à sa teneur mais au processus de sélection dont il résulte. Aussi est-il tentant de conclure que l'injustice, tenant davantage à la forme qu'à la substance de la justice, est ici plus supportable que le déni de justice.

98. Solution en fait de l'antinomie. Si le conflit entre les particuliers, une fois qu'il est cristallisé par une antinomie de décisions, n'a pas de solution *en droit*, il en reçoit bien sûr tôt ou tard une *en fait*, comme il arrive toujours à l'état de nature. La lutte, même armée, n'est pas éternelle. Étudions les trois issues les plus récurrentes.

Il se peut d'abord qu'une partie, résignée face à l'échec du Droit et de la Justice, préfère renoncer à sa revendication plutôt que se faire prendre au jeu usant d'une série de procès sans fin, notamment parce qu'elle ne dispose pas des ressources adéquates, psychologiques et financières, pour y faire face. Plus faible, elle capitule en abandonnant sa prétention, pour autant non moins légitime – au sens rigoureux que l'on dit – que celle avancée par l'autre partie. En agissant de la sorte, le capitulant se ménage une sécurité en fait et la procure également à son adversaire. Il ne s'agit pas pour autant d'une sécurité *juridique* en ce sens qu'elle n'est pas le *fruit* du Droit. C'est là le triomphe de la loi du plus fort, du plus endurant. Un système qui encourage le plus fragile à renoncer aux semi-droits qu'il prétend lui accorder, c'est-à-dire qui pénalise le plus vulnérable, n'est pas générateur d'une Justice digne de ce nom.

Le deuxième suppose que les parties soient prêtes à défendre leurs prétentions avec une ténacité égale mais qu'elles soient également soucieuses de bénéficier au plus tôt d'un ordre, d'une sécurité. Il s'agit alors pour chacune de tâcher de se soustraire avant l'autre à la mise en œuvre de la décision qui lui est défavorable. Voilà qui met fin à la machinerie infernale des décisions et contre-décisions, laquelle est vouée à tourner aussi longtemps que les condamnations et contre-condamnations qu'elles prononcent peuvent être exécutées. La sécurité n'est ici de nouveau pas *juridique* – l'ordre qui s'installe n'est pas juridique – car ils ne sont pas le fait du Droit. Le facteur qui finit par les dispenser repose sur le comportement d'une partie qui en quelque sorte *s'oppose au droit* du point de vue de l'État qui a rendu la décision inexécutée, si bien que c'est pour cet État une sécurité et un ordre *anti-juridiques* qui se mettent en place. Car c'est par une dérobade à l'ordre d'un juge que l'ordre se réinstalle dans la sphère des sujets. C'est une partie qui, constatant l'absence de la Justice publique, se fait *justice* d'elle-même, une justice *privée* qu'un des litigants parvient à imposer à l'autre. Cette irruption de la justice privée s'en trouve pres-

que légitimée du fait de la carence de la justice publique, de la loi civile, tant il est vrai que « le fait d’interdire à quiconque de se faire justice à soi-même a pour corollaire indispensable la faculté... d’obtenir justice » des tribunaux³⁷⁸. Dans le but d’éviter le déclenchement d’une *course vers le for* (« *race to the forum* »), les deux États, en refusant de reconnaître la décision rendue par le premier juge saisi, encouragent au *départ le plus rapide* du for (« *race from the forum* ») : là on court pour s’assurer la saisine de l’organe judiciaire le plus favorable, ici pour échapper à la saisie des biens par l’organe de l’exécution le plus sévère. C’est alors le plus rapide, le plus malin, qui est souvent ici de nouveau le plus fort, le plus puissant, qui fait la Loi. Mais la sécurité qu’il se procure par ce biais n’est vouée à durer qu’aussi longtemps qu’il ne possède pas de biens ou d’activités dans l’État dont il a violé l’ordre judiciaire ; dès qu’il rebascule dans l’orbite de cet État, il s’expose à se faire rattraper par la justice de celui-ci. Si la relation est internationale, la sécurité qui se crée ainsi ne l’est pas, elle se génère par un retrait – et par une négation – de l’international, par une « désinternationalisation » de la relation, par un repli sur l’interne, un peu comme lorsqu’on se barricade chez soi et qu’à l’extérieur les combats font rage³⁷⁹.

Également obstinés mais également raisonnables, les justiciables peuvent encore s’efforcer de composer leur différend à l’amiable et renoncer chacun à une part de la prétention que la loi et la décision d’un des États tiennent pour entièrement fondée. C’est ici à une espèce de transaction qu’ils ont recours, encore que cette transaction n’ait pas vocation à conjurer un procès devant un juge étatique mais bien à parer tant bien que mal à l’échec du double procès qui s’est déroulé devant *deux* juges étatiques, à surmonter l’incapacité avérée de ceux-ci et des États dont ils tiennent leurs pouvoirs à trancher leur contestation. Seulement, si les États ne reconnaissent pas l’efficacité d’un tel accord postjudiciaire, s’ils persistent à habiliter les parties à échapper au règlement transactionnel qu’il pose, la relation continue d’évoluer dans le non-Droit et la sécurité toute provisoire que la transaction leur apporte n’est pas juridique au sens antérieurement exposé ; elle ne le devient que si les deux États sont l’un et l’autre prêts à se soumettre à la volonté concordante des parties et refusent dès lors à celle qui souhaiterait par la suite « se délier » la possibilité de se réclamer à nouveau de la décision que ses juges ont rendue en sa faveur.

³⁷⁸ G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, Napoli, 1933, n° 12 cité par S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile – Droit interne et droit de l’Union européenne*, 30^e éd., Paris, 2010, n° 77, qui observent que le « fondement du pacte social », le « renoncement » de chacun au « droit à se rendre justice lui-même... ne vaut que parce que le citoyen se voit ouvrir, dans le même temps » un accès à la justice publique. Or c’est cet « accès » que les deux États déniaient aux justiciables destinataires des deux décisions qui se neutralisent mutuellement.

³⁷⁹ Le mot entre guillemets est emprunté à Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 151. Cf. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie de droit*, p. 423 : « si l’établissement des relations d’échange ou de collaboration n’est pas possible du fait de... l’anarchie ou du désordre, il n’y a plus de société : chacun tend à se replier sur soi... ».

Dès lors qu’Overseas saisit le juge chinois et obtient une décision qui, statuant conformément à la loi chinoise, dénie à Mme Neilson tout droit à réparation, et que l’Australie refuse d’imposer à Mme Neilson de subir un tel choix, c’est-à-dire refuse de permettre à Overseas de déterminer elle-même en sa faveur la façon de résoudre le conflit de lois sino-australien, l’Australie n’acceptera pas de reconnaître la décision chinoise et habilitera Mme Neilson à solliciter du juge australien une décision qui, par application de la loi australienne, affirmera qu’elle a bien droit à des dommages-intérêts. À Mme Neilson qui brandira la décision australienne la déclarant créancière, Overseas opposera la décision chinoise la déclarant non débitrice. Qui a raison, qui a tort ? Pas plus les législateurs que les juges d’Australie et de Chine n’ont réussi à leur donner une réponse crédible, et l’intime conviction d’avoir raison qui animait Mme Neilson et Overseas avant la judiciarisation du différend est d’autant plus justifiée à présent qu’une décision de justice en vient confirmer de manière soi disant incontestable le fondement. Dans la mesure où les deux décisions peuvent être l’une et l’autre exécutées effectivement dans l’État qui les prononce, elles n’auront apporté aux parties aucune sécurité juridique (aucune *Realisierungssicherheit* et, partant, aucune *Orientierungssicherheit*). Face à un tel déni de justice et de sécurité, Overseas et Mme Neilson peuvent conclure un accord à l’amiable et convenir, par exemple, du versement de la moitié de la somme litigieuse. La sécurité que leur procure un tel accord n’est pas encore juridique ; elle le devient dès lors que l’État chinois et l’État australien acceptent de le faire respecter, ce qui implique que chacun retire toute efficacité à la décision qu’avaient prononcée ses juges. À défaut d’accord, un certain ordre se réinstalle en fait dès lors qu’Overseas retire tous ses biens et ses activités d’Australie ou Mme Neilson tous ses biens et ses activités de Chine, par quoi la spirale des décisions et contre-décisions en vient à s’arrêter. Mais la sécurité qui en découle pour les parties n’est ici de nouveau pas juridique car ce n’est pas le Droit qui la leur apporte, mais bien le comportement par lequel l’une d’elles se soustrait à l’ordre d’un juge, et qui constitue donc, du point de vue de celui-ci, un comportement anti-juridique et marque en tout cas le triomphe de la Loi du plus rapide, du plus malin, du plus fort, celle-là même qui domine à l’état de nature.

99. Synthèse. Une antinomie internationale tient en échec la prévisibilité du Droit envisagée à tout instant antérieur à la naissance de la relation interindividuelle qu’elle affecte et empêche de ce fait les intéressés, parties potentielles à cette relation, d’en prévoir les conditions d’établissement régulier et les effets, y compris de mesurer l’étendue de la liberté dont ils disposent de façonner ces derniers par eux-mêmes. Sa menace risque dès lors d’avoir un effet dissuasif de l’acte ou de l’activité projetée de même qu’à la longue, d’induire une fuite de l’international vers l’interne, au rebours de la fonction facilitatrice du Droit telle qu’observée sur le plan transfrontière. Les conséquences ultérieures qu’elle entraîne gagnent à être étudiées séparément selon que l’antinomie est éliminée par la saisine d’un juge, et au moment d’une telle saisine, ou qu’elle survit à celle-ci.

Dans la mesure où la relation se noue malgré l’imprévisibilité du Droit qui la régit, l’insécurité juridique dans laquelle l’antinomie internationale plonge

les parties avant l’ouverture d’un procès est de nature à les encourager précisément à l’ouvrir. La saisine leur offre en effet – dans cette première hypothèse – le seul moyen efficace pour aplanir le conflit international de lois et connaître enfin, et exercer, les droits et connaître et s’acquitter des obligations qu’a engendrés dans leur sphère juridique la relation litigieuse. C’est même une course de vitesse que déclenche un tel mode de résolution de l’antinomie car celui qui choisit le for détermine du même coup comment elle sera résolue, c’est-à-dire au profit de quelle loi. Voilà qui compromet irrémédiablement la sécurité juridique (préjudiciaire). Celle-ci n’est en effet assurée que lorsque les justiciables sont à même de connaître avec une certitude suffisante les conséquences de leurs actes avant et indépendamment d’un procès et qu’ils puissent mettre en œuvre de manière spontanée, paisible et féconde les relations juridiques qu’ils nouent, le procès pouvant évoluer à l’état latent et virtuel. Ce mode de résolution de l’antinomie internationale malmène également l’élément quasi-universel de la Justice entendue comme « tierceté » de celui qui tranche toute incertitude objective du droit affectant les particuliers avant le procès car ici, c’est bien une partie qui détermine par la saisine du juge en quel sens une telle incertitude doit être tranchée, sorte de conflit d’intérêts à la puissance maximale. La saisine devenant *de facto* l’acte quasi-final du procès, l’office du juge s’en trouve-t-il vidé de son sens et ce à la fois pour ce qui est de sa mission *rétrospective*, puisque ce n’est pas lui qui tranche le conflit international de lois ayant provoqué le litige et le procès, et de sa mission *prospective* puisque, le juge ne tranchant pas lui-même, sa décision, à supposer qu’elle soit rendue, ne participera pas à la formation progressive d’une règle de conflit international de lois à même de dispenser une sécurité juridique préjudiciaire aux justiciables qui seront parties à l’avenir à des relations internationales du même type. Du même coup, le procès ne permet pas non plus de retenir parmi les visions de la justice abstraite auxquelles souscrivent les deux lois antinomiques, celle qui satisfait le mieux aux exigences de la justice concrète et de concourir par là à l’affinement de la Justice, au progrès de celle-ci. On peut au contraire s’attendre à ce que, dans bon nombre de situations, la partie prenant l’initiative de la saisine le fasse en fonction de ses propres intérêts et dans un sens autre que celui qu’aurait commandé la recherche de la justice entendue comme équité. Le processus naturel de développement, d’auto-perfectionnement de l’ordre juridique et du Droit, dont la tendance biologique est de progresser, même lentement et par-à-coup, sous l’angle de la prévisibilité et de la justice, s’en trouve ainsi indéfiniment « stoppé ». L’objectif ultime du Droit consistant à apporter une solution au conflit entre les hommes est toutefois garanti du fait que les deux États s’accordent pour que la loi du juge saisi soit la seule qui les régie. C’est pourquoi il s’agit d’une solution *en droit* de l’antinomie internationale et que la sécurité dispensée aux parties dès la saisine est encore une sécurité proprement *juridique*.

Il en va différemment dans la seconde hypothèse. Si elle n’est pas résolue par la saisine d’un juge, l’antinomie internationale de lois menace de dégéne-

rer en conflit international de décisions. Les deux choses jugées se privant mutuellement d’effets, le conflit entre les parties se cristallise et menace d’être perpétuel, et, en tout cas, de ne plus pouvoir être résolu par le Droit. La solution *en fait* qu’il recevra tôt ou tard pourra découler de ce qu’une des parties renonce, parce que plus faible, à sa prétention, pourtant déclarée fondée par une décision de justice, ou que, plus rusée et véloce, elle parvienne à se soustraire avant l’autre à l’exécution forcée du jugement qui lui est défavorable, ce qui marque à nouveau un abandon de l’international et un repli sur l’interne. Dans un cas comme dans l’autre, la sécurité qu’apporte aux particuliers une telle issue, qui peut par ailleurs n’être que provisoire, n’est pas *juridique*, le Droit n’ayant pas d’influence déterminante sur elle³⁸⁰. C’est même, dans le deuxième cas de figure, par une manœuvre anti-juridique, manifestation de la justice privée, qu’est donné le « coup de pouce » arrêtant la spirale infinie des procès et contreprocès : « coup de pouce » qui revient donc à un « coup de force ». La seule voie pour rebasculer dans le Droit et dans la Justice que tient en échec un conflit international de décisions – pour que la relation interindividuelle soit véritablement *juridique* au sens de régie par le Droit – consiste en ce qu’un des États renonce à l’intangibilité de la chose soi-disant jugée c’est-à-dire à accepter que la chose soit jugée autrement qu’elle l’a été par la décision qu’il a rendue.

Il résulte de ce qui précède que l’accomplissement du Droit et de la Justice s’agissant d’une relation privée internationale suppose la prévention ou la résolution du conflit international des lois émanant des communautés étatiques qu’elle affecte et qui ont dès lors vocation à la régir et qu’une telle prévention et une telle résolution passent à leur tour nécessairement par la renonciation, de la part d’un des États « co-affectés », à la volonté de mettre en œuvre sa loi à l’égard d’une telle relation. Il résulte aussi que la question de savoir quelle est, des deux communautés étatiques « co-intéressées », celle dont la loi sera retenue et celle dont la loi sera écartée, c’est-à-dire la question de savoir au profit de quelle loi l’antinomie internationale sera tranchée, doit être vidée soit, et d’une manière en principe identifiable avant la naissance de la relation, par les autorités habilitées à produire des règles *générales* et *abstraites* – législateurs d’abord mais aussi juges dans la mesure où ces derniers exercent la mission *prospective*, particulièrement manifeste chez les Cours suprêmes –, soit par les autorités habilitées à émettre des *normes individuelles*, c’est-à-dire les juges pris dans l’exercice de la mission *rétrospective*. Il résulte enfin que, dans ce dernier cas, la norme individuelle qui tranche l’antinomie internationale affectant une espèce concrète devrait pouvoir contribuer, notamment si elle est confirmée par une décision des juridictions supérieures ou qu’elle résulte autrement de celle-ci, à fixer par avance le principe de solution du conflit international de lois frappant les espèces futures du même type et ce conformément au pro-

³⁸⁰ Cf. G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, p. 262.

cessus naturel d’évolution de tout ordre juridique sur lequel nous avons attiré l’attention.

Accomplir tout cela est ce vers quoi tend la règle de conflit bilatérale. Il est grand temps de s’y intéresser.

Section II : Prévention et résolution de l’antinomie internationale

100. *Forme bilatérale et source bilatérale de la règle de conflit.* Pour empêcher que le conflit international de lois demeure irrésolu en se cristallisant en un conflit de *décisions*, tout État tend – et, pour la plupart, depuis longtemps – à ne pas s’opposer à la reconnaissance d’une décision rendue par l’autre État « co-intéressé » du seul fait qu’une telle décision a tranché conformément à la loi de l’État qui l’a rendue alors même que l’État requis, s’il avait été saisi de l’affaire, eût mis en œuvre sa propre loi et que celle-ci eût entraîné une différente distribution des droits et obligations³⁸¹. Aussi et pour la même raison un État est enclin à ne pas faire obstacle à la litispendance instaurée dans un autre État du seul fait que celui-ci appliquera sa propre loi au fond de la contestation alors que l’État saisi en second lieu y déclare applicable la sienne et que celle-ci conduirait à une issue différente du litige interindividuel.

La réalisation du Droit et de la Justice à l’égard des relations privées internationales requiert cependant, on l’a vu, davantage que la prévention des conflits internationaux de décisions. Elle exige aussi que le conflit international de lois soit, d’une part, et dans la mesure du possible, également *prévenu*, c’est-à-dire résolu par avance et de manière suffisamment prévisible par l’intermédiaire des règles générales, condition nécessaire pour que les justiciables puissent connaître leurs droits et leurs obligations sans se faire un procès et qu’ils soient à même d’exécuter spontanément la relation qui s’est nouée entre eux ; que, d’autre part, dans la mesure où les règles générales n’achèvent pas de prévenir l’antinomie, celle-ci soit *résolue* par un juge qui, en même temps qu’il tranche le litige par une norme individuelle, contribue par la décision qu’il rend à l’établissement d’un critère de prévention des litiges futurs du même type, selon la dynamique primordiale de progrès que nous avons discerné au fondement de tout ordre juridique³⁸².

Plusieurs voies peuvent être empruntées pour prévenir ou résoudre l’antinomie menaçant les relations interindividuelles qui affectent deux communautés étatiques, qui sont dès lors « co-intéressées » au règlement de ces relations et par là au règlement du conflit de lois pouvant les opposer à leur propos. Les États A et B peuvent d’abord négocier dans un cadre bilatéral un critère de coordination des sphères d’application de leurs lois à l’égard des relations inter-

³⁸¹ C’est l’un des traits de notre hypothèse de travail : v. *supra*, n° 3.

³⁸² *Supra*, n° 85, 89 et 93.

nationales AB. Une telle négociation peut déboucher sur la mise au point d’une règle de conflit de lois qui est alors *bilatérale* non seulement quant à sa *forme* mais également quant à sa *source* en ce sens qu’elle est issue d’une concertation bilatérale et que les deux « côtés » (*latus*) également concernés, les deux sujets-États, ont concouru à l’élaborer et l’ont intégrée dans leurs ordres nationaux. C’est particulièrement la bilatéralité quant à la source qui fait qu’une telle règle est apte à trancher le conflit de lois et par là le conflit entre personnes privées, assurant ainsi la coordination recherchée. La quête de celle-ci peut également avoir lieu dans un contexte plus large englobant d’autres États (C, D, etc.). Un tel effort collectif peut entraîner le développement d’une règle de conflit qui est *multilatérale* non seulement quant à sa structure mais également quant à son origine et à l’adhésion qu’elle suscite, puisqu’elle est le fruit d’une concertation multilatérale et qu’elle a été acceptée par plusieurs communautés étatiques. Les États A et B, en s’associant le cas échéant également aux États C, D, etc., peuvent enfin confier à une autorité supranationale le pouvoir de fixer le critère de la coordination entre eux, c’est-à-dire d’élaborer une règle de conflit qui est multilatérale quant à sa structure et multilatérale et plus exactement *supranationale* quant à son origine.

Ainsi l’Espagne et le Royaume-Uni peuvent-ils convenir *bilatéralement* d’une règle de conflit de lois applicable aux successions internationales hispano-britanniques et la consacrer dans un Traité hispano-britannique ou bien participer avec d’autres pays à la négociation d’une règle de conflit de lois de source multilatérale et destinée à être accueillie dans une convention *multilatérale* ou bien encore confier à une entité *supranationale* – une union hispano-britannique ou une union regroupant également d’autres États et spécialement l’Union européenne – le pouvoir d’établir et d’imposer une telle règle de conflit de lois, qui sera de source supranationale³⁸³.

Aussi longtemps qu’une des voies sus-évoquées n’est pas empruntée, les États A et B ne se désintéressent par pour autant de la coordination, ce qui signifierait qu’ils ne se préoccupent pas de la résolution des conflits pouvant surgir entre les membres des sociétés dont ils ont la responsabilité et qu’ils acceptent ainsi de faillir à l’une de leurs tâches primordiales. Seulement, ils évoluent au stade d’une quête spontanée, non concertée, de cette coordination à laquelle chacun entreprend de travailler pour son propre compte. L’instrument généralement sollicité est la *règle de conflit de lois bilatérale*³⁸⁴. Nécessaire en vertu de sa *forme* universalisable, celle-ci peut ne pas être toujours suffisante en raison de la relativité de la *teneur* du critère de prévention ou de résolution du conflit de lois que retiennent les différents États, et du fait que ceux-ci peu-

³⁸³ Un tel transfert de compétence à une entité légiférante supra-étatique est ce qui a permis l’adoption par l’Union européenne du Règlement en matière de successions, qui, du moins pour l’instant, n’a cependant pas été repris par le Royaume-Uni.

³⁸⁴ Référence est ici faite aux domaines du droit qui ont les caractéristiques évoquées *supra*, n° 3, et auxquels est circonscrite la présente investigation.

vent par conséquent ne pas retenir le même (§ 1). Les antinomies des règles de conflit qui se produisent ainsi – et la situation de renvoi traduit l’une d’elles – demandent à être tranchées à l’aide d’un critère lui aussi *universalisable* (§ 2).

§ 1. Règle de conflit bilatérale comme moyen *nécessaire* mais non *suffisant* pour prévenir l’antinomie internationale

101. Plan. La forme bilatérale d’une règle de conflit de lois posée par un État lui assure la vocation à coïncider avec celle posée de manière également unilatérale par l’autre État en conflit de renvoi (A). Mais aussi longtemps que la substance ou teneur du critère de coordination est déterminée unilatéralement par chacun des États, une telle substance peut être différente d’un État à l’autre, auquel cas cette première démarche peut ne pas encore parvenir à la coordination recherchée (B).

A – La règle de conflit bilatérale comme moyen nécessaire pour prévenir le conflit international de lois

102. Proximité comme manifestation de la justice distributive. Lorsqu’ils évoluent dans la phase de la recherche spontanée d’une coordination entre eux à la faveur des relations privées s’inscrivant simultanément au sein de leurs sociétés, les États A et B commencent par apprécier chacun pour son propre compte la force respective des différents liens que de telles relations sont susceptibles de présenter avec son milieu et avec celui de l’autre. Aussi l’idée de « proximité » inspire-t-elle naturellement une telle démarche.

La proximité semble bien être une *manifestation de l’idée plus générale de justice distributive*, ou de répartition des bénéfices et des charges, ainsi que le montrent maints domaines du droit privé. Si un conflit entre personnes privées surgit, comme nous avons pris la liberté de le rappeler³⁸⁵, de l’impossibilité de *rerum natura* d’exaucer les prétentions incompatibles que ces personnes sont susceptibles d’avancer à l’égard de l’objet potentiel d’un litige et du bénéfice et notamment du domaine de liberté qu’il procure – une somme d’argent, un bien déterminé, une activité ou prestation de faire, un enfant, etc., – et que le sacrifice d’une des prétentions incompatibles est un élément constitutif du Droit, un tel sacrifice s’opère moyennant le choix et la désignation par les auteurs de la règle, parmi les prétentions qu’ont vocation à avancer les sujets « en présence », de celle qui pèse plus lourd sur la balance et du côté duquel se positionne le « centre de gravité » de celle-ci. Or, un tel critère de désignation consiste souvent à attribuer l’objet convoité à celui des sujets ayant vocation à le prétendre qui entretient avec cet objet le *lien le plus significatif*, ou bien à imposer la charge de fournir un tel objet et le bénéfice y relatif à celui qui entre-

³⁸⁵ *Supra*, n° 52 s.

tient le *lien plus significatif* avec la personne qui a vocation à le recevoir. Le Droit privé est aussi en quelque sorte un droit de *rattachement*, et ce dans le double sens du terme : rattachement en tant qu'*effet* de l'attribution de l'objet potentiel du litige à la partie qui a la vocation la plus significative à se l'approprier, à le « rattacher » à sa sphère juridique, ou de l'attribution de la charge y relative à la partie qui a la vocation la plus significative pour la supporter, pour la « rattacher » à sa sphère juridique ; rattachement en tant que lien préexistant à une telle attribution et qui est alors la *cause*, exclusive ou concurrente, de celle-ci.

Lorsqu'une personne décède *ab intestat*, ce sont ses *proches* qui ont « vocation » à prétendre recueillir les biens qu'elle laisse. Le critère primordial pour mesurer la légitimité de telles prétentions, et de les hiérarchiser, est bien la force du *lien de proximité* unissant le *de cujus* et chacun des successibles, la prétention de ceux-ci étant d'autant plus justifiée que ce lien est « étroit ». Bien sûr, deux sujets, et notamment deux États, peuvent être en désaccord s'agissant de déterminer quel est le lien le plus significatif – lien de filiation, conjugal, de paternité ou maternité, de fraternité ou sororité, affectif, etc. – et plus largement d'établir la *hiérarchie* entre ces différents liens. La garde d'un enfant est en général confiée aux parents plutôt qu'aux grands-parents en raison du lien généralement plus significatif qui unit l'enfant à ses ascendants directs et, en cas de désaccord entre ces derniers, c'est le parent, père ou mère, avec qui l'enfant a développé l'*attache prépondérante* qui le prendra en charge, encore que les juges de deux États – et les juges du même État – puissent parvenir à des conclusions différentes quant au poids respectif de ces attaches. L'usucapion récompense le lien que le détenteur d'un bien a établi avec celui-ci en l'utilisant et qui, une fois le délai écoulé, est jugé désormais plus significatif que le lien qui rattache le bien à son (ancien) propriétaire. L'État A peut estimer que la durée de l'usage nécessaire pour que le lien se nouant entre un bien et son détenteur dépasse en intensité celui qui l'unit à son propriétaire soit de cinq ans, l'État B de sept, l'État C encore de dix, l'État A peut estimer qu'il faut à cet effet la bonne foi, l'État B que celle-ci n'est pas nécessaire, etc. Si une personne tombe dans le dénuement, la hiérarchie des « obligés » à lui fournir les aliments est d'ordinaire établie selon le *lien de proximité* qu'ils entretiennent avec cette personne, encore que deux États puissent diverger sur l'appréciation de la proximité prépondérante, un État pouvant estimer que le lien contractuel unissant le donataire au donateur est plus significatif en matière alimentaire que lien de parenté unissant celui-ci à son fils ou son père, tandis qu'un autre État peut bien considérer que la proximité contractuelle n'est pas suffisante à ébranler la suprématie de la proximité familiale.

Si la Justice opère une « pesée » des deux prétentions rivales afin d'en mesurer le poids respectif, et de relever le *Schwerpunkt* de la balance, on comprend que l'idée fondamentale inspirant le règlement du conflit de prétentions étatiques et, par là, de prétentions privées selon l'articulation vue plus haut³⁸⁶,

³⁸⁶ *Supra*, n° 47-49.

consiste à rechercher quelle est la communauté étatique au sein de laquelle se concentrent les attaches prépondérantes de la relation interindividuelle en cause et du côté de laquelle se localise le *Schwerpunkt* d’une telle relation. La prétention avancée par un État à régir par sa loi un rapport humain qui affecte sa société – et, partant, à donner satisfaction au particulier qui se réclame de sa loi – est en effet d’autant plus légitime que le lien par lequel un tel rapport humain s’intègre au sein de son milieu socio-économique est significatif. Il s’ensuit que la prétention avancée par une partie à une relation internationale est d’autant plus respectable que la loi sur laquelle elle prend appui est celle d’un État à la société duquel la relation est significativement rattachée.

La prétention de l’Espagne à trancher au moyen de sa loi, et de la vision de la justice que celle-ci exprime, le conflit entre la seconde épouse et les enfants du premier lit d’un *de cujus* ayant des attaches avec l’Espagne et l’Angleterre, est d’autant plus justifiée que le lien que l’affaire, et notamment le *de cujus*, présente avec le milieu espagnol est significatif. C’est, par conséquent, en fonction de la force de ce lien avec l’Espagne que se mesure la légitimité de la prétention des enfants à obtenir la réserve prévue par la loi de cet État. Il en va de même du point de vue de l’Angleterre et de l’épouse qui souhaite se prévaloir de la loi anglaise. Il n’est dès lors pas étonnant que, tout comme la mesure de la légitimité d’une prétention privée à recueillir ces biens dépend de l’intensité des liens de proximité qu’elle entretenait avec le *de cujus*, la légitimité de la prétention étatique à déterminer à qui ces biens reviennent soit également fonction des liens que le *de cujus* entretenait avec chacun des États. Il est aussi naturel que tout comme la « vocation » héréditaire des parents les plus proches exclut celle des parents les moins proches, la « vocation » de l’État le plus significativement rattaché exclut la « vocation » de l’État le moins significativement rattaché.

Alors même qu’il ne parvient pas à départager deux rattachements, qu’il estime que le degré de proximité qu’ils traduisent est foncièrement équivalent, un État agissant dans cette phase de recherche spontanée de la coordination, ne prétend en général pas, pour ce qui est des relations *ex lege*, mettre en œuvre inconditionnellement le critère de prévention du conflit d’intérêts privés qu’il consacre dans sa loi à l’égard des situations présentant avec son milieu socio-économique l’un ou l’autre rattachement, et ce encore que sa loi ait bel et bien « vocation » à régir les unes et les autres. C’est là une caractéristique constitutive de la règle de conflit bilatérale en même temps que l’idée fondatrice du bilatéralisme.

Il s’agit maintenant, comme annoncé plus haut³⁸⁷, de voir pourquoi, en édictant une règle bilatérale classique, un État ne retient qu’un seul rattachement parmi ceux qui fondent le domaine d’applicabilité « vocationnelle » de sa loi.

³⁸⁷ *Supra*, n° 39.

103. Choix d'un critère à vocation universelle. La raison en est que s'il en retient plusieurs alternativement, *et que les autres États en font de même*, le conflit international de lois ne serait pas résolu et sa persistance entraînerait les méfaits que l'on a vus. C'est là la rationalité de la réduction de la vocation de la loi du for à une *seule* circonstance de rattachement, à laquelle procède la règle de conflit bilatérale classique, c'est là la mission qui lui est connaturelle. Si l'État A réclame l'application de sa loi aux relations qui présentent avec son milieu, alternativement, deux rattachements, *x* et *y*, et que l'État B revendique la liberté de mettre en œuvre sa loi à l'égard des relations rattachées à son milieu par ces mêmes rattachements *x* et *y*, toutes les relations internationales AB rattachées par le critère *x* à l'État A et par le critère *y* à l'État B – ou bien par le critère *y* à l'État A et par le critère *x* à l'État B – s'en trouvent soumises tout à la fois à la loi de A et à la loi de B et c'est là loi contre loi, prétention étatique contre prétention étatique et, par conséquent, prétention privée contre prétention privée, de telle sorte que l'avènement du Droit et de la Justice en serait fatalement compromis.

L'Espagne a « vocation » à régir par sa propre loi – et à donner satisfaction à la prétention privée qui s'en réclame – le conflit de prétentions privées s'élevant des successions laissées par tout *de cujus* décédé avec domicile en Espagne alors même qu'il est ressortissant étranger, par exemple Britannique. Mais l'Espagne a également « vocation » à régir par sa propre loi le conflit de prétentions privées s'élevant des successions laissées par un Espagnol alors même qu'il est domicilié à l'étranger, par exemple en Angleterre. Le lien qu'entretiennent avec la société espagnole la première espèce – par le domicile du *de cujus* : rattachement *x* – et la seconde espèce – par la nationalité du *de cujus* : rattachement *y* – est *a priori* également significatif. Dès lors, l'Espagne peut hésiter à indiquer quel est le plus significatif et être tentée de concrétiser la « vocation » de sa loi à l'égard des deux catégories de successions hispano-britanniques. Seulement, si elle cédait à une telle tentation, et que l'Angleterre en faisait autant, toutes les successions d'un Britannique domicilié en Espagne et d'un Espagnol domicilié en Angleterre seraient soumises simultanément à la loi espagnole et à la loi anglaise. Il en résulterait que ni l'Espagne ni l'Angleterre ne seraient en réalité libres de trancher par leur loi le conflit en donnant satisfaction à l'intérêt privé que chacune estime prépondérant, parce que la liberté que chacune réclame serait neutralisée par la réclamation de la même liberté par l'autre État. Le conflit entre prétentions étatiques n'étant pas prévenu, le conflit entre les prétendus ayants droit ne le serait pas non plus.

Ainsi, de même, l'Australie a vocation à régir par sa loi tout à la fois le conflit s'élevant entre la victime et le responsable, l'un et l'autre résident australien, d'un accident survenu hors d'Australie et notamment en Chine, et le conflit s'élevant entre deux résidents d'un même État étranger, et notamment de Chine, protagonistes d'un accident survenu en Australie. Le lieu de survenance du fait dommageable et la résidence commune à l'auteur et à la victime constituent, l'un et l'autre, des liens significatifs d'intégration de ces deux catégories de situations avec la société australienne. Mais dans la mesure où l'Australie déclare

sa loi applicable aux deux catégories de situations et que la Chine en fait autant, le conflit de lois sino-australien n’est pas prévenu, pas plus que ne l’est le conflit entre victime et responsable. C’est pour ne pas rendre impossible la prévention d’un tel double conflit que l’Australie commence par ne déclarer sa loi applicable qu’en vertu d’un seul rattachement et que la Chine suit la même démarche.

Le propre du bilatéralisme consiste donc à astreindre un État, qui a pris unilatéralement l’initiative de la coordination, à se situer, pour choisir le critère de la coordination qu’il avance, d’un point de vue bilatéral ou multilatéral, c’est-à-dire à ne pas revendiquer pour sa loi un champ d’application international plus large que celui qu’il est prêt à reconnaître à la loi des autres États. Aussi la liberté dont jouit chaque communauté étatique de choisir et d’avancer un tel critère de coordination est-elle limitée par la *forme* que celui-ci doit revêtir. Cette forme est bilatérale ou multilatérale, en ce sens que ne peut être choisi qu’un critère ayant vocation à être « voulu » et retenu par l’autre État en conflit de renvoi ou par tout État susceptible de l’être et en général par un législateur universel.

L’explication la plus saisissante de la nécessité de l’adoption par un sujet-État recherchant unilatéralement la coordination avec ses homologues, d’une perspective multilatérale semble bien être celle que fournit la doctrine kantienne de la genèse du Droit. Il est d’autant plus justifié de se tourner vers cette doctrine, que la règle prescrivant l’acceptation du renvoi, on l’a vu, a depuis toujours suscité bien des perplexités du fait que, loin d’obéir à l’impératif catégorique, elle semble au contraire s’inspirer d’une sorte d’impératif catégorique *à l’envers*, de l’*anti-impératif catégorique*³⁸⁸ : car la liberté que l’État revendique de départager les deux lois en conflit négatif en retenant toujours la sienne, n’induit la coordination – et elle n’est effective – que si l’autre État en conflit de renvoi s’abstient toujours d’avancer la même prétention, de réclamer la même liberté³⁸⁹.

³⁸⁸ O. Kahn-Freund, *General Problems of Private International Law*, Leiden, 1976, p. 285-291, qui évoque en effet un « impératif catégorique renversé » ; G.C. Cheshire / P. North, *Private International Law*, p. 57 (« presumably even a *renvoyiste* must admit that if his view is sound it should be followed in all countries ») ; H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 572 ; J. Maury, « Règles générales », p. 538-539 ; R. De Nova, « Considerazioni sul rinvio in diritto inglese », *Riv. dir. int.*, 1938, p. 388 s., repr. in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova 1976, p. 88-89 ; E. Lorenzen, « The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws », 50 *Yale L.J.* 743 (1941), p. 753 ; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 273 ; G.A.L. Droz, « Regards », p. 309 ; M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 120 ; K. Siehr, « Rechtsangleichung im IPR durch nationale Kodifikationen », *Festschrift A. von Overbeck*, Fribourg, 1990, p. 224 ; E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », p. 534 ; F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 241 ; P. Lalive, « Tendances et méthodes », p. 270 ; M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, « Succession law and renvoi », p. 984 ; J.H.C. Morris / D. McLean, *The Conflict of Laws*, p. 514 ; C.M.V. Clarkson / J. Hill (ed.), *Jaffey on the Conflict of Laws*, p. 549.

³⁸⁹ Les paragraphes qui suivent reprennent l’essentiel de la contribution parue aux *Mélanges I. Schwander* (Saint Gall, 2011, p. 613 s.), et reproduite in *Clunet*, 2012, p. 59, sous le titre « Le droit international privé à l’épreuve de la théorie kantienne de la justice », à laquelle nous prenons la liberté de renvoyer pour des références bibliographiques plus exhaustives. Les écrits kantien

104. Loi universelle du Droit et loi du bilatéralisme. C'est notamment le récit que livre la tradition kantienne de la transition de l'état de nature à l'état juridique qui nous intéresse ici. À l'état de nature, il n'existe pas de limites fixées par le droit positif, justement absent, à la liberté des sujets. Chaque sujet est donc en principe libre d'agir comme il l'entend mais sa liberté est en fait largement inhibée par celle que réclament et s'efforcent d'exercer d'autres sujets. C'est donc un état de liberté largement apparente, lequel peut à tout moment dégénérer et entraîner des affrontements qui amèneraient au triomphe de la loi du plus fort. Aussi est-ce à l'état de nature qu'un sujet commence pour son propre compte à éprouver le besoin de se ménager un espace de liberté effectif, c'est-à-dire respecté par ses homologues, à l'intérieur duquel il est véritablement libre de vouloir et de réaliser sa volonté en agissant conformément à celle-ci. Cet état « préjuridique » correspond précisément au stade d'une recherche spontanée, unilatérale et non concertée, du principe de coordination entre les sujets dont les actions sont susceptibles d'empiètement réciproque et qui risquent, pour les raisons indiquées, de ne pas être libres de les accomplir.

Bien que le droit positif n'existe pas encore, chaque sujet est déjà tenu à l'observation de ce que la doctrine kantienne appelle loi universelle du Droit ou principe universel de Justice. Formulée comme une variante de l'impératif catégorique³⁹⁰, la loi universelle du Droit fixe les limites à la liberté que chaque sujet peut prétendre pour lui, dans un espace qui n'est pas encore de droit positif mais qui est appelé à le devenir. « Permis – d'après la formulation peut-être la plus achevée de cette loi universelle – sont l'action ou le principe de l'action (« maxime ») qui peuvent être généralisés sans contradiction » (*wider-spruchsfrei verallgemeinbar*)³⁹¹. D'après son énoncé négatif, « il est défendu de vouloir agir selon un principe dont il est impossible de vouloir qu'il soit érigé en une loi générale car une telle volonté serait alors contradictoire »³⁹². Il s'agit pour cette doctrine d'une loi antérieure au droit positif et qui gouverne la production de celui-ci, d'une loi prépositive qui, si elle n'est pas respectée, empêche le Droit de naître, d'exister. La loi universelle du Droit a comme point

cités en se rapportant à l'« *Akademieausgabe* », *Kants gesammelte Schriften*, publiée par de Gruyter à partir de 1900 (« AA »).

³⁹⁰ B. Orend, « Kant on International Law and Armed Conflict », 11 *Can J. L. and Jurisprudence* 329 (1998), p. 335 pour qui « we might think of [the Universal Principle of Justice] as an 'externalized' version of the categorical imperative itself » ; v. ég. G. Cavallar, *Kant and the Theory and Practice of International Right*, Cardiff, 1999, p. 50.

³⁹¹ Ch. Schnoor, *Kants Kategorischer Imperativ als Kriterium der Richtigkeit des Handelns*, Tübingen, 1989, p. 8 ; K. Flikschuh, « Freedom and constraint in Kant's *Metaphysical Elements of Justice* », *History of Political Thought*, 1999, p. 253.

³⁹² Cf. J. Rawls, *A Theory of Justice*, p. 114, lequel, sous l'influence de Kant, indique parmi les « contraintes formelles du concept de droit » (« formal constraints of the concept of right »), l'*universalité d'application* (« principles are to be universal in application »), si bien que « a principle is ruled out if it would be self-contradictory, or self-defeating, for everyone to act upon it » et, semblablement « *should a principle be reasonable to follow only when others conform to a different one, it is also inadmissible*. Principles are to be chosen in view of the consequences of everyone's complying with them » (l'italique est de nous).

commun avec les *lois juridiques* de pouvoir être violée, mais elle s’en différencie en ce qu’elle n’est pas *positive* au sens de posée par un législateur qui aurait pu ne pas la poser et en poser une autre, mais bien elle est immuable, valable en tout temps et lieu, à l’instar des *lois de nature*, des *lois physiques*³⁹³.

Aussi bien, un sujet vivant dans un stade préjuridique est tenu de se représenter en législateur universel, non pas en ce sens qu’il doit prescrire la norme de l’action – et par là de la coordination – universelle, car les autres sujets sont tout aussi législateurs, c’est-à-dire tout aussi libres que lui, et ne sont point liés par sa volonté, mais bien pour mesurer l’espace de liberté qu’il peut légitimement se tailler. Or, la légitimité se mesure à la *vocation universelle* du principe de l’action individuelle projetée et de la volonté dont elle procède. Aussi bien, chaque sujet doit se placer à un point de vue *multilatéral* et se demander si la norme dont il veut qu’elle gouverne son action peut être également assignée par les autres sujets à la leur, autrement dit si la mise en œuvre simultanée des actions individuelles commandées par la généralisation ou universalisation d’une telle norme ou maxime est concevable dans le monde réel, sans collisions. Si la réponse est oui, alors la norme ou maxime de l’action projetée est qualifiée par cette doctrine de légitime et le sujet est libre de la vouloir, et plus exactement, d’avancer la prétention correspondante. À défaut, elle déborde les contenus permis de la volonté, du pouvoir de vouloir, du *Wollen Können*, et elle est donc *illégitime*, le sujet n’étant pas fondé à prétendre s’y conformer.

Une telle loi s’impose pour Kant à l’action projetée de tout sujet dans ses rapports avec ses homologues, c’est-à-dire tout autant aux sujets-individus qu’aux sujets-États³⁹⁴ et, quant à ceux-ci, elle régit non seulement les relations entre États « envisagés dans leur globalité », mais bien également les « relation[s] entre personnes individuelles appartenant à un État et celles de l’autre »³⁹⁵. Appliquée aux relations privées relevant de plusieurs communautés étatiques, la loi universelle du Droit astreint tout sujet-État à se demander, avant de fixer le critère d’application de sa loi à de telles relations et aux « personnes individuelles » qu’elles impliquent, si la sphère de liberté qu’il compte de la sorte prendre pour lui – liberté consistant à fixer lui-même le critère de

³⁹³ *Vers la paix perpétuelle*, AA, 8 : 376-377, où on lit que c’est bel et bien un « principe de droit qui possède une nécessité inconditionnée » ; sur ce que cette loi est conçue par Kant comme analogue à la fois aux « lois positives » et aux « lois naturelles » (ou « scientifiques »), v. G.P. Fletcher, « Law and Morality : A Kantian Perspective », 87 *Columb. L. Rev.* 533 (1987), p. 538-540.

³⁹⁴ L’insistance de la doctrine kantienne sur les liens conceptuels et normatifs entre sphère interindividuelle et sphère interétatique représente pour beaucoup son apport le plus précieux à l’histoire de la pensée juridique et politique : W.B. Gallie, *Philosophers of Peace and War*, Cambridge, 1978, p. 53-54 ; F. Tesón, « The Kantian Theory of International Law », 92 *Colum. L. Rev.* 53 (1992), p. 90 ; pour une vue plus nuancée, C. Bottici, « The Domestic Analogy and the Kantian Project of *Perpetual Peace* », 3 *J. Phil. of Inter. Law* 1 (2007), p. 16. Pour B.S. Byrd / J. Hruschka, *Kant’s Doctrine of Right*, Cambridge, 2010, p. 1, « Kant indeed is the only one author who provides *one* single model... on the national, international and cosmopolitan levels » (italique en original). C’est ce à quoi s’essayera aussi Kelsen.

³⁹⁵ *Doctrine du droit (Rechtslehre)*, AA, 6 : 343.

résolution du conflit entre les parties à ces relations en donnant satisfaction à la prétention privée fondée sur sa propre conception de la justice – peut coexister avec l’égale liberté des autres États, si le principe traçant les limites du domaine d’application qu’il veut assurer à sa loi a bel et bien vocation à être retenu par ses homologues. La loi universelle du Droit interdit dès lors à un État de prétendre mettre en œuvre inconditionnellement sa loi à l’égard de toutes les relations privées internationales qui présentent avec son milieu alternativement un lien de rattachement *x* et un lien de rattachement *y* : une telle volonté ne pourrait pas être bilatéralisée, généralisée, universalisée sans contradiction. La revendication par l’État d’un tel espace de liberté, d’un tel champ d’application de sa loi, et une disposition ayant forme législative qui la consacrerait, serait donc illégitime. On peut escamoter les difficultés liées à la mise en lumière du fondement de cette « interdiction de vouloir » en observant qu’une volonté qui méconnaîtrait une telle restriction, si elle est développée et formulée également par l’autre État, aboutit, jointe à celle de cet autre État, pour les raisons que l’on a vues, à ne plus être normative³⁹⁶, et les dispositions qui la consacrent à ne pas être des normes juridiques du tout ; chacun des États perdrait en conséquence, par rapport à de telles relations interindividuelles, son identité – son essence – d’État en tant que producteur de Droit, il s’auto-détruirait, il s’auto-nierait en tant qu’État. Ces relations humaines ne seraient en conséquence pas des relations *juridiques* au sens de gouvernées par le Droit et bénéficiant du Droit, et les personnes qui y participent se verraient retirer la qualité de *justiciables* au sens de méritant justice, de pouvant faire reconnaître leurs droits subjectifs en justice et exercer de tels droits en comptant au besoin sur le concours de la force légitime sur laquelle la justice s’appuie, car il n’y aurait pas de droits subjectifs mais de conflits irrésolus de prétentions à des droits subjectifs incompatibles et, partant, inexistantes en tant que droits subjectifs.

La loi universelle du Droit interdit à l’Espagne de prétendre que la loi espagnole soit systématiquement appliquée à la fois à la succession d’un Espagnol domicilié à l’étranger (y compris en Angleterre) et à la succession d’un étranger (y compris un Britannique) domicilié en Espagne. Une *disposition* édictée par l’État espagnol qui énoncerait que la « loi espagnole est applicable à la succession d’un étranger domicilié en Espagne et à la succession d’un Espagnol domicilié à l’étranger » violerait une telle loi universelle. La volonté de la communauté étatique espagnole qu’elle consacre, si elle s’accompagne de la volonté de l’Angleterre d’en faire de même, ne serait pas réalisable, elle ne serait pas « normative », et la disposition qui énonce une telle volonté ne contiendrait pas des *normes juridiques* mais ne ferait que jeter les particuliers dans le désordre et dans l’insécurité, en conséquence de quoi l’Espagne et l’Angleterre manqueraient l’une et l’autre leur responsabilité primordiale, qui est celle de prévenir et trancher de manière définitive les différends entre personnes privées participant à leur société pour éviter qu’elles se fassent justice elles-mêmes.

³⁹⁶ V. *supra*, n° 59 s.

L’universalisabilité du principe de l’action projetée par le sujet-État agissant dans un état préjuridique constitue la quintessence du bilatéralisme. On a d’ailleurs souvent affirmé que celui-ci constitue un *principe universel de justice* des relations privées internationales. Ce qu’on pourrait appeler la *loi du bilatéralisme* semble bien n’être que l’expression, sur le plan de ces relations, de la loi universelle du Droit que Kant nous a précisément encouragés à appliquer aux « relation[s] entre personnes individuelles appartenant à un État et celles de l’autre ». La loi du bilatéralisme impose à chaque État de ne prétendre de liberté – ici celle d’organiser les relations privées comme bon lui semble – que celle que pourrait lui accorder un législateur universel, autrement dit elle lui impose de commencer à tracer le champ d’application qu’elle veut donner à sa loi sur la base d’un critère *bilatéral* ou *multilatéral*, d’un critère qui puisse être adopté par l’autre État et par tout autre État, pour que soit possible la prévention des conflits de prétentions étatiques et par conséquent des conflits entre personnes privées, c’est-à-dire pour que soit possible la coordination des domaines de liberté des sujets sur le plan interétatique et, par conséquent, sur le plan interindividuel.

C’est bien dans une ambiance universaliste qu’a éclos la règle de conflit bilatérale, encore que dans des conditions particulières que l’on se permettra de rappeler brièvement.

105. Universalisme chez F.C. Savigny et P.S. Mancini. Si l’on remonte aux racines historiques du bilatéralisme moderne, tel du moins qu’il est communément exposé, on en retire l’impression que celui-ci faisait davantage que recommander aux États l’édiction de règles de conflit généralisables. Ce bilatéralisme des origines semble s’être donné pour postulat l’*universalisation* et par là l’*universalité* même de ces règles.

L’œuvre de Mancini se situe au début de l’ère, qu’il inaugure en substance, des codifications nationales du droit international privé. Les dispositions, peu nombreuses et très largement formulées, que le jurisconsulte napolitain fit admettre dans la législation italienne post-unitaire³⁹⁷ visaient, de son aveu même, à proposer l’exemple aux autres États, c’est-à-dire à fixer quelques maximes générales fondées sur la raison et, partant, susceptibles d’être acceptées par tous et une telle adhésion collective aurait entraîné la résolution des conflits internationaux en matière de droit privé³⁹⁸. Les règles que contenaient ces dispositions, formellement posées par l’État italien fraîchement constitué, c’est-à-

³⁹⁷ E. Jayme, *P.S. Mancini*, p. 110 : « questa codificazione, ammirata allora come progresso esemplare in materia, ha visto la luce – fatto stupefacente – senza che il Parlamento ne avesse preso conoscenza » ; P.S. Mancini, *De l’utilité de rendre obligatoires*, p. 139 : « Ces règles furent formulées en autant d’articles du Code par l’auteur de ce rapport, qui était le rapporteur de la Commission chargée du travail, et la Commission, après mûre discussion, les adopta avec quelques changements ».

³⁹⁸ D. Anzilotti, « La Codificazione nel diritto internazionale privato », *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, p. 13.

dire formellement nationales, non seulement étaient-elles parfaitement universalisables, mais elles continuaient en quelque sorte à se parer des atours de l'universalité : universalité certes d'abord souhaitée par l'esprit dont elles procédaient, mais universalité aussi, dans la représentation optimiste que celui-ci avait de l'évolution des relations internationales, tenue par lui, sinon pour réelle, en tout cas pour réaliste. Pareille conviction pouvait au demeurant s'appuyer sur la rareté, à l'époque, de codifications ayant déjà irréversiblement souscrit à d'autres principes, ce qui eût pu conduire à douter que les règles proposées par l'Italie seraient, du fait notamment de leur consécration par des instruments internationaux, largement acceptées par les autres États, c'est-à-dire effectivement généralisées.

L'universalisme est encore plus évident dans la tradition savignienne. Les règles de conflit sont, d'après Savigny ou en tout cas d'après l'enseignement qu'il aurait inauguré³⁹⁹, davantage *découvertes* dans la *Natur der Sache* que posées par un acte de volonté qui aurait pu en vouloir et en poser d'autres. Immanentes à la nature des choses, ces règles s'imposent alors à tous les États, lesquels n'ont qu'à les constater et à s'y soumettre comme au tonnerre et à l'éclair. Alors même qu'ils s'adonneraient à les rechercher chacun pour son propre compte dans un cadre non concerté, les États ne peuvent que constater les mêmes règles de conflit, les mêmes critères qui départagent les domaines d'application de leurs lois. On comprend dès lors qu'il ne soit pas nécessaire qu'ils les reproduisent dans des dispositions législatives ; il n'y a pas besoin de mettre par écrit une loi de nature, c'est-à-dire une loi qui ne supporte l'alterité, l'alternative. Une règle jaillissant de la nature des choses est une *règle naturellement universelle, naturellement généralisée*. Autant dire que ce bilatéralisme travaillait non seulement sur fond de l'*universalisabilité* de ces critères, mais bien de leur *universalité* pure et simple, non sur fond d'une *potentialité* de leur consécration généralisée, mais bien de l'*actualité* d'une telle consécration. En réalité donc, il en venait à exclure la possibilité même d'une initiative étatique individuelle quant à la sélection du contenu de ces critères, puisque ce contenu s'imposait à tous les États par la force qu'il tirait de son immanence à la nature des choses. Autrement dit, le bilatéralisme originel posait un principe qui était non seulement *formel*, puisqu'il était apte à la généralisation, mais en même temps *matériel*, puisque le contenu d'un tel principe était, pour lui, nécessairement et, dirait-on, « préjuridiquement » fixé. En bannissant toute initiative étatique individuelle, il excluait du même coup la possibilité de choix étatiques différents quant à la teneur du critère de répartition. La possibilité même du renvoi semble bien étrangère à ce bilatéralisme.

106. Ambiguïté du savignisme. C'est là une bien grande ambiguïté de la tradition savignienne. Car ce que commande la nature des choses – la nature de

³⁹⁹ Ce que P. Gothot, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », p. 343, appelle « savignisme ».

l’homme et du monde dans lequel il est plongé et donc la nature du Droit qui vise à en régir les actions dans ce monde⁴⁰⁰ –, c’est que l’on identifie pour chaque relation internationale un seul siège, un seul critère de désignation de l’État pouvant mettre en œuvre son modèle de justice, et non pas deux. Dès lors en effet que la teneur des lois émanant de deux États désignés par les deux critères retenus est différente, les lois de nature empêchent qu’elles soient mises en œuvre en même temps : « *la soumission de la personne aux lois de plusieurs États [est] impossible, car elle entraînerait une contradiction... et c’est pourquoi... il faut en choisir une et une seule* »⁴⁰¹. La nature des choses est en revanche impuissante à identifier ce seul siège : c’est là une affaire de *choix*, c’est-à-dire matière de droit *positif*, qui est dans une certaine mesure inévitablement arbitraire, fruit d’une conception qui supporte l’*altérité*, qui suppose la possibilité d’un *désaccord* : domicile, résidence, nationalité, lieu de situation des biens... C’est la *forme* du critère de localisation qui est immanente au concept de Droit, dont l’univocité est en effet exigée par les lois de la nature et spécialement par le principe de non-contradiction⁴⁰². La *matière* qui l’incarne, qui l’habille, est, elle, contingente, relative.

C’est précisément lorsque deux États « co-intéressés » à la coordination retiennent chacun, pour se coordonner avec l’autre, un facteur différent de celui que retient l’autre, que surgit le conflit de règles de conflit, dont l’existence révèle l’insuffisance d’une règle de conflit bilatéralement formulée mais voulue et posée unilatéralement.

B – La règle de conflit bilatérale comme moyen non suffisant pour prévenir le conflit international de lois

107. Coordination atteinte par le double choix unilatéral du même critère bilatéral. Bien que le critère par lequel un État trace le domaine international d’application qu’il réclame pour sa loi se doit d’être « bilatéralisable » au sens vu plus haut, c’est-à-dire tel qu’adopté par l’autre État, un tel critère aboutit à la coordination recherchée, chaque État évoluant à l’état préjuridique demeure libre de choisir le critère qu’il estime le plus conforme à sa vision de la justice et notamment celui dont il pense qu’il exprime la proximité la plus significative entre la relation interindividuelle et la communauté étatique au profit de laquelle il se réalise. Cette proximité est appréciée par lui d’abord dans l’abstrait, en prenant appui sur l’observation de ce qui se passe le plus souvent (*quod plerumque fit*) et le matériau d’observation est offert surtout par les relations privées affectant également sa société. Aussi bien, il se peut que deux É-

⁴⁰⁰ *Supra*, n° 64.

⁴⁰¹ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1849, p. 87.

⁴⁰² Sur ce que la recherche du siège peut prétendre à une *validité universelle* en tant que *principe formel*, « ähnlich wie der kategorische Imperativ von Kant », v. I. Schwander, « Methodische Defizite des IPR-Kollisionsrecht – Wie weiter? », *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 389 s.

tats A et B, encore qu’entretenant une opinion différente quant au mode le plus convenable de prévention du conflit entre personnes privées, autrement dit quant à la meilleure justice du droit privé, choisissent chacun unilatéralement le même critère de prévention du conflit entre eux, c’est-à-dire qu’ils nourrissent la même conception abstraite de la justice s’agissant des relations interétatiques que font naître les relations interindividuelles. La coordination entre les deux États A et B est donc atteinte par ce double choix unilatéral concordant d’un critère bilatéral. Fruit d’une recherche spontanée, non concertée, une telle coordination n’est cependant pas le fait du hasard, car l’objectif en vue duquel chacun des États a commencé par ne prétendre de sphère de liberté que celle que peut lui reconnaître un législateur universel est bel et bien de la rendre possible⁴⁰³. Il s’ensuit que les justiciables parties aux relations internationales AB bénéficient de la sécurité juridique que leur apporte la connaissance de l’identité de la loi qui les régit et, pour autant que les règles individuelles pertinentes qu’elle consacre aient en la circonstance une teneur suffisamment déterminable⁴⁰⁴, ils seront à même d’exercer leurs droits subjectifs et de s’acquitter de leurs obligations en se tenant à l’écart des prétoires.

Il en va ainsi de la succession d’un Allemand domicilié en Espagne⁴⁰⁵. L’Allemagne estime qu’il est juste qu’un *de cujus* soit autorisé à se lier par un pacte successoral et qu’il soit de la sorte empêché de s’en délier unilatéralement. L’Espagne estime qu’il est plus conforme à une meilleure justice de l’empêcher de se lier par un tel pacte et de lui permettre par conséquent de s’en délier unilatéralement, au moyen d’un testament ultérieur par exemple. On est là face à une différente vision de la justice abstraite que recueillent le droit espagnol et le droit allemand quant au critère de prévention d’un conflit entre personnes privées, dont l’une est susceptible d’invoquer le pacte et l’autre la nullité du pacte. S’agissant de prévenir un conflit de prétentions étatiques ayant pour objet la mise en œuvre du critère de prévention du conflit entre personnes privées, l’Espagne estime qu’il est juste qu’un tel critère de prévention, de coordination, soit axé sur la *nationalité* du *de cujus*, et l’Allemagne partage la même conviction. Aussi l’un et l’autre État considèrent-ils que, pour ce qui est de la succession d’un Allemand domicilié en Espagne, c’est l’Allemagne qui est porteuse de l’*intérêt étatique prépondérant*, en ce sens qu’elle a les titres les plus forts pour mettre en œuvre sa loi et, par là, pour donner satisfaction à l’*intérêt privé* qu’elle estime *prépondérant* en cas de litige, intérêt qui est, pour elle, celui qui s’attache à la possibilité de conclure un pacte successoral et, une fois celui-ci conclu, à la possibilité d’invoquer et d’exercer les droits subjectifs qui en résultent et de récla-

⁴⁰³ Cf. J. Waldron, « Kant’s Legal Positivism », p. 1558 : « it would be wrong to assert that an individual’s acting on his own judgments in the state of nature amounts to a unilateral will governing matters that the common will ought to control. Instead, an individual acting on his own moral judgments in the state of nature already invokes universalization and thus transcends his unilateral viewpoint ».

⁴⁰⁴ C’est ce que nous avons supposé : *supra*, n° 3.

⁴⁰⁵ Dans la mesure où une telle succession s’est ouverte avant l’entrée en vigueur du « Règlement successions » : v. *infra*, n° 201.

mer l’exécution des obligations correspondantes. Autrement dit, en dépit des divergences qui séparent leurs vues de la justice successorale, les deux États dont les milieux sociaux et économiques sont intéressés par la succession et qui sont dès lors « co-intéressés » au règlement de celle-ci, parviennent à coordonner leur sphère de liberté grâce à la concordance de leur règles de conflit et de la vision de la justice qu’elles reflètent. Les particuliers – le *de cujus*, les potentiels auteurs du pacte successoral, les successibles, réservataires et *ab intestat* – sont dès lors à même de savoir, dès le moment auquel les potentiels auteurs se demandent s’ils ont intérêt à établir le pacte ou non, ainsi qu’à tout moment antérieur et postérieur à l’ouverture de la succession, que c’est bien la loi allemande qui est applicable à la succession, c’est-à-dire que le *de cujus* a le pouvoir de disposer valablement par pacte successoral et, une fois qu’il en a disposé et qu’il est décédé, c’est la loi allemande qui fixe les droits et obligations des personnes concernées. La fluidité des relations privées et de leur mise en œuvre y trouve son compte.

Mais il se peut que le désaccord des États quant au mode de résolution du conflit entre personnes privées se prolonge sur le plan du conflit de prétentions qui les opposent et qui a pour objet l’identification de la prétention privée la plus légitime résultant d’une relation interindividuelle qui les affecte simultanément.

108. Coordination non atteinte en raison de la diversité du critère bilatéral unilatéralement choisi. Dans la mesure où chaque État est libre de choisir le critère chargé de coordonner son action avec celle des autres à la seule condition qu’il puisse être adopté par tous, et quand bien même chaque État s’efforcerait de le choisir en se hissant au point de vue *multilatéral* le plus *objectif* possible – au-dessus de ses préférences ou intérêts particuliers, de sa vision subjective de la justice –, il n’en demeure pas moins que des États différents, tous soucieux de la meilleure coordination, mais tous libres d’en déterminer *unilatéralement* le critère, sont susceptibles d’entretenir des opinions différentes⁴⁰⁶. Ce désaccord des sujets-États sur les mérites respectifs des rattachements possibles, des modes de coordination des champs d’application de leurs lois, est tout aussi parfaitement raisonnable, tout aussi profondément moral, que l’est leur désaccord sur le mode de coordination des libertés des sujets-parties privées et il est, sur un plan comme sur l’autre, non pas un accident regrettable, mais bien la manifestation palpable de la liberté des sujets⁴⁰⁷. Celle-ci sup-

⁴⁰⁶ Sur ce que la liberté s’exprime dans le « désaccord raisonnable » v. J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1993 ; P. Ricoeur, *Le Juste*, Paris, 1995, spéc. p. 220 ; S. Lukes, *Moral Conflict and Politics*, Oxford, 1991, spéc. p. 20 ; J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford, 1999 ; Ch. Mc Mahon, *Reasonable Disagreement – A Theory of Political Morality*, Cambridge, 2009. Sur la « moralité » d’un tel désaccord dans la mesure où il résulte de l’exercice de la liberté morale, cf. S. Besson, *The Morality of Conflict*, Oxford, 2005.

⁴⁰⁷ J. Waldron, « Kant’s Legal Positivism », p. 1558 (« my universalizations are likely to differ from yours ; my attempt to take everyone’s point of view is likely to lead to a different conclusion from your attempt to take everyone’s point of view... ») ; W. Kersting, « Politics, Freedom and Order :

pose en effet la possibilité de la *diversité* quant au mode et produit de son exercice par ceux qui en bénéficient.

L’Espagne estime que la *proximité de sang*, ou en tout cas celle que traduit le *lien objectif* de filiation, compte pour la moitié dans le cadre de la dévolution d’une succession testamentaire. L’Angleterre considère, en revanche, que la *proximité affective* telle que le *de cujus* l’a exprimée lui-même dans ses dernières volontés – une espèce de localisation « subjective » – est plus significative que celle que véhicule le lien de filiation, au point qu’elle exclut la « vocation » des descendants. Il n’y a pas, on le voit, de *justice absolue* quant à sélection du lien de *proximité* le plus significatif en tant que critère pour trancher un conflit entre prétentions privées et chacun des États est libre de choisir celui qu’il estime le plus respectable et de le consacrer dans sa loi. Faut-il dès lors s’étonner que l’Angleterre et l’Espagne soient également en désaccord quant au choix du critère exprimant la proximité prépondérante s’agissant de trancher un conflit international de lois et le conflit de « vocations » normatives qu’il sous-tend ? Ainsi, l’Espagne estime, on l’a vu, que le lien de proximité le plus significatif est celui que le *de cujus* entretient avec l’État de sa nationalité et l’Angleterre peut fort bien estimer que le lien de proximité plus significatif est celui que le *de cujus* entretient avec l’État de son domicile. La différente conception de la proximité sur le plan de l’opposition des prétentions étatiques à régir le conflit entre prétentions privées n’est pas moins justifiée que la différente conception de la proximité sur le plan des prétentions privées elles-mêmes.

Seulement, la diversité des critères de coordination unilatéralement posés par les sujets cherchant mutuellement à se coordonner menace de condamner l’entreprise de coordination à l’échec.

109. Limite de la loi universelle du Droit. On touche là à une des perplexités majeures qu’a suscitées, dès qu’il fut formulé, l’impératif catégorique⁴⁰⁸. Celui-ci, a-t-on observé, n’a qu’une valeur limitée, puisqu’il n’est en définitive qu’un principe *formel*, un principe davantage négatif, propre à exclure certains modèles d’action, que positif, puisqu’il est impuissant à en imposer un seul à l’exclusion de tous les autres. Et de fait, lorsqu’on pose que l’action individuelle doit s’inspirer d’un principe capable d’être érigé en directive de l’action universelle, on ne dit encore rien sur la teneur d’un tel principe. L’impératif catégorique réduit, certes, le nombre de modèles d’action envisageables, les contenus possibles, permis au sens vu plus haut, de la volonté individuelle, mais il n’en laisse pas moins subsister plusieurs⁴⁰⁹. Aussi bien, il est loisible à un sujet d’adopter un critère de restriction de son espace de liberté qui, pour être formellement respectueux de cet impératif, n’en est pas moins différent du cri-

Kant’s Political Philosophy », in : P. Guyer (ed.), *The Cambridge Companion to Kant*, Cambridge, 1992, p. 342, p. 352 ; Th. Pogge, « Kant’s Theory of Justice », 79 *Kant-Studien* 407 (1988), p. 433.

⁴⁰⁸ Et dont Kant était bien sûr conscient : v. J. Hruschka, « Kant and Human Dignity », in B.S. Byrd / J. Hruschka (eds.), *Kant and Law*, p. 75.

⁴⁰⁹ Th. Pogge, « Kant’s Theory of Justice », p. 413.

tère, lui aussi parfaitement généralisable, qu’adopte un autre sujet pour délimiter son domaine de liberté à lui. Il en résulte que les domaines de liberté revendiqués par eux peuvent ne pas s’harmoniser, auquel cas les conflits, que les deux sujets souhaitent chacun éviter en obéissant à la maxime, subsistent.

Cela d’abord en ce que de revendications simultanées peuvent réapparaître. Mais il se peut aussi que, du fait de la diversité des critères adoptés pour les effectuer, les restrictions que les sujets se sont imposées se révèlent trop rigoureuses⁴¹⁰. La doctrine kantienne a en effet été confrontée elle aussi à de tels *conflits d’abstentions* ou *conflits négatifs*. Le choix par un sujet d’un critère universalisable peut avoir pour conséquence qu’un espace susceptible d’être occupé – et notamment pour Kant une chose susceptible d’être utilisée et d’alimenter ainsi la liberté de son utilisateur – ne soit réclamée par aucun sujet⁴¹¹. La permanence de ce conflit d’abstentions est, pour la doctrine kantienne, tout aussi contraire au Droit que celle d’un conflit (positif) de revendications, et plus paradoxale encore⁴¹². Car le principe constitutif du Droit, d’après lequel il ne peut y avoir de limites à la liberté du sujet que celles qu’impose la coexistence de sa propre liberté et de celle des autres, s’en trouve méconnu et la rupture du lien entre compression de la liberté (d’un sujet) et protection de la liberté (d’un autre sujet)⁴¹³ entraîne que la restriction à la vocation naturelle de celle-ci devient insensée.

La version la plus achevée de la théorie de la justice kantienne telle que prolongée par le mouvement contemporain qui s’est réclamé de Kant, voit sa tâche précisément en la mise au point d’un système de suppression progressive des incompatibilités que laisse subsister la diversité des modèles de restrictions à la liberté pouvant être adoptés par les sujets cherchant à se coordonner⁴¹⁴.

110. Universalisabilité sans universalité : la situation de renvoi. Si elle confirme en quelque sorte la pertinence du versant formel du postulat bilatéraliste, puisqu’elle résulte précisément de la soumission spontanée de deux États au principe de l’*universalisabilité* de l’action étatique individuelle, la situation de renvoi rend manifeste le caractère illusoire du versant substantiel de ce bilatéralisme des origines, c’est-à-dire l’*universalité* du critère d’une telle action. Et d’ailleurs, dès que l’on a admis l’initiative étatique en ce domaine, ou plus exactement dès que celle-ci s’est imposée sous la pression de l’histoire, s’est

⁴¹⁰ Th. Pogge, « Kant’s Theory of Justice », repr. in B. S. Byrd / J. Hruschka, *Kant and Law*, p. 47, qui remarque que « Kant’s first principle also fails to exclude schemes under which everyone’s freedom is equally restricted, but more severely than would be necessary for consistency ».

⁴¹¹ Et ce non du fait de l’exercice de la liberté, mais bien en raison du respect de la limite que lui fixe la loi universelle. Cf. *Doctrine du droit*, AA, 6 : 246.

⁴¹² *Doctrine du droit*, AA, 6 : 246 : « une maxime d’après laquelle, si elle devenait loi, un objet de l’arbitre devrait devenir *en soi* (objectivement) sans possesseur (*res nullius*) est contraire au droit ».

⁴¹³ Cf. S. Goyard-Fabre, *Les fondements de l’ordre juridique*, Paris, 1992, p. 340-341.

⁴¹⁴ Th. Pogge, « Kant’s Theory of Justice », p. 413.

fait jour du même coup la possibilité d’une initiative étatique diversifiée, c’est-à-dire divergente. La prise de conscience doctrinale du problème du renvoi se recoupe avec la prise de conscience, qu’elle exacerbe au demeurant, de la diversité du contenu que peuvent assumer deux règles de conflit bilatérales étatiques également respectueuses de l’impératif catégorique, c’est-à-dire la prise de conscience de la *non-universalité* nécessaire du critère de coordination qu’elles avancent, du *particularisme* du choix dira-t-on surtout au cours de la première moitié du siècle dernier, de la *relativité* du rattachement dira-t-on plus tard, en un mot de sa non-immanence à la nature des choses. Le fait du renvoi montre sur le vif non seulement que l’universalisabilité de la règle de conflit classique posée par un État n’est pas systématiquement doublée, loin s’en faut, de son universalité effective, mais aussi et surtout que la simple universalisabilité du rattachement n’est pas toujours suffisante à garantir l’élimination des conflits à laquelle elle est asservie dès lors qu’elle n’est pas accompagnée de son universalité. La situation de renvoi est précisément une de celles où les deux États « co-intéressés » ont imposé aux domaines de liberté respectifs qu’ils revendiquent, des restrictions plus significatives que ce qu’il eût été nécessaire pour assurer leur coexistence. L’espace de liberté non revendiqué par aucun d’entre eux par l’emploi d’un premier critère universalisable peut et doit être distribué. Si l’initiative d’une telle distribution est remise à chacun des États, la seule démarche conforme à la quintessence du bilatéralisme est que chacun entreprenne d’organiser une telle distribution, et notamment d’avancer une revendication à propos de ce domaine, selon un critère lui aussi susceptible de généralisation, c’est-à-dire qui puisse être adopté par l’autre pour que soit atteint l’objectif d’éliminer, ou en tout cas de réduire ultérieurement, ces contradictions résiduelles.

§ 2. Bilatéralité de la règle de conflit de renvoi

111. Plan. Il convient, pour mieux comprendre la nécessité d’une telle évolution, de revenir à la mécanique du renvoi. Celle-ci conduit chacun des États impliqués dans le jeu d’abstentions croisées à se réapproprier la vocation de sa loi que sacrifie sa règle de conflit, par où se manifeste le caractère conditionnel d’un tel sacrifice (A). L’acceptation du renvoi – thèse – n’est cependant pas moins que le refus du renvoi – antithèse – contraire à l’idée fondatrice du bilatéralisme, l’une et l’autre étant également insusceptibles d’être érigées en principe universel et plus particulièrement d’être adoptées par l’autre État « co-intéressé » (B). Le bilatéralisme bien compris engage chaque communauté étatique à se représenter en législateur universel et à mettre au point une règle bilatérale de conflit de renvoi – ou de « conflit de règles de conflit » – qui confie à un critère tiers et neutre par rapport aux rattachements antagonistes la poursuite de l’œuvre de résolution du conflit international de lois (C). Lorsque la règle de conflit de renvoi posée par un État retient un critère de solution diffé-

rent de celui que retient la règle de conflit de renvoi de l’autre, chacun devrait développer une nouvelle règle de conflit ultérieurement subsidiaire et supérieure, et ainsi de suite, jusqu’à ce que se réalise la coordination recherchée (D). La même démarche devrait suffire pour venir à bout des situations de renvoi au deuxième ou nième degré (E).

A – Renonciation conditionnelle : le réflexe de la réappropriation de la vocation sacrifiée

112. Refus et renonciation. En retenant un seul rattachement pour y asseoir d’abord l’empire international de sa loi, un État fait preuve moins d’une *volonté de refus* de voir sa propre conception de la justice de droit privé mise en œuvre au profit des relations insérées dans son ordre par l’un des facteurs non choisis, que de sa *disponibilité à renoncer* à en prescrire aux particuliers l’observation et à leur en garantir le bénéfice⁴¹⁵. C’est ce que suggère au demeurant

⁴¹⁵ V. Trib. de la Seine, 23 juin 1909, dont les motifs ont été adoptés par Cour de Paris (1^{re} Ch.), 17 février 1910, *Rev. crit.*, 1910, p. 870, qui a considéré que la loi française, par l’art. 3 du Code civil, « n’entend pas restreindre sa souveraineté propre, d’une façon *absolue* », que « la loi anglaise, en soumettant ses sujets domiciliés en France à la loi de ce pays..., ne fait, par cette *renonciation de compétence* à leur égard, que de permettre à l’autorité souveraine du législateur de l’exercer normalement » et « que, dans ces conditions, la loi française doit être considérée ici comme ayant recouvré sa pleine compétence » (c’est nous qui soulignons ; pour un compte rendu de cette affaire, v. *infra*, n° 247). V. ég. N. Bentwich, *The Law of Domicile in Its Relation to Succession and the Doctrine of Renvoi*, p. 182 où il est question de « sacrifice ». Rapp. J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 180, pour qui l’État en édictant une règle de conflit bilatérale à rattachement unique, « *renonce* assez souvent par là même à une réalisation plus complète et plus fine des objectifs de la *lex fori*, dont elle aurait pu diversifier et étendre les cas d’application » ; et l’auteur d’ajouter que « dans ce *renoncement* », il y a une « démarche d’adaptation aux ordres juridiques étrangers ». Cf. H. Batiffol, *Aspects philosophiques*, p. 327 : « Toute application d’une loi étrangère n’est-elle pas une *renonciation*, en vue de rapports internationaux plus faciles et plus justes, à des solutions internes ? » (c’est nous qui soulignons). Pour B. Audit, *La fraude à la loi*, Paris, 1974, p. 22, la non-application de la loi du for à une espèce qui présente des liens avec lui « constituerait dans une certaine mesure une violation » de la loi du for. L’idée de « refus d’application » de la loi (du for ou étrangère), de « volonté de non application » ou encore d’« incompétence » ou de « dénégaration de compétence », a dominé les débats sur le renvoi, à tel point que la thèse et l’antithèse se sont mutuellement accusées de commettre une violation de ce « refus » d’application, de cette « volonté négative » (respectivement, de la loi étrangère et de la loi du for). C’est surtout, on l’a vu (v. *supra*, n° 15), la thèse qui a retenu ces formules. Entre tous, v. E. Audinet, note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Soulié*, S. 1910.1.105 (« loi française... qui se reconnaît incompétente ») ; note anonyme sous Cour de Paris (1^{re} Ch.), 17 févr. 1910, *Rev. crit.*, 1910, p. 874 (« application, contre son gré, de la loi française » ; « étendue que la loi française repousse ») ; Y. Lequette, note sous Trib. Lille, 28 mars 1980, *Rev. crit.*, 1980, p. 289 (« refus de s’appliquer de la loi du lieu de situation ») ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 158 (« refus opposé par la règle de conflit » étrangère) ; Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.i.p.*, p. 259 (« refus opposé par la règle de conflit étrangère » ; « refus » de « l’offre de compétence ») et p. 266 (« le d.i.p. étranger rend la loi étrangère inapplicable au cas envisagé ») ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 20 (« incompétence »), p. 22 (« refuse sa compétence ») et p. 27 (« refuser sa compétence ») ; É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 119 (« refuser sa compétence ») ; Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 68 (« refus d’application ») ; N. Bentwich, *The Law of Domicile in Its Relation to Succession and the Doctrine of Renvoi*, p. 186 (« refuses to apply itself »). Le recours à la notion de « vocation » (positive) d’application ou de « compétence naturelle » de la loi du for montre à quel point ce refus d’application ou cette incompétence, avec ce que d’absolu traduisent ces termes, est peu compatible avec le postulat de départ. À l’encontre de l’idée même de « volonté de non application », v.

l'idée même selon laquelle les lois de l'État A et de l'État B que désignent mutuellement leurs règles de conflit ont toutes deux une *vocation* naturelle à gouverner les relations interindividuelles frappées du conflit de renvoi. Aussi bien, force est d'admettre que la renonciation consentie simultanément par les deux États à l'action « naturelle » de leur loi⁴¹⁶ ne revêt pas le caractère absolu et sans examen dont peut seule se parer une fin en elle-même, un *Selbstzweck*, mais elle *conditionnelle, en ce sens qu'elle est subordonnée à son aptitude à remplir dans chaque cas la mission de prévenir le conflit international de lois dont elle est investie*⁴¹⁷. Or, la renonciation par l'État A à prétendre faire régir par sa loi une relation privée dont le seul fait qu'elle génère un conflit de renvoi classique atteste sans équivoque qu'elle est incluse dans le champ d'action naturelle de cette loi, n'aboutit pas ici à éliminer le conflit de lois : les États A et B désignant une loi différente, les particuliers concernés demeurent destinataires de deux couples par hypothèse incompatibles de droits et obligations⁴¹⁸. Cette renonciation, et la règle de conflit qui l'encourage, perdent, de même que leurs vertus ordinaires, leur fondement : *cessante razione legis, cessat eius dispositio*⁴¹⁹. Il n'y a, en effet, pas de raison pour un État A d'abdiquer la vocation de sa loi, et

R. Wiethölter, *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1956, p. 93, pour qui « von einem Willen des Rechts, überhaupt nicht angewandt zu werden, kann keine Rede sein » ; en ce sens ég. G. Maridakis, « Rapport », p. 27.

⁴¹⁶ P.S. Mancini, *Quistioni di diritto*, p. 369, pour qui le législateur italien, en établissant la règle de conflit adoptant la nationalité, a souhaité « *rinunciare alla propria ingerenza ed autorità legislativa* » sur les biens immeubles sis en Italie, « *ritirare l'azione delle proprie leggi* » (c'est nous qui soulignons). Cf. Sir. W. Scott in *Dalrymple v. Dalrymple* (1811), 2 Hag. Con. 54, 58-59 : « the law of England *withdraws* altogether and leaves the legal question to the exclusive judgment of the law of Scotland » (c'est nous qui soulignons). L. Kramer, « Return of the Renvoi », p. 1034 utilise les expressions « defer » ou « forgo enforcing ». Selon cet auteur, l'image qui traduit le plus efficacement la situation de renvoi est celle d'Alphonse et Gaston, personnages d'une bande dessinée américaine « politely deferring to each other and never getting through the door » (*supra*, note 43) ; pour lui, en effet, les États impliqués dans la situation de renvoi « defer to one another not because neither wants to enter (i.e. not because they have no interest), but because each believes that the other would or should prefer to go first ». Autrement dit, chacun des États ne *refuse* pas d'appliquer sa loi aux relations interindividuelles génératrices de renvoi (tout comme Alphonse et Gaston ne se *refusent* pas à entrer), mais il y *renonce* en supposant que l'autre État ait l'intention d'appliquer la sienne (de passer le premier). Cf. A. Schnitzer, *Handbuch*, I, p. 212.

⁴¹⁷ Rapp. A. Weiss, *Ann. IDI*, 1898, p. 151 ; J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 140 ; P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 5^e éd., n° 260 et « Observations sur la question du renvoi », p. 884 (« le plus simple, le plus naturel sera de présumer que cette solution ne vaut que sous *condition* de cette communauté »). Cf. la première décision continentale en la matière, OAG Lübeck, 21 mars 1861, *Seufferts Archiv*, t. XIV, n° 107 : « on suppose donc nécessairement qu'au domicile étranger du *de cuius* est en vigueur une loi successorale qui se rapporte à l'espèce envisagée et qui veut lui être appliquée » (trad. H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 535-536 ; v. D. Boden, *L'ordre public*, note 1180 : « Il n'en va donc ainsi qu'à la condition nécessaire qu'il y ait, au domicile étranger du *de cuius*, une loi successorale destinée à régler l'ordre des héritiers dans la succession litigieuse, qui veuille elle-même s'en occuper ; sur cette affaire, v. *infra*, n° 316). La *condition* est exprimée par certains auteurs en ce sens que les vues conflictuelles du for, pour être mises en œuvre, doivent être partagées par l'État désigné : v. M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 151 ; Ch. Von Bar, *IPR*, Bd I, n° 626. Sur la « désignation conditionnelle » (« *bedingte Zuweisung* »), v. W. Wengler, *IPR*, p. 202 s.

⁴¹⁸ Cf. E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1180.

⁴¹⁹ N. Bentwich, *The Law of Domicile in Its Relation to Succession and the Doctrine of Renvoi*, p. 186.

la vue de la justice des rapports privés qui l’incarne, à propos d’une espèce qui, par un lien significatif⁴²⁰, entre dans son domaine naturel, au profit de la loi d’un autre État B, dès lors qu’en retenant cette dernière, l’antinomie internationale de lois ne serait pas évitée ou pas plus que par application de sa propre loi⁴²¹. Un tel retour vers celle-ci n’emporte pas, du point de vue de l’État en cause, uniquement des avantages procéduraux que personne ne saurait nier mais qui ne sont nullement décisifs⁴²² : il conduit à la loi qui, pour lui, ménage le meilleur équilibre entre les intérêts antagonistes des particuliers en présence⁴²³.

⁴²⁰ V. l’interprétation donnée à l’arrêt *Soulié* par E. Audinet, note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *S.* 1910.1.105 : « il n’y a pas de raison pour qu’elle [la loi du for] n’exerce pas une autorité devant laquelle s’inclinent ceux-là mêmes qui auraient intérêt à la contester » ; cf. J. Maury, *Ann. IDI*, 1957, p. 81 ; A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 155 et déjà J. Westlake, *Ann. IDI*, 1898, p. 166 : « à défaut de la nationalité, le domicile n’en est pas moins un lien : un lien moins fort, d’après les idées modernes, que la nationalité, mais, après tout, un lien ».

⁴²¹ Cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 123 : « si l’application de la loi étrangère ne se justifie pas dans l’ordre international par des raisons déterminantes, ou si elle se heurte à des obstacles légitimes, il est préférable d’appliquer la *lex fori* » ; en ce sens ég. J. Maury, *Ann. IDI*, 1957, p. 81 ; J. Kropholler, *IPR*, p. 171, souligne qu’il n’y a pas de raisons suffisantes d’appliquer la loi étrangère (« nicht genügend sinnvoll »), lorsque le droit étranger « ne veut pas s’appliquer ». On peut étendre au renvoi la remarque d’E. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 163, pour qui l’application de la loi étrangère ne constitue qu’un « procédé destiné à atteindre un certain but, celui d’une harmonie aussi parfaite que possible dans le règlement des relations internationales de droit privé. Lorsqu’il est démontré que ce but ne peut pas être atteint, le procédé n’a plus de sens ».

⁴²² B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 70. La simplification du travail du juge ne peut pas, tant s’en faut, être l’objectif ou la raison d’être du retour à la loi du for auquel invite la constatation du jeu de désignations croisées, mais il n’en est qu’un simple effet, heureux mais un simple effet tout de même. Cf. en substance Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 151, pour qui l’intérêt, de nature pour lui davantage substantielle que procédurale, qui s’attache à la « généralité de l’application de la loi interne », favorisée par le renvoi, ne peut être considéré que dans la mesure où celle-ci a été « obtenue pour des raisons autres que cet intérêt lui-même », ce qui rend manifeste qu’il ne peut pas s’agir pour lui de la *cause*, mais du *résultat*. En ce sens déjà, nous semble-t-il, D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 358 et clairement G. Melchior, « Schuldrechtliche Rückverweisung und Weiterverweisung nach deutschem internationalem Privatrecht », *JW*, 1925, p. 1571, qui qualifie l’application de la loi du for d’une « sehr erwünschte Reflexwirkung ».

⁴²³ Cf. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 151 pour qui « [c]’est en tant que bien commun des particuliers que, dans l’esprit de cette conception [qu’il dénomme « privatiste »], l’État devrait être en droit de revendiquer un intérêt à la réalisation de sa politique législative de droit privé », à la « généralité de l’application de sa propre loi interne » que le constat du renvoi aboutit à favoriser. Cf. l’appel à l’« homogénéité de la loi interne » (H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. II, n° 303 ; cf. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 71) suggéré par la formule « il n’y a qu’avantage... à ce que la loi française régie d’après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire » (Req. 1^{er} mars 1910, *Soulié*). Le principe de « l’équivalence matérielle des lois » (« Gleichwertigkeit der nationalen Rechtsordnungen » : P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 23 ; R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 712) ou « principe d’égalité de la *lex fori* et de la loi étrangère », ne constitue pas vraiment la *raison d’être* de la réduction de la vocation de la loi du for à un seul rattachement que la règle classique incarne, mais un simple *effet* de cette réduction (cf. Th.M. De Boer, « Facultative Choice of Law », p. 403, qui fait allusion à « the equivalence of legal systems as a precondition for the achievement of international order, decisional harmony, system coordination »), son objectif véritable étant d’épargner aux justiciables un conflit international de lois et la situation de non-Droit dans laquelle un tel conflit, s’il demeure irrésolu, peut les plonger. Cf. P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 272, selon lequel l’« application du droit étranger n’a

Ce n'est pas parce que l'Espagne retient dans sa règle de conflit successorale la nationalité du *de cuius* comme facteur de rattachement « primaire » qu'elle refuse catégoriquement de mettre en œuvre la loi espagnole – qui est celle qui consacre le mode de distribution des biens héréditaires qui, de son point de vue, est le plus conforme à la justice – à l'égard des successions laissées par un ressortissant étranger domicilié en Espagne. Semblablement, ce n'est pas parce que l'Angleterre retient le domicile du *de cuius* qu'elle refuse d'appliquer la loi anglaise aux successions mobilières laissées par un Britannique domicilié à l'étranger, c'est-à-dire qu'elle refuse d'appliquer son critère de résolution du différend pouvant s'élever entre les proches de ce *de cuius* à propos de telles successions. L'Espagne et l'Angleterre sont en revanche prêtes à *renoncer* à cette portion de la vocation de leur loi mais n'ont en principe l'une et l'autre intérêt à le faire qu'en vue de prévenir un conflit de lois hispano-britannique et par là un litige entre les prétendants à de telles successions hispano-britanniques.

113. Révocation de la renonciation. Il y a davantage. Si non seulement ce n'est pas en sacrifiant l'idée de justice interindividuelle qu'il dépose dans sa propre loi qu'un État en conflit de renvoi satisfait l'objectif de conjurer le conflit international de lois, *mais c'est précisément en ne pas renonçant* ou, pourrait-on dire, *en « révoquant » pareille renonciation* qu'il y aboutit, la non-renonciation ou la révocation de la renonciation semble *s'imposer* rationnellement, car elle devient le moyen lui permettant le plus efficacement de mener à bien sa mission, alors que la renonciation en perturberait la poursuite⁴²⁴. À l'appui de l'application de la loi de l'État du juge saisi aux relations privées prises dans l'étau du conflit de renvoi, on a pu au départ renforcer par cet argument *positif* l'argument *négatif* évoqué plus haut.

C'est en effet un raisonnement de ce type qu'ont paru développer les juges ayant les premiers découvert le problème⁴²⁵. Ainsi que nous l'avons rappelé,

pas lieu parce que un État veut priver les étrangers du bénéfice de son propre droit » mais en vertu de « la seule identité de décisions » (c'est nous qui traduisons).

⁴²⁴ Cf. W. Wengler, *IPR*, Band I, p. 206 : « revoziert man das der Verweisung auf ausländisches Recht vorausgehende Nicht-angewendet-werden-Wollen des eigenen Rechts, in dem man die fremde Rückverweisung auf das Inlandsrecht akzeptiert ». V. ég. N. Bentwich, *The Law of Domicile in Its Relation to Succession and the Doctrine of Renvoi*, p. 186 : « when that object [to secure unity of succession] is no longer attained by the application of the rule, but on the other hand may be attained by the application of the *Renvoi*, it is right that the old rule should be corrected or supplemented by the new doctrine ». Cf. J.-E. Labbé, note sous Cass. (Req.) 22 févr. 1882, *S.* 1882.1.393 pour qui « une loi semble... se rétracter elle-même ». Pour cet auteur, la loi, ce faisant semble aussi « se contredire » ; la contradiction consistant en ce que « la loi française ressaisit la question, et exerce un empire, qu'elle abdiquait d'abord », n'est cependant qu'apparente et elle répond en réalité à une logique profonde, qui fait un avec la logique sous-jacente à l'abdication.

⁴²⁵ À l'égard de l'arrêt *Soulié*, on a pu écrire que « [l]a cour régulatrice a ainsi eu le sentiment que l'acceptation du renvoi résout un conflit » : H. Batiffol, *Aspects philosophiques*, p. 307 ; cf. ég. E. Audinet, note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *S.* 1910.1.105 et l'annotateur anonyme, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 875, pour qui la Cour « se borne à trouver avantage à ce que... la solution, qui prévaut à l'étranger, prévale en France » ; cf. le rapport du cons. Denis, *D.* 1912.1.263 qui s'en prend à ces « juriconsultes théoriciens... qui réclament le conflit quand précisément il est écarté » (pour une analyse de l'arrêt *Soulié*, v. *infra*, n° 274). Sur ce que, dans l'affaire *Forgo*, la Cour « entendait sans doute marquer que grâce au renvoi au premier degré, on parviendrait à

ceux-ci ont pu sembler croire que l’État étranger tenait pour définitivement applicable la loi de leur pays. Il a dès lors paru aux commentateurs de ces décisions inaugurales qu’en « révoquant » la renonciation consentie par leur règle de conflit, les tribunaux aboutissaient dans ces hypothèses à faire – comme on le dit en langage familier – « d’une pierre deux coups »⁴²⁶ : d’une part, ils épargnaient aux particuliers intéressés le conflit international de lois, puisqu’en laissant jouer dans l’État du for cette même loi du for que retenait l’État étranger, les justiciables s’en trouvaient soumis à une seule loi au regard des deux communautés étatiques « co-affectées » ; d’autre part, cette loi était celle qui leur ménageait la meilleure justice (matérielle), du (seul) point de vue de l’État du for, certes, mais c’est en définitive celui-ci qui était par hypothèse sollicité.

On connaît la suite : à mesure que l’application de la loi du juge saisi au moyen du renvoi se répandait, l’argument positif perdait progressivement son poids. La « pierre » parvenait de moins en moins à réaliser les deux « coups ». Cependant, le deuxième d’entre eux – le fait pour l’État du juge saisi de retenir

l’harmonie internationale car la solution serait la même en France et en Bavière », B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 70 (pour quelques observations à propos de cette affaire, v. *infra*, n° 273). Cf. ég. Y. Lequette, « Renvoi », n° 28. V. ég. Trib. Marseille, 19 juil. 1905, *Rev. crit.*, 1908, p. 806 : « le tribunal est d’avis que cette solution paraît le seul moyen rationnel de résoudre un conflit qui serait autrement sans issue », repris par la Cour d’Aix, 19 juillet 1906, *ibidem*, p. 807 (cf. H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 541-542 ; pour un exposé de cette affaire, v. *infra*, n° 257). Rapp. OAG Lübeck, 21 mars 1861, *Seufferts Arch.*, XIV, Nr. 107, repr. in F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 13-14. Rapp. la décision *in re Schneider*, où la *Surrogate Court* de New York estima que le juge suisse n’aurait pas fait jouer le renvoi : J. Falconbridge, « Renvoi in New York and Elsewhere », 6 *Vand. L. Rev.* 708 (1953), p. 726 ; cf. M. Chait, « Renvoi in Multinational Cases in New York Courts », p. 159. Selon J.M. Cormack, « Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws », 14 *S. Cal. L. Rev.* 221 (1940-1941), p. 254, l’attitude consistant à « do as a court of that jurisdiction would » a été « the original reaction of the courts. Even when not expressed, it has been felt and applied unconsciously » ; et l’auteur de se référer aux décisions anglo-américaines suivantes : *Dupuy v. Wurtz*, 53 N.Y. 556 (1873), sur laquelle v. *infra*, n° 307 ; *Haral v. Haral*, 39 N.J.Eq. 279 (1884) ; *Maltass v. Maltass*, 1 Rob. Eccl. 67 (1844) ; *Crookenden v. Fuller*, 1 Swa. & Tr. 441 (Prob. 1859) ; *Laneville v. Anderson*, 2 Swa. & Tr. 24, 38-39 (Prob. 1860) ; *Onslow v. Cannon*, 2 Swa. & Tr. 136 (Prob. 1861) ; *In the Goods of Bianchi*, 3 Swa. & Tr. 16, 17 (Prob. 1862). On affirme généralement que la « foreign court-theory » expliquerait toute une série d’arrêts anglais jusqu’aux années cinquante (v. *infra*, pour une discussion, n° 303). Or, la première fois où cette théorie a abouti à l’application de la loi étrangère au détriment de la loi anglaise désignée par la règle de conflit étrangère, fut *in re Annesley* (v. *infra*, n° 294). Cela signifie qu’auparavant, les cours anglaises étaient persuadées que c’était précisément par application de la loi anglaise du for que le conflit international de lois s’en trouvait supprimé : cf. E. Lorenzen, « The *renvoi* theory », p. 337.

⁴²⁶ Ces deux « coups » sont bien présents à l’esprit des rédacteurs de la première importante disposition sur le renvoi, l’article 27 de l’*EGGBG* de 1900 : « die Vorschrift empfiehlt sich einerseits, weil sie die *Kollisionen* mit den Konsequenzen der Theorie vom Wohnsitz mindern, anderseits weil, ohne dem Prinzip zu nahe zu treten, dem deutschen Rechte ein weiterer... Herrschaftskreis zugewiesen wird » (cf. F. Kahn, « Der Grundsatz der Rückverweisung », p. 127-128 ; O. Hartwig, *Der Renvoi*, p. 124 s.). Pour P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 23, la conviction de la supériorité de la loi du for, même si elle a été rarement explicite, n’a pas moins joué un rôle dans le retour à la loi du for : v. explicitement OLG Hamburg, 19 févr. 1932, *IPRspr.*, 1932, Nr. 59, p. 128 : « Die berechnete Selbstschätzung eines jeden Staates, auch in Bezug auf sein Recht, gestattet dem Richter in Zweifelsfällen, wo nicht überwiegende Gründe die Anwendung fremden Rechts verlangen, dem heimischen Recht den Vorzug zu geben ». Sur ce « double avantage », v. Balogh, « Le rôle du droit comparé dans le droit international privé », *Rec. cours*, 1936, t. 57, p. 621 s.

la loi à la teneur la plus juste de son point de vue – demeurerait assuré, tandis que le premier, la suppression de l’antinomie internationale, ne l’aurait de toutes façons pas été davantage par la renonciation que par la non-renonciation⁴²⁷. Aussi bien, l’argument négatif subsistait-il. Voilà qui explique seul, sinon l’adhésion au renvoi, laquelle a pu d’autant plus légitimement se réclamer également du premier souci qu’elle fut précoce, au moins la place qu’elle a su s’adjuger jusqu’aujourd’hui dans la pensée sur le droit international privé. Il n’est pas rare en droit, que la raison ayant fondé l’accueil d’une institution ou d’une règle diffère de celle qui par la suite en motive seule la permanence.

114. Réappropriation partielle de la vocation sacrifiée. Il n’en demeure pas moins que, comme nous l’avons souligné à de reprises réitérées, se replier sans plus sur sa loi revient pour chaque État « co-intéressé » à laisser entier le conflit de lois⁴²⁸. Or, la préoccupation qui l’avait incité à abdiquer la vocation de sa loi était bien de le neutraliser. Il est utile de méditer sur cette renonciation et sur cet échec, notamment de déceler le lien de causalité qui raccorde celui-ci à celle-là. Car la prise de conscience de ce lien fait aussitôt apparaître combien il est, au fond et paradoxalement, peu conforme à la préoccupation que nourrit chaque État qu’il s’accommode sans plus de l’applicabilité de sa loi. C’est en effet cette renonciation, ou plus exactement la façon dont il y a consenti jusque-là, qui est responsable de l’échec ; c’est plus particulièrement la menace d’une antinomie internationale affectant la relation humaine qu’il est « co-intéressé » à régler qui l’a conduit à renoncer à une part de la vocation de sa loi qui s’est révélée en l’occurrence plus importante que celle qui aurait été nécessaire et suffisante à cet effet. Est-il raisonnable que notre État se résigne à l’échec alors que pour tourner celui-ci en une réussite, il lui suffit de modérer la disponibilité au sacrifice dont il s’est montré capable, de faire preuve, dirait-on, de moins de zèle, c’est-à-dire de s’emparer d’une part, mais d’une part seulement, de cette portion de vocation à la totalité de laquelle il était prêt si nécessaire à renoncer ? C’est ce qu’illustre – à sa façon certes largement défectueuse – l’acceptation du renvoi : puisqu’elle conduit à se réapproprier cette vocation et qu’elle débouche par là sur l’harmonie – mais uniquement, et c’est là son vice redhibitoire, lorsque l’État « co-intéressé » ne se la réapproprie pas à son tour –, le renvoi suggère que la voie de la *réappropriation* peut se révéler féconde⁴²⁹ ; en ce qu’il montre qu’une réappropriation intégrale risque de ne pas être plus adéquate qu’une réappropriation nulle, il laisse entrevoir que c’est dans l’organisation d’une *réappropriation partielle* que pourrait se trouver la clé du problème.

⁴²⁷ Cf. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 163.

⁴²⁸ A. Bucher, « Le for de raisonnement », p. 42 : « il s’agit d’un résultat en parfaite contradiction avec l’objectif du renvoi, consistant à réaliser l’harmonie des solutions » ; S. Stojanovic, *Die Parteiautonomie und der internationale Entscheidungseinklang unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Ehegüterrechts*, Zürich, 1983, p. 75 (« genau zu gegenteiligen Ergebnissen ») ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 19 ; G. Droz, « Regards », p. 308.

⁴²⁹ Rapp. W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 90 (« récupération »).

Supposons que, constatant que l’Angleterre est disposée à renoncer à prétendre appliquer sa loi aux successions mobilières des Britanniques domiciliés sur le territoire espagnol, l’Espagne, par une règle acceptant en la matière systématiquement le renvoi, manifeste la volonté de regagner au contrôle de sa loi, dont l’un des particuliers intéressés se réclame par hypothèse, l’intégralité des relations naissant de ces dévolutions successorales en prétendant mettre en œuvre le critère de prévention des différends entre successibles qu’elle estime le plus conforme à la justice successorale. Dès lors que l’Angleterre, réalisant de son côté que l’Espagne est prête à renoncer à l’application de sa loi à de telles successions, prétend en faire de même, ni l’Espagne ni l’Angleterre ne parviendront à recouvrer la maîtrise de ces espèces pas plus qu’à garantir aux justiciables qui l’invoquent la mise en œuvre de leur propre vision de la justice des rapports privés. Le *conflit d’abstentions* (étatiques) s’est mué en *conflit de prétentions* (étatiques).

B – Contrariété de la thèse et l’antithèse au bilatéralisme

115. L’aporie de l’alternative traditionnelle. Dès sa naissance, le problème du renvoi a été partout formulé essentiellement sous la forme d’un dilemme à deux branches : lorsqu’elle désigne comme applicable la loi de l’État B, la règle de conflit de lois de l’État A désigne-t-elle la loi matérielle (*Sachnormverweisung*) ou bien la règle de conflit de l’État B (*Kollisionsnormverweisung*) ? Le succès de cette formule, qui a vite imprégné les esprits, les a aussi, a-t-on dit, « ensorcelé »⁴³⁰ en déployant un effet stérilisant, désormais largement dénoncé, sur le catalogue des solutions envisageables, puisqu’il a incliné à croire qu’il y en a deux : admission systématique ou refus systématique du renvoi⁴³¹.

Aussi bien, en débordant ce cadre sur lequel la doctrine n’a pendant longtemps cessé de s’arc-bouter, un nombre grandissant d’auteurs préconise aujourd’hui un traitement *diversifié* du renvoi, aboutissant tantôt à son acceptation tantôt à son refus. Mais la source essentielle de pareille diversification réside, selon ces auteurs, en la diversité des *matières* et surtout des *critères de dési-*

⁴³⁰ Cf. K. Roosevelt, « Resolving Renvoi », p. 1825, pour qui le renvoi est « the artefact of a particular conception of the choice-of-law process, imposed upon on us by the conventional vocabulary ».

⁴³¹ B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », p. 330 : « L’échec de la problématique classique réside dans la stricte alternative qu’elle pose entre *Sachnormverweisung* et *Gesamtverweisung*, sans place pour des solutions moyennes » ; du même auteur, *D.i.p.*, p. 187 : « la question traditionnelle, savoir si la désignation d’un droit étranger par la règle de conflit porte sur ses seules dispositions de fond ou inclut son droit international privé, est mal posée » ; K. Siehr, « Renvoi : A Necessary Evil », p. 206 : « sometimes a problem could not be solved because it had not been identified properly. The same may have happened to renvoi » (*ibidem*, p. 212 : « the question is incorrectly formulated ») ; R. Quadri, « Critica al problema del rinvio », p. 360 : « la verità è che l’alternativa sulla quale è stato impostato il problema del rinvio è proprio alla base dell’equivoco con il quale la dottrina ha fino ad oggi lavorato » ; É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 152, qualifie le dichotomie traditionnelle d’« [a]lternative vicieuse » ; pour lui, « le problème du renvoi est infiniment moins simple que ne le laissait supposer, dans sa bivalence, la présentation initiale », « les termes du choix qu’il nécessite [ayant] connu une simplification abusive » et cela au niveau tant « quantitatif » que « qualitatif ».

gnation retenus par les règles de conflit génératrices du renvoi⁴³². Si l'on se focalise sur les règles classiques à rattachement objectif unique prédéterminé, seules envisagées ici, le débat doctrinal a, encore aujourd'hui, du mal à se délester du carcan de l'alternative classique et à offrir aux législateurs autre chose que celle-ci. Certains auteurs ont – il est vrai – mené l'effort de diversification jusqu'à l'intérieur même du cercle de ces règles en s'évertuant à montrer que certaines d'entre elles sont plutôt compatibles avec l'acceptation du renvoi, d'autres avec son rejet⁴³³. Mais pareille entreprise n'a pas encore été poussée jusqu'à admettre que la même règle de conflit classique puisse conduire tantôt à l'acceptation du renvoi tantôt à son refus.

À dire vrai, une troisième voie a été tôt explorée, celle du « double renvoi » : en s'y engageant, un État, à l'égard des mêmes matières et des mêmes rattachements, aboutit parfois à accepter le renvoi, c'est-à-dire dans ses rapports avec certains pays, et parfois à le refuser, c'est-à-dire dans ses rapports avec d'autres pays. Cette démarche parvient à surmonter le contexte étriqué d'un dilemme à deux cornes car elle apporte un démenti à l'idée de la nécessité d'une telle alternative. Mais le critère dont la mise en œuvre se solde tantôt par l'admission du renvoi tantôt par sa répudiation étant la différente attitude des autres communautés étatiques, cette réponse diversifiée est fonction elle aussi de l'admission ou du refus inconditionnels. Si l'idée du double renvoi représente la thèse, il lui faut, pour qu'elle apporte les fruits escomptés, une antithèse, ici l'acceptation ou le refus inconditionnels du renvoi⁴³⁴.

⁴³² B. Audit, *D.i.p.*, p. 187-188, pour qui « l'admission ou le rejet du renvoi dépendent de la matière dans laquelle la question s'élève et des considérations inspirant la règle de conflit, c'est-à-dire qu'il convient de mettre en œuvre un raisonnement *fonctionnel* » ; et encore, p. 188 « l'attitude à suivre à l'égard du renvoi ne dépend pas de l'interprétation de la règle de conflit abstraitement considérée comme instrument général de solution des conflits de lois, ainsi que le voulait l'approche traditionnelle, mais de l'interprétation téléologique de *chaque* règle de conflit » ; p. 190 : « le renvoi se justifie dans certaines matières et doit être écarté dans d'autres, en fonction d'une analyse propre à chacune » ; A. Bucher / A. Bonomi, *D.i.p.*, p. 113, n° 422, pour lesquels « la définition du *domaine du renvoi* ne peut être donnée de manière générale ; elle doit se faire en fonction de l'objectif de chaque règle de conflit » (italique des auteurs) ; M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, « Succession law and renvoi », p. 987 : « Renvoi is simply a special case of legal interpretation and, as such, does not convey a unique answer in terms of 'always or never'. Its application does not depend on the acceptance or rejection of any *a priori* principle, but on the policies underlying the primary conflict of law rules that govern the case. This explains why it does not make sense to sustain either its definite deletion or its compulsory application » ; R. Graveson, *Conflict of Laws*, London, 1954, p. 77 : « Like most remedies, renvoi demands perceptive and discriminating application » ; E. Rimmel, « The place of renvoi in transnational litigation », p. 55 : « renvoi should neither be uniformly accepted nor rejected, but that it should be used, where necessary, to achieve the policies behind the choice of law rules ». Cf. L. Chedly, « Le rejet inopiné », p. 316 ; P. Courbe, *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, Paris, 1981, n° 208.

⁴³³ C'est entre autres l'idée d'une « hiérarchisation des critères de rattachements » : v. la bibliographie citée, et la critique formulée, *supra*, note 58.

⁴³⁴ E. Lorenzen, « The Qualification, Classification, or Characterization Problem », p. 753 ; E. Rimmel, « The Place of Renvoi in Transnational Litigation », p. 58-59 et p. 60 (« total renvoi is reliant on its rejection by the country to which the choice of law rules refers ») ; R. De Nova, « Considerazioni sul rinvio in diritto inglese », p. 72.

L’alternative entre acceptation et refus du renvoi perçue comme inéluctable et insatisfaisante à la fois, rend compte peut-être de l’indécision jamais vraiment dissipée entourant le statut normatif du renvoi et de la disposition qui le tranche : davantage « expédient » que principe juridique le premier⁴³⁵, plus appendice de la règle de conflit dont il est issu que règle de conflit elle-même dotée d’une essence propre, la seconde⁴³⁶. Pour avoir perdu quelque peu de sa brutalité du fait de la conviction grandissante qu’il faut faire à chacune sa part – conviction dont on a vu par ailleurs qu’elle est encore, dirait-on, matériellement circonscrite –, l’antagonisme entre thèse et antithèse n’en demeure pas moins marqué sur le point de savoir si l’admission du renvoi est le principe et son refus l’exception, ou bien l’inverse⁴³⁷.

116. Violation de la loi du bilatéralisme par la thèse et l’antithèse. On comprend donc pourquoi aucune des deux branches de l’alternative traditionnellement proposée pour résoudre le problème du renvoi ne sied à l’essence rationnelle du bilatéralisme dont procèdent les règles de conflit qui le provoquent. L’admission et le refus inconditionnels du renvoi ne constituent pas des principes pouvant être érigés en maximes de l’action universelle : s’ils sont généralisés, « bilatéralisés », ils aboutissent à désigner deux lois à la fois, c’est-à-dire ils laissent entier le conflit de lois et par là le conflit de prétentions privées,

⁴³⁵ H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 550 ; J. Maury, « Règles générales », p. 549 s. ; E. Borioli, *La notion du renvoi en droit positif suisse*, p. 21 et 95 ; A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 132 ; M. Wolff, *IPR*, 1954, p. 76 ; J. Falconbridge, *Essays on the Conflict of Laws*, Toronto, 1947, p. 111 ; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 269. Pour P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 40, il s’agirait d’une simple « technique » pour atteindre des résultats pratiques (cf. R. Ago, *Teoria*, p. 222), de « buts utilitaires » (en ce sens J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 91). Le qualificatif de « subterfuge » est parfois encore aujourd’hui utilisé : A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, préface à E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. XV. J.-P. Niboyet, note sous Cass. (Req.), 10 mai 1939, *Birchall*, S. 1941.1.73, évoquait un « tour de prestidigitation de caractère plutôt empirique ». Contre l’idée que le renvoi serait un simple « expédient », v. I. Schwander, « Einige Gedanken zum Renvoi », p. 414 ; cf. aussi Ph. Francescakis, compte rendu de H. Lewald, « Renvoi revisité ? », *La pensée des autres*, Thessalonique, 1985, p. 98-99 et G. Mariadakis, « Rapport », p. 23.

⁴³⁶ Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 69 : « La jurisprudence n’a jamais considéré le renvoi comme un ‘règlement subsidiaire’ mais bien comme une règle de conflit unitaire » ; Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.i.p.*, p. 266.

⁴³⁷ H. Batiffol, *Traité*, 4^e éd., n° 306, *in fine* : « il paraît légitime que le renvoi ait été accepté dans son principe ». Pour une discussion de la dichotomie « principe-exception » à l’égard du renvoi, v. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 90 ; sur l’ambiguïté du terme « principe », v. du même auteur, « Plaidoyer pour le renvoi », p. 190. Pour une tendance favorable à regarder l’acceptation du renvoi comme le principe et le refus du renvoi comme l’exception, v. Y. Lequette, « Renvoi », n° 26 s. ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 131 ; Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 71 ; favorables à l’idée inverse sont p. ex. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, n° 249 et 271 (cf. l’échange entre cet auteur et H. Batiffol à la suite de la communication de J. Derruppé, *Tr. com. fr. DIP*, 1966, p. 199 et note sous *Société Romulus Films Ltd. c. Sovexportfilm*, *Rev. crit.*, 1971, p. 489) ; A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, p. 64 (« in the Rules and Exceptions... law of a country means... usually the domestic law of that country, sometimes any domestic law which the courts of that country would apply to the decision of the case to which the Rule refers ») ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 199. Sur ce que « le statut de principe attribué au renvoi demeure problématique », v. D. Bureau / H. Muir Watt, *D.i.p.*, t. I, p. 498.

qui n’est dès lors pas prévenu et qui sera tout au plus résolu par la saisine d’un des deux juges⁴³⁸. L’attitude du « double renvoi » telle que traditionnellement expliquée n’est pas non plus acceptable car, si elle est généralisée, aucune loi n’est désignée, si bien que les justiciables trouvent face à un vide juridique⁴³⁹. La philosophie bilatéraliste qui inspire les règles de conflit dont est issu le renvoi retire aux États impliqués le « pouvoir de vouloir » (*Wollen Können*) trancher celui-ci par son acceptation pure et simple et par son refus pure et simple.

Si l’Angleterre et l’Espagne acceptent l’une et l’autre le renvoi à propos de la succession des Britanniques ayant leur domicile en Espagne, il s’ensuivrait qu’à tout instant antérieur à l’engagement d’un procès, l’Angleterre et l’Espagne déclarent applicables leurs lois. On connaît les méfaits d’une telle antinomie internationale : le *de cuius* est condamné à mourir sans connaître la loi à laquelle il est tenu de se conformer dans ses dernières volontés et dont il peut exploiter les facilités qu’elle lui offre ; les successibles ignoreront de leur côté quelle est la loi régissant la répartition des biens successoraux entre eux aussi longtemps qu’un procès ne les oppose, la saisine d’un juge s’en trouvant dès lors parfaitement encouragée alors que la prévisibilité et sécurité du droit visent au contraire à la décourager ; la loi applicable est fixée au moment de la saisine et par la saisine et l’auteur de celle-ci et non par le juge et au moment de la décision qu’il rend, si bien que le procédé de solution du conflit aura été irrespectueux de la directive primordiale de la « tierceté » du sujet chargé de le trancher et une telle solution n’aura pas contribué au progrès des ordres juridiques espagnol et anglais sous l’angle de la justice et de la prévisibilité, mais à bien à leur récession.

C – La bilatéralité nécessaire de la règle de conflit de renvoi et ses conditions

117. Répartition égalitaire des espèces frappées par le conflit de renvoi.

Nous avons rappelé à plusieurs reprises à quel point le bilatéralisme est redevable de l’idée selon laquelle la volonté d’un sujet – ici étatique – et l’action qu’il projette doivent s’inspirer d’un principe susceptible d’être érigé en directive de la volonté et de l’action universelles. Il s’ensuit la nécessité pour toute communauté étatique de reconnaître aux autres le « pouvoir de vouloir », c’est-à-dire de revendiquer, le même espace de liberté qu’elle compte réclamer pour elle, autrement dit la nécessité pour un État A de retenir un critère de res-

⁴³⁸ A l’égard du renvoi, R. van der Elst, « Antinomies en droit international privé », in Ch. Perelman, *Antinomies en droit*, p. 158 s’exprime ainsi : « [i]l s’agit là d’une antinomie résultant de la contradiction réelle entre deux règles de conflit de lois qui sont successivement applicables au même cas d’espèce » ; v. ég. *ibidem*, p. 164, où l’auteur confirme qu’« il s’agit là d’une antinomie n’ayant rien d’illusoire ». En ce sens ég. L. Silance, « Quelques exemples d’antinomies et essai de classement », p. 70.

⁴³⁹ Cf. J. Maury, « Règles générales », p. 100 : « Si tout État avait comme unique règle de conduite de faire comme les autres, on aboutirait, chacun attendant la décision d’autrui, à ne faire rien du tout » ; H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 595-596 ; cf. A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, p. 240 ; H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, n° 309 ; J. Foyer, note sous TGI Paris 20 avr. 1982 et Paris, 8 mars 1983, *Rev. crit.*, p. 301.

triction de la vocation de sa loi tel qu’entériné par les autres États, B, C, D, etc., il aboutit à éviter des revendications étatiques simultanées, c’est-à-dire à prévenir un conflit international de lois et par là un conflit de prétentions privées, puisque la mise en œuvre d’un tel critère se solde par la désignation d’une loi et d’une loi seule : pas plus afin de venir à bout d’une antinomie, pas moins afin d’éviter un vide juridique, celui-ci tout autant que celle-là revenant, si laissés sans remède, à une absence de Droit.

Lorsque plusieurs communautés étatiques ont vocation à soumettre la même relation interindividuelle à l’empire de leur loi, le principe du bilatéralisme impose à chacune, qui est *a priori* tout aussi « co-intéressée » que les autres à la régler et donc à épargner aux personnes privées les affres d’un conflit international de lois et le non-Droit qui en résulte, de s’abstenir tout à la fois de prétendre impertubablement y appliquer sa loi en négligeant la vocation parallèle de celles des autres, et de donner systématiquement préférence à la loi des autres en occultant la vocation de la sienne propre. Il s’agit plutôt, ici comme toujours, de *suum cuique tribuere*⁴⁴⁰. C’est ainsi éclairé que prend tout son sens le principe d’égalité entre la loi du for et la loi étrangère. Le fait du renvoi confronte à nouveau chacun des États à une situation de ce type et le mode d’y réagir se doit d’obéir au même principe⁴⁴¹. Aussi bien, il y a lieu d’affirmer que le bilatéralisme impose à chacun des États en conflit de renvoi et « co-intéressés » à la résolution d’un tel conflit, de commencer par s’abstenir de vouloir se replier systématiquement sur sa propre loi en ignorant la vocation de la loi de l’autre, ce à quoi aboutit l’acceptation du renvoi, tout autant que de vouloir en rester à la loi de l’autre en ignorant la vocation de la sienne, ce à quoi aboutit le refus du renvoi. L’enseignement du bilatéralisme ne peut que se renouveler ici⁴⁴² et commande de réserver une part à chacune des lois participant au jeu des désignations croisées⁴⁴³. C’est là le « programme » de la synthèse.

⁴⁴⁰ Ce qui représente, pour N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », in Ch. Perelman (dir.), *Antinomies en droit*, p. 257, « le plus haut principe de justice », exploitable également, selon lui, pour résoudre les « conflits de règles de conflit » (ou « antinomies au deuxième degré » : v. *infra*, note 443).

⁴⁴¹ Cf. G. Sauveplanne, « Renvoi », p. 8.

⁴⁴² J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 217, se demande si l’usage de la règle de conflit du for ne doit pas être considéré comme la première phase, nécessaire, mais pas toujours suffisante ». De « démarche supplémentaire » parle, à propos de la thèse du renvoi-coordination, B. Audit, *D.i.p.*, p. 183 ; de « paso suplementario », E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 111 ; de « erste[r] kollisionsrechtlicher Anknüpfungsvorgang », il est question chez I. Schwander, « Einige Gedanken zum Renvoi », p. 416. Cela coïncide en substance avec le « two-step approach » proposé aux États-Unis pour résoudre, entre autres, les conflits de renvoi : v. L. Kramer, « Return of the Renvoi », p. 1132 s. Si l’on admet que le renvoi recouvre un « conflit de règles de conflit » qui appelle à son tour une *règle de conflit* (R. Mortensen, « Troublesome and obscure », p. 18 : « conflict rules themselves conflict and, so, call for their own *conflict rules* » ; cf. M. Tilbury / G. Davis / B. Opeskin, *Conflict of Laws in Australia*, 2nd ed., Oxford, 2002, p. 999), il est raisonnable de donner à cette règle de conflit une structure *zweckrational*, c’est-à-dire telle que, bilatéralisée, conduit effectivement à « régler » le conflit dont il est question.

⁴⁴³ Cela aboutirait à « assigner à chacune des lois [en conflit] un champ d’application distinct », ce qui représente l’une des méthodes couramment utilisées pour neutraliser le conflit interne de lois (L.

118. Conditions formelle et substantielle de la « bilatéralisabilité » de la règle sur le renvoi. Ce programme ne peut être réalisé par un État que s'il adopte un critère subsidiaire tel que, *bilatéralisé*, c'est-à-dire retenu par l'autre État « co-intéressé », il se solde par la désignation d'une loi et une loi seule en supprimant le conflit⁴⁴⁴. C'est là la *forme* ou *vocation bilatérale* de la *règle de conflit de renvoi*. On peut également qualifier celle-ci de *règle de conflit de règles de conflit* ou encore de *règle de conflit au deuxième degré* ou à la *deuxième puissance*. Si l'on retient cette terminologie, la règle de conflit est logiquement une règle de conflit *au premier degré* (ou à la *première puissance*). L'appellation « règle de conflit

Morgenthal, « Les antinomies en droit social », in Ch. Perelman, dir., *Antinomies en droit*, p. 39 s., p. 47), y compris les conflits internes de lois au *second degré* (N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », p. 257). C'est la quintessence de ce que dans la littérature américaine contemporaine l'on appelle parfois « modern view of renvoi » ou « modern renvoi » (cf. *infra*, n° 407) : au lieu de « blindly applying forum law as a tiebreaker », l'on met en œuvre un critère tel qu'il peut désigner soit la loi du for soit la loi étrangère, sur base égalitaire : « the result of modern renvoi is the regular application of both forum law and foreign law » de sorte que l'on débouche sur « an equal number of cases in which forum is applied and in which foreign law is applied » (M. Chait, « Renvoi in Multinational Cases in New York Courts », p. 170).

⁴⁴⁴ Que la nécessité de trancher le conflit de renvoi en développant et mettant en œuvre un principe supérieur puise sa source dans le cœur rationnel de la règle bilatérale, est reconnu par nombre d'auteurs : v. É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 115-116, pour qui « puisque le but du droit international privé est de résoudre les conflits de lois au lieu de leur donner naissance, les règles de conflit doivent trouver en elles-mêmes les remèdes propres à atténuer les conséquences produites par la divergence des rattachements nationaux » ; selon I. Schwander, « Einige Gedanken zum Renvoi », p. 416-417, la recherche d'une *Sonderanknüpfung* à laquelle invite la situation de renvoi (en quoi l'auteur voit une « correction », *Korrektur*, du système du for ainsi qu'une « spécialisation » de celui-ci, donc une « bessere Anknüpfung »), doit être inspirée par des principes ou intérêts « identiques » à ceux qui ont présidé le choix de la « Hauptanknüpfung », et notamment l'harmonie des solutions (« vor allem aber die Entscheidungsharmonie » : p. 416) ; pour D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 352, « un conflitto tra principi di diritto internazionale privato si deve risolvere coi criteri che ci fornisce questo stesso diritto » et précisément « il rinvio si considera come un criterio per risolvere i conflitti fra le disposizioni legislative di diritto internazionale privato » (*ibidem*, p. 353). Cf. B. Audit, *D.i.p.*, p. 182, qui en appelle à un « principe supérieur à la règle de conflit », sauf qu'il évoque, comme illustration d'un tel principe, « la commodité d'appliquer la loi du for plutôt qu'une loi étrangère », ce qui n'est pas respectueux du bilatéralisme car sa mise en œuvre par les deux États aboutit à la désignation de deux lois. Ce principe ou critère supérieur doit en effet, tout comme la règle de conflit de lois, créer les conditions pour une solution consensuelle, c'est-à-dire être tel que, adopté par l'autre État participant au jeu de désignations croisées, il résout le conflit de renvoi. L'idée de P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », p. 233, était bien de « découvrir un règlement subsidiaire qui traduise une communauté de vue que notre règlement principal ne reflète pas en l'espèce » ; cf. Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.i.p.*, p. 267, pour qui « la recherche d'un règlement subsidiaire a précisément pour objet de remédier au défaut de communauté, donc d'harmonie, existant entre la règle de conflit étrangère et la nôtre ». Encore plus explicite est R. Quadri, « Critica al problema del rinvio », p. 361, pour qui la règle incorporant le « criterio di collegamento sussidiario » est une « norma verso la quale potranno convergere senza difficoltà le designazioni dei vari sistemi di diritto internazionale privato e che potrà pertanto realizzare quella uniformità nella vita giuridica dei soggetti, quell'ordine e quella sicurezza dei rapporti privati che costituisce il primo fine da raggiungere da ogni sistema di diritto internazionale privato ». Pour B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 492, « il est bon de compenser...[l']inconvenient [résultant « des divergences des désignations »] par la recherche ultérieure d'un accord et le renvoi s'y efforce ». Cf. ég. W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 92, pour qui, dans une situation de renvoi, « l'essentiel est d'adopter une solution *consensuelle* que les deux États consacreront harmonieusement » (italique de l'auteur).

au deuxième degré » se recommande du parallélisme avec l’*antinomie de deuxième degré* parfois évoquée par ceux qui se sont intéressés à la théorie des conflits internes de lois, antinomie qui se réalise par exemple en cas de conflit entre les critères de solution de l’antinomie interne (au premier degré) que sont, d’une part, le critère de spécialité (*lex specialis derogat legi magis generali*) et, d’autre part, le critère chronologique (*lex posterior derogat legi priori*). L’appellation dont il est question paraît aussi appropriée car, ainsi qu’on le dira plus loin, il peut être nécessaire, pour trancher le conflit de lois, de mobiliser un troisième ou quatrième ou nième degré (ou une troisième, quatrième ou nième puissance). Il faut cependant se garder d’être induits en erreur car la règle de conflit au deuxième degré, qui vise à trancher un conflit de renvoi-retour ou au premier degré, n’a pas grand-chose à voir avec le renvoi au deuxième degré ou nième degré qui, lui, met en cause un troisième (ou nième) État et sera examiné plus loin⁴⁴⁵.

Il importe ici de relever que la directive que prescrit la loi du bilatéralisme à ceux qui se livrent à la mise au point d’une règle de conflit de renvoi est plus complexe⁴⁴⁶ car elle ne concerne plus seulement la *forme* de la règle chargée de trancher le conflit mais également la *substance* ou la *teneur* d’une telle règle et du critère qu’elle adopte. Mais une telle consigne n’est que *négative* en ce sens qu’elle exclut certaines options substantielles, et non pas *positive* puisqu’elle ne va pas jusqu’à imposer un critère déterminé ou un choix entre plusieurs critères déterminés à l’exclusion de tous les autres. Le bilatéralisme empêche plus exactement chacun des États « co-intéressés » de *reproposer* au deuxième degré le rattachement utilisé au premier degré par sa propre règle de conflit de lois, car si l’autre État en fait de même, c’est-à-dire sollicite à nouveau le facteur dont il s’est déjà servi, deux lois sont désignées et le conflit de lois subsisterait. Semblablement, aucun État n’a le loisir de faire porter sa préférence sur le critère retenu par la règle de conflit de l’autre État car si ce dernier sélectionnait symétriquement le critère qu’a retenu son homologue, deux lois seraient de-rechef déclarées applicables et ce ne serait que du stérile « chassé-croisé ». Le choix peut en revanche se porter sur des facteurs qui ne constituent pas en même temps des *rattachements* au sens traditionnel du terme, c’est-à-dire qui

⁴⁴⁵ *Infra*, n° 126 s.

⁴⁴⁶ Il est assez largement reconnu aujourd’hui qu’une règle de conflit *subsidaire* par rapport à une règle de conflit *primaire* qui ne peut pas fonctionner doit elle aussi être dotée de la même *structure* que la règle de conflit primaire, c’est-à-dire retenir un critère bilatéralisable et partant propre à assurer l’harmonie entre les communautés étatiques « co-affectées » par une relation privée internationale. V. la résolution de l’Institut de droit international adoptée le 12 sept. 1989 à Saint Jacques de Compostelle (*Ann. IDI*, 1990, p. 333) : « Il est recommandé aux États, lorsque l’adoption de règles de conflit subsidiaires leur paraît nécessaire, d’utiliser des rattachements qui conduisent, dans les mêmes conditions, à l’application de la loi étrangère comme à celle de la loi du for », l’objectif étant, ainsi que le préambule en témoigne, d’atteindre « l’harmonie des solutions ». C’est pourquoi l’Institut de droit international s’est bien gardé de proposer, lorsque la règle de conflit primaire ne peut pas fonctionner (G. Van Hecke, *Ann. IDI*, 1990, p. 310), « le retour automatique à la *lex fori* » (P. Gannagé, *ibidem*, p. 309).

ne traduisent pas une proximité *géographique*. L’existence même d’un conflit de renvoi atteste que la relation interindividuelle en cause est déjà significativement liée aux milieux de l’une et l’autre communauté étatique en présence⁴⁴⁷. Aussi bien, le critère de solution du conflit de renvoi est parfois plus immédiatement susceptible d’être « bilatéralisé », c’est-à-dire adopté par l’un et l’autre États, s’il est de nature, au sens large, *matérielle*. Mais il faut s’empresse de relever que, pour matériel qu’il soit quant à son essence, un tel principe de solution n’en demeure pas moins asservi à un objectif *conflictuel*, celui justement de résoudre un conflit international de lois.

Ainsi, lorsque le conflit de renvoi concerne les successions, notamment mobilières, et qu’il est provoqué par le heurt entre la règle de conflit de lois espagnole et celle d’un État, tel l’Angleterre, qui privilégie le domicile, la loi du bilatéralisme dégagée plus haut empêche l’Espagne d’adopter comme facteur de solution d’un tel conflit de renvoi la nationalité du *de cuius* (critère figurant déjà dans la règle de conflit de lois espagnole) tout autant que son domicile (rattachement déjà retenu par la règle de conflit de lois anglaise). La règle de conflit de renvoi anglaise ne saurait pour les mêmes raisons adopter le domicile du *de cuius* (critère déjà convoqué par la règle de conflit de lois anglaise) pas plus que sa nationalité (facteur de solution déjà sollicité par la règle de conflit de lois espagnole). La liberté que la loi du bilatéralisme laisse à l’Espagne et à l’Angleterre quant au choix du critère de résolution du conflit négatif de règles de conflit est donc plus *restreinte* que celle dont l’une et l’autre jouissent au niveau des règles de conflit de lois. Un tel choix peut cependant porter sur un critère *matériel*, tel la désignation de la loi par le *de cuius* (entre la loi espagnole et la loi anglaise) ou bien la prépondérance de la loi qui donne plus de liberté au *de cuius* ou, à l’opposé, de la loi qui protège davantage ses proches.

119. Matérialité du critère de solution du conflit de renvoi. Pour saisir cette imbrication subtile du matériel et du conflictuel, ce lien d’instrumentalité de l’un par rapport à l’autre, il suffit de garder en mémoire que les facteurs de résolution d’une antinomie normative interne, ne sauraient à l’évidence traduire une quelconque proximité *géographique*, l’État qui les édicte étant le même. Ces critères, qu’expriment souvent des adages dictés par la sagesse antique, sont dès lors d’une nature qu’on peut qualifier de *matérielle*⁴⁴⁸ : la *lex permittens* est susceptible d’écarter la *lex prohibens*⁴⁴⁹, ce qui explique également le *favor rei* et le *favor validitatis*, celui-ci – on y reviendra plus loin⁴⁵⁰ – étant, peut-on avancer, une manifestation du principe *pacta sunt servanda*⁴⁵¹ ; la *lex favorabilior* du point

⁴⁴⁷ Référence est ici faite au conflit entre deux règles à rattachement unique : v. *supra*, n° 3.

⁴⁴⁸ On ne tient pas compte ici des critères classiques – chronologique, hiérarchique et de spécialité – sur lesquels, par exemple, v. N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », p. 241 s.

⁴⁴⁹ Pour une discussion, v. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 232.

⁴⁵⁰ *Infra*, n° 119, 204 et 298.

⁴⁵¹ Cf. J.-A. Salmon, « Les antinomies en droit international public », in Ch. Perelman (dir.), *Antinomies en droit*, p. 312, pour qui « les règles générales de l’effet obligatoire des traités et des coutumes (*pacta sunt servanda*, *res inter alios acta*, etc...), restent le centre de toute théorie de solution des conflits ; elles sont la conséquence normale d’un système de coordination ».

de vue d’une partie réputée faible peut être préférée à la *lex odiosa*⁴⁵², ce qui peut parfois se recommander de la maxime *patere legem quam ipse fecisti*⁴⁵³ ; la *lex magis fundamentalis* ou poursuivant l’« intérêt prépondérant » l’emporte sur la *lex minus fundamentalis*⁴⁵⁴. Il n’en demeure pas moins – insistons-y – que ces critères, matériels par leur nature, sont *conflictuels* par leur *fonction*, car ils visent à trancher un conflit international de lois⁴⁵⁵. Le recours à de tels critères matériels apparaît d’autant plus légitime dans les situations de conflit de règles de conflit, que celles-ci témoignent d’un degré d’intégration significative de la relation interindividuelle en cause avec les deux États « co-intéressés », si bien que la matérialité est fondée à être mobilisée pour compléter l’œuvre entreprise par la proximité.

On peut penser que la *lex permittens* est celle qui ménage au *de cuius* une plus ample liberté de disposition *mortis causa* (dans l’exemple de la succession hispano-anglaise : la loi anglaise) et la *lex prohibens* celle qui lui interdit de disposer de la part de ses biens correspondant à la réserve (dans l’exemple : la loi espagnole). Il peut par conséquent paraître raisonnable – ce qui, bien entendu, n’empêche pas que d’autres critères le soient tout autant – d’estimer que, pour trancher un conflit de renvoi, à égalité de proximité géographique des deux lois en conflit, la *lex permittens* détient plus de titres intrinsèques que la *lex prohibens*. Encore faut-il, pour qu’une telle vue soit effective, qu’elle soit entérinée par les deux États « co-intéressés » (dans l’exemple : l’Espagne et l’Angleterre). S’agissant du conflit de renvoi entre la loi chinoise du lieu de survenance et la loi australienne de la résidence commune de la victime et du responsable, l’Australie et la Chine pourraient être tentées de retenir, pour le trancher, la *lex favorabilior* dans l’optique de la *victime*, c’est-à-dire de désigner comme applicable celle des deux lois en conflit qui protège davantage la partie susceptible d’être qualifiée de *faible* en ce qu’elle est autre que celle qui, par sa volonté ou ses actes volontaires, a le pouvoir d’occasionner ou de ne pas occasionner le sinistre et par là la naissance de la relation litigieuse⁴⁵⁶. Un tel choix, à le supposer fait par l’Australie, aurait lieu sur le fondement d’une prévision abstraite du conflit de renvoi c’est-à-dire en faisant abstraction de ce que, dans les espèces de type *Neilson*, la

⁴⁵² L. Silance, « Quelques exemples d’antinomies et essai de classement », p. 87 s.

⁴⁵³ Pour Ch. Huberlant, « Antinomies et recours aux principes généraux », in Ch. Perelman (dir.), *Antinomies en droit*, p. 217, il s’agit d’« un principe général de droit non écrit, dont il est fait de fréquentes applications, et qui joue, en droit administratif, un rôle fort important ».

⁴⁵⁴ G. Gavazzi, *Delle antinomie*, p. 89 ; cf. Ch. Huberlant, « Antinomies et recours aux principes généraux », p. 211, pour qui « le juge peut parfois être amené à reconnaître une prépondérance à la règle qu’il estime devoir considérer comme le principe le plus général ou le plus fondamental » ; v. les illustrations citées par L. Silance, « Quelques exemples d’antinomies et essai de classement », p. 87 ; cf. Ch. Perelman, « Les antinomies en droit : Essai de synthèse », in Ch. Perelman (dir.), *Antinomies en droit*, p. 401.

⁴⁵⁵ Selon L. Silance, « Quelques exemples d’antinomies et essai de classement », p. 87, « s’il existe une matière où l’on trouve des exemples fréquents d’antinomies, c’est certainement le droit international privé ». Comparé au raisonnement mis en place afin de « résoudre une antinomie entre deux normes de droit interne, la démarche de l’esprit sera plus longue, le problème étant plus complexe, mais les deux processus suivis présenteront en définitive une grande analogie entre eux ».

⁴⁵⁶ *Supra*, n° 73 s.

loi australienne est plus favorable à la victime que la loi chinoise. Il se peut d’ailleurs qu’à l’égard d’une autre catégorie de délits, ou bien à l’égard d’une autre question pouvant surgir des actes illicites du même type, la loi chinoise soit plus favorable à la victime que la loi australienne. Quoi qu’il en soit, l’objectif en vue duquel l’un et l’autre État s’en remettraient à un facteur matériel est ici de trancher un conflit international de lois, en la forme d’un conflit de renvoi. Les critères indiqués (*lex permittens*, *lex favorabilior*) ont d’ailleurs été pensés pour arbitrer une antinomie interne, y compris une antinomie interprétative, et il est dès lors concevable de les appeler à la rescousse pour départager les lois de deux États dans les milieux socio-économiques desquels la relation privée frappée par le conflit présente un degré d’insertion *a priori* équivalent et qui ont commencé, en vue de le résoudre, à désigner chacun la loi de l’autre en renonçant à la vocation de la sienne propre.

120. Fécondité et limite de la théorie du règlement subsidiaire. Voilà qui illustre la fécondité de l’idée du règlement subsidiaire en même temps que les limites du développement historique qu’elle a connu jusque-là. Cette doctrine a bien vu qu’il fallait à chacun des États « co-intéressés », pour se tirer d’embarras, se doter d’un critère de désignation autre que celui que retient sa règle de conflit *primaire*. Mais trop soucieux d’expliquer l’application de leur propre loi matérielle au profit de laquelle avaient majoritairement penché les tribunaux, les partisans d’une telle théorie ont omis de préciser les conditions de sélection du critère subsidiaire pour engager l’avenir⁴⁵⁷. En dépit de l’opacité de

⁴⁵⁷ La critique qui a été le plus fréquemment adressée à la théorie du règlement subsidiaire est qu’elle créerait des « faux renvoi » ou « renvois artificiels », en raison de la qualification *lege fori* des rattachements utilisés par l’État B « co-intéressé » qu’elle imposerait à l’interprète se situant au point de vue l’État A (v. Y. Loussouarn / P. Bourel / P. De Vareilles Sommières, *D.i.p.*, p. 212-213 ; J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 59 ; Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 69-70 ; E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 127). L’exemple le plus souvent cité est celui du domicile, dont la notion est différente, par exemple, dans les droits français et anglais. Mais quelle est, au juste, s’agissant d’un conflit de renvoi franco-anglais affectant la capacité d’un Britannique domicilié en France, la règle de conflit de lois dont le rattachement devrait, pour les auteurs cités, s’entendre *lege fori* : la règle anglaise primaire ou la règle française subsidiaire ? On discerne mal pourquoi la France devrait se fier à la notion française du domicile dès lors qu’elle est encore dans le temps où elle vérifie si l’Angleterre « revendique » la « compétence » de sa loi (cf. P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », p. 898). Si l’Angleterre estime que la personne dont il est question est en réalité domiciliée en Angleterre, point n’est besoin d’avoir recours au rattachement subsidiaire du domicile, localisé par hypothèse en France aux yeux de la France, car – pour utiliser la terminologie conventionnelle – la compétence « offerte » par la règle primaire française, qui retient la nationalité, est « acceptée » par l’Angleterre. Quant à la difficulté de prouver cette revendication – *in abstracto* ou *in concreto*, c’est-à-dire en tenant compte du jeu de l’ordre public et de la fraude à la loi : cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 59 –, il s’agit d’une ambiguïté qui affecte également la conception du renvoi traditionnel se réclamant du respect ou de l’harmonie. *Quid* du rattachement subsidiaire français ? Dans la mesure où ce rattachement a été adopté pour favoriser l’identité entre la règle française subsidiaire et la règle anglaise primaire, il peut en effet paraître paradoxal que l’on exige du juge français qu’il entende le domicile au sens anglais dans la première phase du raisonnement et au sens français dans la seconde. Le système proposé ne s’enlise toutefois pas dans une telle impasse car le rattachement subsidiaire de l’État A, ici la France, non seulement *ne doit-il pas* nécessairement coïncider avec le rattachement primaire de l’État B, ici l’Angleterre, mais il *ne le peut précisément pas*. À quoi il faut ajouter que cette nécessaire « altérité » doit s’apprécier quant au *contenu*, c’est-à-dire quant à la signification des deux

leurs explications à ce sujet, il semble en effet, a-t-on vu, que ce critère subsidiaire est, pour ces auteurs, ou peut être en tout cas, précisément celui qu’adopte la règle de conflit étrangère⁴⁵⁸. Seulement, une telle démarche ver-

rattachements, subsidiaire de l’État A et primaire de l’État B, et non pas quant à la dénomination, qui peut être la même. Dès lors que l’Angleterre retient comme rattachement *primaire* le domicile – selon la notion anglaise – et que la France adopte comme rattachement *subsidiaire* le domicile – selon la notion française – et que ces deux notions diffèrent significativement, voilà qui devrait encourager l’Angleterre à mettre en œuvre un rattachement subsidiaire qui, bien que différent quant à sa dénomination par rapport au rattachement subsidiaire français, n’en est pas moins proche dans sa substance (par exemple la « habitual residence »). Ainsi l’harmonie devient possible et à la vérité probable. Quoi qu’il en soit, le problème ne semble pas affecter le système ici proposé car l’autonomie et la proximité sont par hypothèse des critères différents, dans la teneur autant que dans l’appellation, par rapport aux rattachements retenus par les règles de conflit primaires des deux États se désignant mutuellement.

⁴⁵⁸ P. Lerebours-Pigeonnière mit à l’épreuve sa théorie dans deux matières – capacité des personnes et succession mobilière –, où il proposa, pour les cas de renvoi, de substituer à la nationalité le domicile, c’est-à-dire le critère qui, du fait qu’il était consacré par la règle de conflit étrangère, avait en effet provoqué jusque-là en France les cas de renvoi (v. *infra*, n° 242 s.). La condition de l’altérité n’est donc, dans de telles hypothèses, pas remplie. Pour la nature délibérément inachevée de la construction de P. Lerebours-Pigeonnière, v. toutefois *infra*, note suivante. Les commentateurs ont certes observé qu’en soi la théorie du règlement subsidiaire peut conduire à désigner une loi *autre* que la loi du for (v. W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 33 ; É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 125 et p. 221). Cependant, la tendance a été celle d’interpréter cette thèse comme suggérant au for d’adopter un critère subsidiaire désignant la loi du for car la « nécessaire coordination veut que le rattachement subsidiaire soit celui-là même retenu par la règle de conflit étrangère » : B. Audit, *D.i.p.*, p. 183 ; É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 214, pour qui la théorie du règlement subsidiaire « ne peut[...] attendre l’harmonie... que si le règlement subsidiaire est une fidèle imitation de la règle de conflit du droit étranger déclaré compétent ». Seulement, s’il est ainsi, le rattachement subsidiaire s’expose au grief d’être un « pseudo-rattachement subsidiaire », « entièrement commandé par le système étranger » (B. Audit, *D.i.p.*, p. 183 ; v. déjà J. Donnedieu de Vabres, *L’évolution de la jurisprudence française*, p. 731, qui jugeait « chimérique de supposer un règlement subsidiaire français qui reproduirait exactement le règlement de la législation déléguée »). Or, cette conséquence est regrettable en ce que l’harmonie de solutions – qui n’est pas absente des ressorts profonds de la théorie sous examen – devient *impossible* si l’État étranger adhère à son tour à la thèse ici en discussion. On peut dès lors conclure qu’en inversant la formule de B. Audit, « la nécessaire coordination veut que le rattachement subsidiaire *ne soit pas* celui-là même retenu par la règle de conflit étrangère ». Il faut encore préciser que lorsqu’on souligne que le critère subsidiaire peut en soi désigner une loi autre que la loi du for, on entend le plus souvent se référer à la loi d’un pays qui n’est ni le for ni celui que désigne sa règle de conflit, c’est-à-dire un pays *tiers* (« à une autre loi étrangère » : É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 221). Ce dont on a eu du mal jusqu’à aujourd’hui à prendre conscience, c’est que ce rattachement subsidiaire peut fort bien désigner la *même loi étrangère désignée par la règle primaire de conflit du for*, en renforçant la vocation de celle-ci. Si ce critère est bilatéralisé, c’est que l’État étranger désigne lui aussi, par le biais d’une règle subsidiaire, sa propre loi (que sa règle primaire ne désignait pas) et le conflit est résolu. Pourquoi cette possibilité n’a-t-elle pas été envisagée ? La tendance persistante à croire que la loi étrangère désignée par la règle de conflit, dès lors qu’elle n’est pas désignée par la règle de conflit étrangère, est définitivement « incompétente », qu’elle « refuse de s’appliquer » en déclinant une fois pour toutes l’offre qui lui est faite (É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 125, pour qui il faut « prendre acte de l’incompétence du droit étranger »), a vraisemblablement conduit à estimer qu’il serait déraisonnable de remettre la compétence, fût-ce au moyen d’une règle subsidiaire, à une loi étrangère « qui a déjà décliné l’offre », car cela aurait pour effet de retomber dans la même ornière. Il est piquant de remarquer que le seul auteur à avoir, à notre connaissance, explicitement énoncé que, dans un conflit de renvoi entre la loi française et la loi anglaise, la théorie du règlement subsidiaire *n’exclut pas logiquement* que « le juge français à la recherche du droit matériel applicable, sur la base de la règle de conflit subsidiaire », puisse revenir « au droit successoral britannique,

rouille aux États en conflit de renvoi la voie conduisant à une résolution véritable du problème car elle aboutit à accepter toujours le renvoi, solution qui laisse entier le conflit si elle est bilatéralisée. Autrement dit, une telle attitude est contraire elle aussi au principe du bilatéralisme. Il semble également que les zéloteurs du règlement subsidiaire n’aient par là même pas songé à la possibilité qu’un tel règlement soit confié à un facteur qui n’est pas *géographique*, au sens que l’on vient de préciser, mais *matériel*⁴⁵⁹.

D – Conflits entre les règles de conflit de renvoi et hiérarchie des règles de conflit

121. Antinomie des règles de conflit au deuxième et nième degré. Dès lors que les États A et B déterminent unilatéralement tout autant le critère qu’ils consacrent dans leur propre règle de conflit de lois – ou règle de conflit au premier degré – que celui qu’ils consacrent dans leur propre règle de conflit de renvoi – ou règle de conflit au deuxième degré –, il se peut que la règle de conflit de renvoi posée par l’État A avance un critère qui est différent de celui que

lorsqu’il estime, d’après les circonstances particulières, que l’application de ce droit s’impose par la force des choses », est à la fois l’un des adversaires les plus acharnés du renvoi traditionnel et le premier partisan d’un règlement subsidiaire reposant sur le « principe de proximité », c’est-à-dire G. Maridakis (*Ann. IDI*, 1957, p. 34) : v. *infra*, note 597.

⁴⁵⁹ P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 6^e éd., n° 259 a tenu lui-même à souligner « le caractère en quelque sorte inachevé de l’élaboration des règles subsidiaires ». Pour lui, « il faut attendre le développement de la jurisprudence », car « les éléments qu’elle fournit ne permettent pas en l’état actuel des choses de pousser plus loin une construction juridique qui s’efforce d’être assez souple pour servir d’encadrement et de moyen de progression aux décisions qui achèveront la théorie du renvoi, sans trop peser sur leur interprétation par un raisonnement abstrait aprioristique ». Cependant, « si le travail d’application reste à faire, la voie est tracée » (cf. Y. Lous-souarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.I.P.*, p. 268 et J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 55). On a reproché à ce système la « difficulté presque insurmontable de [le] mettre en pratique » (J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 54), car « [à] supposer que l’œuvre puisse être terminée, le droit des conflits sera d’une complication qui dépassera, et de loin, toutes les difficultés que peut accumuler l’application du renvoi conçu comme un renvoi-délégation » (*ibidem*, n° 57). Or, le droit international privé contemporain s’est « compliqué » considérablement lors des cinquante dernières années, du fait notamment de sa « diversification, spécialisation, matérialisation et flexibilisation » (c’est le titre du cours professé à la Haye par J. González Campos, *Rec. cours*, 2000, t. 287, p. 9), cette complication étant – est-on obligé de penser – nécessaire en vue d’une *meilleure justice* des relations privées internationales. D’ailleurs, « [t]he fact that a problem is hard has not generally been deemed of itself a sufficient reason for courts refusing to undertake it » : E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1180, citant R. Leflar, « Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims », 46 *Harv. L. Rev.* 193 (1932), p. 218. J. Derruppé (« Étude théorique du renvoi », n° 57) s’en prend également à l’« incertitude juridique » que le processus d’élaboration du règlement subsidiaire laisserait subsister, dont « rien n’est plus inopportun » car « le justiciable ne saura pas » si c’est la loi du for ou une autre loi qui le régira. Or, les justiciables participant à une relation privée génératrice du conflit de renvoi à laquelle chacun des États réagit en acceptant sans plus le « renvoi-délégation » sont maintenus dans l’« incertitude juridique » dans sa variante la plus aigüe – celle que recèle toute antinomie – tandis que le règlement subsidiaire s’efforce de l’éliminer en résolvant l’antinomie internationale de lois. Cf. R. Yezerski, « Renvoi Rejected ? », p. 292, d’après qui que l’objectif de la « certainty and predictability » ne revient pas au « desire to ensure that cases [a]re easily dealt with, or evidentially simple » mais bien « because certainty... would facilitate international transactions ».

retient la règle de conflit de renvoi développée par l’État B. La possibilité de la diversité du choix est ici de nouveau une conséquence nécessaire de la liberté des sujets choississants et de l’unilatéralité de leur initiative. Il convient de distinguer selon qu’une telle diversité est source de conflits entre les règles de conflit de renvoi (2) ou ne l’est pas (1).

1. *Diversité non génératrice de conflits entre les règles de conflit de renvoi*

122. Coordination atteinte en dépit de la diversité. Il se peut que, malgré la différence quant à la teneur des règles de conflit de renvoi posées par les deux États, la loi désignée par elles soit en l’espèce la même, ou bien celle de l’État A ou bien celle de l’État B. La coordination entre les États A et B à la faveur de telles relations interindividuelles est dans ces cas trouvée au niveau et par la grâce des règles de conflit de renvoi et ce nonobstant la diversité de celles-ci. Le conflit de lois et aussi, par conséquent, le conflit de prétentions privées sont tranchés et en principe prévenus, tant et si bien qu’il n’y a aucune nécessité pour les deux États A et B de mobiliser d’éventuelles règles de conflit de degré ultérieur.

Supposons que l’Angleterre, dont la règle de conflit en matière de succession mobilière retient le domicile du *de cujus*, adopte, comme critère de solution du conflit de renvoi, le domicile des prétendus ayants droit et que l’Espagne, dont la règle de conflit retient la nationalité du *de cujus*, adopte, comme critère de solution du conflit de renvoi, le lieu de situation prépondérante des biens de la succession. Si l’essentiel du patrimoine héréditaire se trouve en Angleterre et que les (potentiels) survivants intéressés ont leur domicile également en Angleterre, la diversité des rattachements subsidiaires n’est pas génératrice d’un conflit hispano-anglais de règles sur le renvoi. Il en va de même dès lors que la plupart des biens de la succession sont situés en Espagne et que c’est là également que sont établis les prétendus ayants droit. À supposer que les personnes concernées puissent sans trop de peine s’assurer que les « rattachements de renvoi » désignent en l’espèce l’un et l’autre la loi anglaise, pour le premier cas, et la loi espagnole, pour le second⁴⁶⁰, le conflit de lois est, dans un cas comme dans l’autre, prévenu parce que tranché par avance de manière suffisamment certaine par les règles de conflit de renvoi des deux pays. La coordination hispano-anglaise qui se réalise par-delà la disparité de ces règles quant au fond du rattachement de renvoi qu’elles retiennent aura pour effet de déjudiciariser le contentieux entre l’épouse et les enfants.

Il se peut cependant que, des deux règles de conflit de renvoi, par hypothèse différentes, l’une désigne en l’espèce la loi de l’État A et l’autre la loi de l’État B.

⁴⁶⁰ C’est ce que suppose notre hypothèse de travail : v. *supra*, n° 3.

2. *Diversité génératrice de conflits positifs et négatifs entre les règles de conflit de renvoi*

123. Conflit positif et négatif de règles de renvoi. Il se peut notamment que la règle de conflit de renvoi de l’État A désigne la loi de l’État A et la règle de conflit de renvoi de l’État B désigne la loi de l’État B. C’est là, si l’on veut, et pour emprunter à la terminologie traditionnelle, un conflit *positif* de règles de *conflit de renvoi*, qui se superpose à un conflit *négatif* de règles de *conflit de lois*. Il est aussi possible que la règle de conflit de renvoi de l’État A désigne la loi de l’État B, et que la règle de conflit de renvoi de l’État B désigne la loi de l’État A. C’est là un *conflit négatif de règles de conflit de renvoi* – ou *conflit de renvoi entre les règles sur le renvoi* ou *conflit de renvoi au deuxième degré* – qui prolonge un conflit, également négatif, de règles de conflit de lois. Dans un cas comme dans l’autre, la recherche de la coordination entre les États A et B, et par là de la prévisibilité et de la justice quant au mode de solution du conflit international de prétentions privées, prescrit à chacun des États de renouveler la démarche selon le même schéma, c’est-à-dire en respectant les consignes du bilatéralisme. Chaque État sera ainsi conduit à se doter d’une règle de conflit bilatérale *au troisième degré* qu’il chargera de trancher le conflit entre les règles sur le renvoi mais le critère de solution qu’il sélectionne ne saura être celui qui a été retenu au premier ou au second degré ni par l’un ni par l’autre État. On voit que la liberté revenant à chaque communauté « co-intéressée » dans la détermination du critère de solution du conflit est progressivement plus restreinte à mesure que l’on se hisse à des niveaux supérieurs. Encore que dans des limites de plus en plus serrées, chaque État reste cependant maître de ses choix et il est dès lors possible que deux règles de conflit au troisième degré désignent l’une la loi de l’État A et l’autre la loi de l’État B, ce qui appelle logiquement la mise au point par chaque État d’une règle de conflit *au quatrième degré*. Les critères géographiques et matériels envisageables n’étant pas innombrables, la *regressio ad infinitum* n’est qu’une vue de l’esprit. Le principe d’une règle consacrant une suite « en cascade » de critères de solution du conflit de lois n’est au demeurant pas nouveau puisque toute codification moderne du droit international privé se nantit d’un certain nombre de dispositions organisant des systèmes gradués de rattachements subsidiaires, sous-subsidiaires et sous-sous-subsidiaires, dits parfois « échelles de Kegel »⁴⁶¹.

124. De l’échelle de Kegel à l’échelle de Kelsen : vers une pyramide « binationale » de règles de conflit. Si la *pyramide* est l’image qui mieux saisit la construction *par degrés* (*Stufenbau*) de l’ordre juridique, lequel est organisé de telle manière que l’*unité* qui fait défaut à un degré donné en raison de la variété et de la contradiction possible des normes qui y prennent place est assurée par celles qui se positionnent aux plans supérieurs, il n’est pas étonnant qu’une

⁴⁶¹ *Infra*, n° 131 et 135.

telle *hiérarchie des règles de conflit* soit édictée par deux ordres juridiques étatiques en quête de coordination. Exigée par les lois du *Sein* qui interdisent la contradiction des actions humaines, l’*unité* des deux ordres juridiques, de deux systèmes normatifs étatiques ayant pour mission de prescrire le *Sollen* à l’égard des relations privées qui naissent et évoluent simultanément au sein de l’un et de l’autre, appelle la création, à l’égard de ces relations « binationales », d’un ordre juridique « binational », « bi-étatique ». Lorsque, comme c’est le cas des situations de renvoi, les règles de conflit au niveau inférieur laissent subsister la contradiction entre les deux ordres juridiques étatiques et, par conséquent, maintiennent les personnes privées dans le désordre juridique quant à la sphère de leurs droits et obligations, l’*unité* dont il est ici question ne peut qu’être recherchée à un étage plus élevé de l’ensemble hiérarchiquement ordonné des règles de conflit qu’édifient ensemble les organes des États en conflit de renvoi.

En reprenant l’exemple proposé en dernier lieu, il se peut que le centre du patrimoine du *de cujus* s’enracine en Espagne et que les successibles présomptifs soient domiciliés en Angleterre. La règle espagnole de conflit de renvoi désigne la loi espagnole et la règle anglaise de conflit de renvoi désigne la loi anglaise. C’est là une situation de conflit *positif* de règles de conflit de renvoi. Il se peut aussi que les ayants droit soient domiciliés en Espagne et que la fortune laissée par le *de cujus* soit située de manière prépondérante en Angleterre. La règle espagnole de conflit de renvoi désigne la loi anglaise et la règle anglaise de conflit de renvoi désigne la loi espagnole. C’est là une situation de conflit *négatif* de règles de conflit de renvoi. Dans la mesure où les deux communautés étatiques souhaitent prévenir le conflit hispano-anglais de lois et par là le conflit de prétentions privées entre l’épouse et les enfants du *de cujus*, elles se doivent chacune de mettre au point un troisième principe de coordination, ou critère sous-sous-subsidiaire de résolution du conflit de lois, qui nourrira une règle de conflit au troisième degré destinée à arbitrer un conflit des règles de conflit de renvoi. Le troisième principe unilatéralement posé par l’Espagne peut être identique au troisième principe unilatéralement posé par l’Angleterre ou bien différent de celui-ci. S’il est identique, la coordination hispano-anglaise à l’égard d’une telle catégorie d’affaires se réalise au troisième niveau de la pyramide normative hispano-anglaise et il n’est pas nécessaire d’en poursuivre l’ascension. S’il est différent, la coordination peut, on l’a vu, tout de même se réaliser à ce stade – c’est le cas si les deux critères qui y prennent rang désignent pour la circonstance, en dépit de leur diversité, la même loi, espagnole ou anglaise – mais peut aussi ne pas se réaliser, auquel cas l’Espagne et l’Angleterre n’auront qu’à se remettre à un quatrième critère de coordination. Supposons à présent que l’Espagne, qui retient la nationalité du *de cujus* à la première puissance et, par hypothèse, le siège principal du patrimoine héréditaire à la deuxième puissance, retienne à la troisième puissance l’*unité internationale* de la loi applicable à la succession. Or si l’Angleterre, qui s’en remet au domicile du *de cujus* à la

première puissance et, en vertu d’une hypothèse déjà formulée⁴⁶², au domicile des ayants droit à la deuxième puissance, convoque elle aussi, à la puissance supérieure, l’unité de la loi applicable à la succession, et que ce critère peut fonctionner en l’espèce parce que le *de cujus* laisse par exemple un immeuble en Angleterre, si bien que la loi anglaise est désignée⁴⁶³, le conflit hispano-anglais de lois est tranché au profit de la loi anglaise. Tant et si bien que la contestation pouvant opposer les enfants et l’épouse est elle aussi tranchée par avance au profit de la prétention que cette dernière est susceptible d’avancer en prenant appui sur la loi anglaise, en conséquence de quoi les particuliers intéressés pourront se tenir loin des tribunaux. Si l’Angleterre retient, à la troisième puissance, la *professio iuris* du *de cujus*, celui-ci pourra faire le choix de la loi anglaise, qui est celle vers laquelle pointe par hypothèse le critère l’unité de la loi applicable à la succession retenue par l’Espagne, et le conflit hispano-anglais de lois est également tranché au troisième niveau. Si le *de cujus* n’exerce pas de choix, l’Angleterre devra recourir à un quatrième critère, qui peut être la proximité pure par laquelle, comme on le rappellera plus loin, s’achève souvent une « échelle de Kegel »⁴⁶⁴. On conçoit mal qu’on puisse, à l’égard d’une matière donnée, aller au-delà du quatrième étage de l’édifice, ce qui suppose la mobilisation d’un nombre considérable de rattachements et de critères matériels de solution⁴⁶⁵. Il importe de constater que l’unité des deux ordres juridiques, la création d’un ordre juridique « binational », hispano-anglais, visant à régir les relations privées hispanoanglaises et ici plus particulièrement les successions hispano-anglaises, unité que requiert la loi de l’être qui empêche que les biens litigieux soient attribués à la fois à l’épouse comme le voudrait la loi anglaise et aux enfants comme le voudrait la loi espagnole, se réalise par un double système parallèle et hiérarchiquement ordonné de règles de conflit qui demeurent nationales quant à leur source, c’est-à-dire unilatéralement posées. Aussi bien, aucun des deux États ne perd à aucun moment la maîtrise du processus, la paternité de la construction, qui est une paternité « binationale », bilatérale, la « coordination » consistant en définitive à « ordonner ensemble ». L’Espagne et l’Angleterre auront mis en place un système de règles de conflit en cascade comportant une suite de quatre rattachements et principes de solution, ce qui n’a rien d’étonnant si l’on pense que le Code civil espagnol consacre depuis quarante ans une règle de conflit d’une structure semblable en matière d’effets du mariage⁴⁶⁶. Bien sûr, notre *de cujus*, dans la mesure et au moment où il se

⁴⁶² *Supra*, n° 122.

⁴⁶³ Sur la logique et les conditions de fonctionnement de l’unité de la loi applicable à la succession comme critère pour trancher le conflit de renvoi, v. *infra*, n° 232 s.

⁴⁶⁴ *Infra*, n° 131.

⁴⁶⁵ Nous avouons volontiers être à court d’idées pour imaginer, dans le domaine successoral, d’autres critères que ceux dont l’exemple retenu suppose la mise en mouvement jusqu’au quatrième niveau (domicile du *de cujus*, nationalité du *de cujus*, lieu de situation prépondérante des biens, domicile des ayants droit, unité de la loi applicable à la succession, principe de proximité, *professio iuris* du *de cujus*).

⁴⁶⁶ C’est l’art. 9 par. 2, dont voici le texte : « Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo ; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio ; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual

préoccupe du sort que subiront ses biens après son décès, tout comme son épouse et ses enfants lorsqu’ils s’interrogent sur les conséquences qui résultent pour eux de l’ouverture de la succession de leur proche, devront consulter deux séries – espagnole et anglaise – de règles de conflit (de lois, puis de renvoi, puis de conflit de règles de renvoi). On se gardera cependant de s’en prendre à la sophistication du remède, car la simplicité de la thèse et de l’antithèse ne leur apporte jamais de certitude. Mieux vaut-il une solution élaborée que pas de solution du tout.

125. Coordination comme ensemble de démarches. En l’absence d’un « coordonnateur »⁴⁶⁷, c’est-à-dire lorsque l’initiative de la coordination et le choix du critère de celle-ci sont remis aux deux sujets mêmes dont les domaines de liberté, et donc les possibilités de leurs actions, sont à coordonner, la coordination est bien souvent le fruit d’un « ensemble de démarches » entreprises par l’un et l’autre⁴⁶⁸, d’une somme d’efforts réciproquement consentis, elle ne se réalise souvent qu’à la suite de plusieurs échanges de projets et contreprojets de coordination, de plusieurs « cycles » ou « rounds » de pourparlers. C’est ce dont tout un chacun fait régulièrement l’expérience. Il suffit de songer à la coordination que visent deux parties à une négociation se déroulant *inter absentes* qui, cherchant à accorder leurs volontés en vue notamment de conclure un contrat, avancent chacune d’abord une première proposition conforme à sa propre vue de la meilleure coordination sans connaître encore, au moment où elle la développe, celle que formulera pour son propre compte l’autre « co-intéressé ». Or après avoir eu connaissance de la vision de la coordination proposée par son partenaire et constaté que les deux visions divergent, chaque partie que fait-elle ? Elle ajuste la sienne pour élaborer une seconde proposition, pour avancer un second « modèle » de coordination qui tienne compte de la proposition avancée « au premier tour » par l’autre. L’écart entre les visions subjectives de la coordination se réduit à mesure que progressent les échanges jusqu’à disparaître lorsque l’*énième* proposition qu’avance une partie est en concordance avec l’*énième* proposition qu’avance l’autre. C’est ainsi que prend naissance la « convention » privée, dont l’étymologie même renvoie à une « convergence », et qui incarne une volonté qui est désormais objective parce qu’elle est « bi-subjective », la « volonté contractuelle »⁴⁶⁹.

La coordination est plus laborieuse à atteindre lorsque les sujets dont les points de vue sur la justice, et les actions susceptibles de les concrétiser, doivent être accordés sont *trois* ou plus.

común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio ».

⁴⁶⁷ Ce terme est emprunté à P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 48.

⁴⁶⁸ C’est la définition de « coordination » que propose G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., Paris, 2004, p. 247.

⁴⁶⁹ R. Sacco, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *Rev. int. dr. comp.*, 2007, p. 743.

E – Renvoi au deuxième degré ou nième degré

126. Antinomie « trilatérale » ou conflit « trinational » de lois. Nous avons supposé jusqu’à présent une relation interindividuelle qui n’est intégrée qu’aux milieux sociaux et économiques de deux États, A et B. Il se peut cependant que celui d’un troisième État C soit également affecté par elle. Ce sont alors trois communautés étatiques A, B et C qui ont en principe pour intérêt commun de faire en sorte que le conflit susceptible de s’élever entre les personnes impliquées puisse être tranché définitivement et, autant que faire se peut, d’une manière suffisamment prévisible avant toute judiciarisation. La connaissance précontentieuse de leurs droits et obligations habiliterait les parties à « vivre » leur relation sans passer par un procès et l’exercice des droits et l’exécution spontanée des obligations qui la constituent sont de nature à alimenter l’ordre, la stabilité et la prospérité des trois communautés qu’elle met en cause. Seulement, pour parvenir à un tel objectif, les États A, B et C doivent « régler », si possible avant toute saisine d’un quelconque de leurs juges, l’antinomie « trilatérale » ou conflit « trilatéral », ou « trinational », de lois qui résulterait de la volonté de chacun d’eux de réaliser la vocation de sa propre loi en se réclamant du lien significatif par lequel la relation interindividuelle est par hypothèse rattachée à son ordre.

Les méfaits que provoquerait la réunion de ces trois prétentions incompatibles sont encore plus graves que lorsque le conflit ne concerne que les lois de deux États puisque le risque s’exacerbe que les écarts entre les lois concurrentes soient encore plus significatifs. Si la loi de l’État A prévoit qu’une partie doit à l’autre 200 et la loi de l’État B prévoit que la créance n’est que de 100 et la loi de l’État C prévoit qu’une telle créance n’existe pas du tout, et que chacun des États, à tout instant préjudiciaire en tout cas, déclare applicable sa loi, l’incertitude dans laquelle ce conflit « tripartite » plonge les justiciables est plus importante que celle qui résulte du conflit « bipartite », c’est-à-dire opposant les seules lois de A et de B, lesquelles s’accordent au moins sur ce que la créance existe et qu’elle a une valeur non inférieure à 100. Autrement dit, la participation au conflit d’une troisième loi, d’une troisième vision de la justice que méritent les personnes privées, a pour effet d’accroître la palette des solutions possibles et par là l’imprévisibilité quant à la teneur de celle qui s’imposera. Ainsi s’aggrave à proportion l’injustice résultant de la possibilité pour la partie la plus rapide de trancher le conflit par la saisine d’un juge, possibilité qui s’offre à elle lorsque les États A, B et C reconnaissent compétence directe à leurs juges et ne s’opposent pas à la reconnaissance d’une décision étrangère rendue par l’un d’entre eux du seul fait que celle-ci a retenu une loi autre que celle qu’aurait retenue l’État requis si l’instance « directe » s’était enracinée auprès de ses tribunaux.

Aussi comprend-on que chacun des trois États concernés s’évertue à prévenir l’antinomie en posant une règle de conflit qui consacre un critère multilatéral, c’est-à-dire tel que, s’il est adopté par tout autre État, et notamment par

les deux autres avec lesquels la relation est significativement rattachée, il aboutit à la coordination, qui est ici véritablement multilatérale et spécialement tri-latérale. Comme on le constate souvent dans la vie de tous les jours, la coordination entre *trois* sujets est susceptible de requérir plus d’efforts que la coordination entre *deux* sujets parce que ce sont *trois* conceptions potentiellement divergentes de la coordination qu’il s’agit de réconcilier. À l’état préjuridique dont on sait qu’il est caractérisé par la recherche spontanée de la coordination, chacun des États A, B et C est libre de choisir le critère de celle-ci qu’il estime le plus conforme à la justice sur le plan des relations interétatiques en matière de droit privé, en ayant pour seul devoir d’en choisir un qui soit universalisable. Le choix d’un critère de forme multilatérale, du fait de l’unilatéralité du processus de sélection, peut en conséquence diverger d’un État à l’autre. Une telle divergence est variable en intensité puisqu’elle peut être telle que, s’agissant des règles de conflit classiques, deux États sur trois retiennent le même rattachement et le troisième État en suit un différent ou que chacun des trois États suit un critère différent de celui que suivent les deux autres.

Nous ne nous pencherons ici que sur la situation où la diversité est telle que le critère de solution du conflit qu’avance l’État A se réalise en faveur de l’État B et que celui que choisit l’État B désigne l’État C⁴⁷⁰. Le rattachement que l’État C juge à son tour le plus respectable dans l’abstrait peut se concrétiser soit à son profit – et on aura affaire à une situation de renvoi au deuxième degré qui n’englobe pas de renvoi au premier degré ou renvoi-retour (1) – soit au profit de l’État A ou de l’État B, et on sera confrontés à une situation de renvoi au deuxième degré qui comporte une situation de renvoi au premier degré ou équivalente à celle-ci (2).

1. Renvoi au deuxième degré ne recouvrant pas un renvoi-retour

127. Absence de conflit de règles de conflit. Il se peut que la règle de conflit de l’État C dont la loi est désignée par la règle de conflit de l’État B dont la loi est à son tour désignée par la règle de conflit de l’État A, désigne la loi de l’État C en acceptant l’*envoi* que lui fait la règle de conflit de l’État B. Plaçons-nous successivement dans la perspective de chacun de ces trois États.

L’État B renonce à l’application de sa loi – dont la règle de conflit de l’État A prouve qu’elle a une vocation naturelle à régir l’espèce⁴⁷¹ – au profit de celle de l’État C. Ce n’est pas parce que l’État B est prêt à sacrifier sa vision du *suum cuique tribuere* entre les parties privées en faveur de l’État C qu’il se désintéresse de ce que fait l’État A lequel, dans la mesure où la relation interindividuelle met en cause également sa société, a bel et bien son mot à dire puisqu’il menace de pouvoir entraver en fait la mise en œuvre de la loi de

⁴⁷⁰ R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 691 : « Grundsätzlich muss uns zur Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse am Entscheidungseinklang mit allen Rechten gelegen sein » ; cf. M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 117 ; G. Kegel / K. Schurig, *IPR*, p. 140.

⁴⁷¹ V. *supra*, n° 39.

l'État C. Seulement, le critère de solution du conflit qu'avance l'État B est tel que l'État A tout autant que l'État C peuvent l'adopter à leur tour et l'État B est en quelque sorte légitimement fondé à s'attendre que l'État C l'entérinera de son côté et qu'il réclamera l'efficacité de sa loi de même qu'à espérer que l'État A le suivra lui aussi et sera d'accord pour désigner la loi de l'État C. Auquel cas le conflit « trinationnel » de lois sera réglé, les domaines d'application des trois lois seront ajustés les uns aux autres, et le conflit entre prétentions privées sera prévenu, c'est-à-dire tranché par avance au moyen de la vision de la justice privée que l'État C fait sienne. Dans le cas ici envisagé, l'État C avance en effet lui aussi le même critère de solution du conflit de lois qu'avance l'État B. L'État C tout autant que l'État B se soucie du conflit en ce qu'il prétend concrétiser la vocation de sa loi à l'égard des seules catégories des relations internationales ABC qui lui sont rattachées par un *seul* lien : puisque celui-ci se réalise chez lui, il revendique légitimement – au regard en tout cas de la loi universelle du Droit⁴⁷² – l'application de sa loi tout en s'attendant que l'État B prêtera main forte à une telle revendication et renoncera à la vocation de la sienne, ainsi que l'État C est disposé à le faire dans les cas réciproques⁴⁷³. L'État C s'attend aussi que l'État A en fasse de même. Et de fait l'État A renonce lui aussi à l'application de sa loi mais au profit de celle de l'État B en vue d'éviter un conflit de lois, d'abord, avec l'État B, mais en espérant que l'État C, dont le fait que l'État B en désigne la loi montre qu'il a vocation à l'appliquer, acceptera lui aussi de sacrifier la mise en œuvre de sa loi. Afin de remplir la mission qu'il confie à sa règle de conflit, c'est-à-dire prévenir un conflit international de lois et atteindre la coordination, il suffit à l'État A de mettre en œuvre la loi que met en œuvre l'État B, c'est-à-dire celle de l'État C.

Il résulte de ce qui précède qu'à *aucun moment* n'y a-t-il entre *aucun des trois États* concernés de *conflit de renvoi* et, plus généralement, de *conflit de règles de conflit*. Aussi n'y a-t-il à aucun moment besoin de mobiliser une *règle de conflit de règles de conflit* ou *règle de conflit au deuxième degré*. La *coordination* entre les trois États est atteinte en vertu de la première tentative de coordination qu'incarne la règle de conflit de lois de chacun. C'est en effet vers la loi de l'État C que converge cette première série d'efforts.

Supposons que notre ressortissant britannique domicilié en Espagne laisse entre autres un immeuble sis en France. L'intérêt commun de l'Espagne, de l'Angleterre et de la France en tant que responsables de l'ordre et de la paix au sein de leurs sociétés respectives est de trancher de manière définitive les litiges pouvant s'élever entre les prétendants à l'immeuble litigieux (quant à sa distribution en nature ou en valeur) et d'éviter que de tels conflits privés portent atteinte à la stabilité de leurs milieux sociaux et économiques. Les trois communautés étatiques sont également « co-intéressées » à ce que la manière dont de

⁴⁷² Au sens exposé *supra*, n° 104 s.

⁴⁷³ D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, n° 513.

tels conflits privés sont tranchés soit dans la mesure du possible, pour les justiciables, prévisible à tout instant antérieur à la judiciarisation. Voilà qui suppose en amont que le *de cujus* puisse connaître la loi applicable à sa succession et s’ajuster à elle, notamment dans ses dispositions de dernière volonté, et aussi qu’après son décès, ceux qui ont vocation à prétendre aux biens qu’il laisse soient à même d’identifier la loi qui régit leurs droits dans la succession. Une telle connaissance préjudiciaire suppose à son tour la prévention du *conflit « tri-national » de lois* qui résulterait de la triple volonté simultanée, d’une part, de l’Espagne de réaliser la vocation de sa loi en vertu du domicile du *de cujus*, d’autre part, de l’Angleterre de réaliser la vocation de sa loi en vertu de la nationalité du *de cujus*, et, pour finir, de la France de réaliser la vocation de sa loi en vertu du lieu de situation de l’immeuble litigieux ; et il faut aussi éviter que, dès lors que, par exemple, la France parvient à distribuer en nature les droits sur cet immeuble conformément à la loi française, l’Espagne et l’Angleterre autorisent ceux qui auraient vocation à le recueillir d’après la loi espagnole ou la loi anglaise, à prélever sur les biens successoraux situés en Espagne ou en Angleterre, voire sur les biens propres qu’y possèdent ceux qui ont obtenu la remise de l’immeuble grâce à la loi française sans en avoir la qualité d’après la loi anglaise ou espagnole, une somme équivalente à la valeur d’une telle attribution immobilière. Cette *antinomie hispano-anglo-française de lois* menace de provoquer une incertitude encore plus grave que l’antinomie hispano-anglaise. Tel serait le cas, par exemple, si la loi française prévoyait en l’espèce au profit des descendants une réserve héréditaire de deux tiers de la masse. Voilà en effet qui augmenterait la latitude de l’insécurité affectant les parties à tout instant préjudiciaire puisque les solutions possibles quant au règlement du litige pouvant les opposer, s’agissant de la liberté de disposition du *de cujus*, c’est-à-dire du rapport entre réserve et quotité disponible, iraient de la *liberté de disposition totale* prévue par la loi anglaise jusqu’à la *liberté de disposition d’un tiers de la masse* prévue par la loi française en passant par la *liberté de disposition de la moitié* prévue par la loi espagnole. C’est en vue de conjurer une telle antinomie trilatérale que l’Espagne commence par renoncer à mettre en œuvre le mode qu’elle estime le plus juste de solution du différend entre épouse et enfants ; une telle renonciation est consentie en faveur de l’Angleterre qui, du point de vue de l’Espagne, est le pays qui possède les titres les plus forts pour imposer sa vue de la justice successorale. L’Angleterre est aussi prête à renoncer en l’occurrence à son critère de résolution des contestations entre personnes privées – d’après lequel l’épouse devrait recueillir la totalité en tant que légataire universelle – mais cette renonciation a lieu en faveur de la France qui, d’après la conception de la justice de coordination interétatique qu’épouse l’Angleterre, est le pays qui a le plus de légitimité pour imposer ses vues de la justice de coordination interindividuelle en la matière. La France partage le point de vue de l’Angleterre et avance l’applicabilité de sa loi sur le fondement d’un critère qui est multilatéral et propre, si généralisé, à garantir l’harmonie « tri-étatique » de lois recherchée par les trois communautés étatiques « co-intéressées ». En somme, deux États sur trois – Angleterre et France – s’accordent à penser que le critère le plus approprié pour tracer la ligne de partage entre les champs d’efficacité de leurs lois, pour opérer le *suum cuique tribuere* entre eux au sens antérieurement exposé, est le lieu de situation de l’immeuble et qu’il est dès lors juste que la fixation

du critère pour opérer le *suum cuique tribuere* entre les parties privées, épouse et enfants, soit confiée à la loi française. Le troisième État, l’Espagne, bien qu’estimant que l’Angleterre est mieux placée pour trancher, n’ignore pas la vocation de la loi française et n’a en tout cas pas d’intérêt à mettre en œuvre la loi matérielle anglaise, qui laisserait persister l’antinomie avec le lot d’imprévisibilité et d’injustice que l’on connaît. Il suffit donc à l’Espagne d’adhérer à la coordination bilatérale qui s’installe entre l’Angleterre et la France, coordination qui devient de la sorte multilatérale et notamment trilatérale. Auquel cas le conflit hispano-anglo-français de lois est résolu au niveau des règles de conflit hispano-anglo-françaises. À aucun moment n’y a-t-il renvoi-retour : ni entre l’Espagne et l’Angleterre, ni entre l’Angleterre et la France, ni entre la France et l’Espagne. Aucun des États n’a besoin d’en appeler ses règles de conflit de renvoi. La loi française étant applicable du point de vue de l’Espagne, de la France et de l’Angleterre, le *de cuius* pourra organiser sa succession relative à l’immeuble litigieux conformément à cette loi, en respectant les limites qu’elle fixe à sa liberté mais en profitant aussi des possibilités qu’elle lui ouvre ; les prétendants auront la certitude que c’est la loi française qui détermine leurs droits et leurs obligations et ne devront pas se faire un procès pour le savoir ; dans la mesure où la teneur de la loi française est suffisamment claire à l’égard de toutes les questions de droit matériel que soulève la dévolution de l’immeuble⁴⁷⁴, la réalisation du Droit aura lieu en dehors des prétoires, pour le plus grand profit de tout sujet concerné, particuliers et communautés étatiques.

128. « Monolithisme doctrinal ». Même les plus farouches partisans de l’antithèse se sont montrés favorables, dans les cas ici examinés, à ce que l’État A retienne la loi de l’État C à la place de celle de l’État B⁴⁷⁵. On constate à cet égard depuis longtemps un « monolithisme doctrinal »⁴⁷⁶. Aucune des préoccupations légitimes de l’antithèse n’a en effet de raison d’être ici : tout d’abord, on peut bien attribuer à la désignation faite par l’État A en faveur de l’État B une nature conflictuelle et admettre que l’est aussi celle que fait l’État B au profit de l’État C, car la règle de conflit de l’État C désignant la loi de l’État C, le cercle infernal ne se déclenche pas ; ensuite, en s’abstenant de retenir la loi de l’État B, l’État A respecte vraiment la volonté de l’État B de renoncer à la mise en œuvre de sa loi, car cette volonté est définitive du fait que la mission de supprimer le conflit international de lois dont l’État B en fait dépendre la mise

⁴⁷⁴ C’est là un des préalables de notre hypothèse de travail : *supra*, n° 3.

⁴⁷⁵ G.C. Buzzati, *Ann. IDI*, 1898, p. 159 et *Il rinvio*, p. 121 (à la suite de l’examen d’un cas semblable à celui qui conduira L. Raape à parler d’un « rocher de bronze ») ; H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 574 et « Renvoi revisited ? (Bemerkungen zur Entscheidung des New Yorker Surrogate’s Court vom 10. April 1950 in re Schneider’s Estate) », *Festschrift H. Fritzsche*, Zürich, 1958, p. 173 ; E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », p. 536 ; B. Currie, « The Disinterested Third State », 28 *L. & Contemp. Probs.* 754 (1963), p. 781 ; J.H.C. Morris / D. McLean, p. 511 ; en ce sens ég. F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 239, qui préfèrent toutefois parvenir à un tel résultat par la voie du respect des « droits acquis ».

⁴⁷⁶ É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 160 ; cf. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 150 : « quant à la doctrine moderne elle en a approuvé dans sa quasi-totalité le principe ».

en œuvre est ici remplie ; enfin, le facteur désignant la loi de l’État C est « bilatéralisable » en ce que l’État B peut, en l’adoptant à son tour⁴⁷⁷, achever l’œuvre de coordination.

Ces situations ne sont pas problématiques parce que – nous nous permettons d’y insister – elles ne donnent pas lieu au *renvoi*, qui suppose un jeu de désignations « croisées » et réciproques, à savoir tout à la fois l’*envoi* d’un État à un autre et le *renvoi* de celui-ci à celui-là⁴⁷⁸.

2. *Renvoi au deuxième degré recouvrant un renvoi-retour*

129. Désignation non acceptée. Au lieu de désigner la loi de son propre État, la règle de conflit de l’État C peut désigner une loi étrangère : soit la loi de l’État B, soit la loi de l’État A, soit la loi d’un État D et, dans ce dernier cas, le renvoi est souvent dénommé « au troisième degré »⁴⁷⁹. Ce sont les deux premières hypothèses qui nous intéressent : les principes de solution qu’elles appellent devraient pouvoir aisément s’étendre à celle d’un renvoi au troisième (et nième) degré.

Les deux cas de figure évoqués ont en commun, d’une part, la diversité des *trois* règles de conflit posées à la première puissance par les trois États tandis que, dans l’hypothèse antérieurement analysée, *deux* États retenaient le même critère de coordination, d’autre part et surtout, la *renonciation* par chacun des États à voir sa loi s’imposer en faveur de la loi d’un des deux autres, et ce en vue d’atteindre la coordination avec eux, alors que dans l’hypothèse antérieurement analysée, un État déclarait applicable sa propre loi. Il s’ensuit que l’une et l’autre situation recouvrent véritablement un *conflit de renvoi*, c’est-à-dire un renvoi au premier degré. Or si les deux États en conflit de renvoi tranchent celui-ci au moyen de leurs règles de conflit de renvoi – auquel cas la coordination s’opère au niveau des règles à la *deuxième puissance* – ou bien tranchent l’éventuel conflit de règles sur le renvoi au moyen des règles de conflit des règles sur le renvoi, auquel cas la coordination est atteinte au niveau des règles de conflit à la *troisième puissance*, ces situations de renvoi au deuxième degré cessent d’être problématiques. Car le conflit négatif de règles de conflit qui les rend problématiques est justement tranché et la coordination est réalisée du point de vue tout à la fois des deux États impliqués dans ce conflit de renvoi et du troisième État.

Dans le premier cas, la règle de conflit de l’État B *envoie* à la loi de l’État C et la règle de conflit de l’État C *renvoie* à la loi de l’État B. Ici deux États, A et C, renoncent en faveur du même État, l’État B. Le conflit de renvoi engage les États B et C et dès lors qu’ils parviennent à le trancher au moyen notamment

⁴⁷⁷ Même dans le cas où les positions de A et B sont renversées, c’est-à-dire où B, devenu *for* du raisonnement, se situe au début de la chaîne, A et B n’en retiennent pas moins tous deux la loi de C.

⁴⁷⁸ C’est le « renvoi-circulaire » : D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, n° 512.

⁴⁷⁹ « Renvoi-toupie » ou *Kreisolverweisung* : É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 163.

de leurs règles de conflit de renvoi ou le cas échéant leurs règles de conflit de règles de conflit de renvoi, une seule et même loi sera applicable du point de vue de l’un et de l’autre, soit celle de l’État B soit celle de l’État C. De son côté, l’État A a renoncé lui aussi à prétendre retenir sa loi dans le but de prévenir ou résoudre l’antinomie internationale, tout d’abord dans ses rapports avec l’État B, mais dans l’espoir d’y parvenir aussi avec l’État C, dont la loi a également vocation à régir la relation interindividuelle en cause. Aussi bien, il lui suffira d’entériner chez lui la loi que met en œuvre l’État B dont l’applicabilité découle de la solution au conflit de renvoi adoptée par les États B et C. Si les États B et C s’accordent pour résoudre le conflit de renvoi en faveur de la loi de l’État B, c’est que l’État B accepte la désignation que la règle de l’État A fait à l’État B – encore que grâce à l’intervention d’une règle de conflit de degré supérieur –, auquel cas il n’y a pas, pour l’État A, de renvoi ; s’ils se prononcent pour la loi de l’État C, la situation est la même que celle passée en revue plus haut, dont on a montré qu’elle ne soulève pas de difficultés du point de vue de l’État A car elle ne recouvre pas non plus de renvoi proprement dit.

Supposons que notre ressortissant britannique domicilié en Espagne possède un immeuble en Italie. L’Espagne, l’Angleterre et l’Italie sont « co-intéressées » à ce que le potentiel litige entre l’épouse et les enfants puisse être tranché de manière définitive et que, dans la mesure du possible, les parties concernées sachent comment il le serait à un stade antérieur à la judiciarisation et, plus exactement, antérieur au décès du *de cujus*. Or chacune de ces trois communautés étatiques entretient son idée subjective, différente de celle qu’entretiennent les autres, de la répartition la plus convenable des droits individuels relatifs à l’immeuble, c’est-à-dire du *suum cuique tribuere* interindividuel. Mais chacune de ces trois communautés développe aussi son idée subjective, différente de celle que développent les autres (avec la particularité qu’on dira dans un instant), de la répartition parmi les États « co-intéressés » de la compétence à fixer la clé de répartition du bien litigieux, c’est-à-dire du *suum cuique tribuere* interétatique s’agissant du règlement des relations privées successorales. La vision de la justice de la coordination interétatique que chacune adopte la conduit, pour atteindre une telle coordination, à renoncer à sa vision de la justice de la coordination interindividuelle. À partir de ce constat, le succès de l’entreprise de coordination ne suppose que le recouvrement par l’un de ces États, un seul, d’une part de la vocation de sa loi que sacrifie sa règle de conflit. L’Espagne, qui retient la nationalité, accepte de renoncer à imposer sa vision de la justice successorale au profit de la vision qu’adopte l’Angleterre. L’Angleterre, qui retient le lieu de situation immobilière, accepte de renoncer à imposer sa vision de la justice successorale en faveur de celle qu’adopte l’Italie. L’Italie, qui retient elle aussi, comme l’Espagne, la nationalité, accepte elle aussi, comme l’Espagne, de renoncer à imposer sa vision de la justice successorale en faveur de celle qu’adopte l’Angleterre. Voilà qui provoque un *conflit de renvoi entre l’Angleterre et l’Italie*. Dans le système ici proposé, les deux États se dotent chacun d’une *règle de conflit de renvoi* ou règle de conflit à la *deuxième puissance*. Supposons que celle que retient l’Italie privilégie le lieu de situation prépondérante des biens successoraux et supposons qu’un tel critère désigne l’Angleterre. Supposons que la règle

de conflit de renvoi anglaise désigne la loi des contacts (domicile, résidence et nationalité) des prétendants (envisagés dans leur ensemble) et que ces contacts pointent eux aussi vers Angleterre. Il s’ensuit qu’en dépit de la diversité du critère de solution du conflit de renvoi que retiennent l’Angleterre et l’Italie, le *conflit de renvoi italo-britannique* est en l’espèce résolu en faveur de la loi anglaise. Ne participant pas au conflit de renvoi, l’Espagne ne fera que recueillir le fruit de la coordination trouvée à la deuxième (ou troisième) puissance par l’Angleterre et l’Italie, c’est-à-dire qu’elle retiendra elle aussi la loi anglaise qui est celle que désigne sa règle de conflit. C’est donc la loi anglaise qui, du point de vue des trois États « co-intéressés », régira le sort de l’immeuble en fixant les droits de l’épouse et des enfants sur celui-ci, si bien que l’« intérêt commun » de ces trois communautés étatiques sera satisfait d’une manière appropriée. À même d’identifier le siège de ses biens et les attaches prédominantes de l’ensemble de ceux qui pourraient prétendre les recueillir, notre *de cujus* sera aussi à même de prévoir que la dévolution de l’immeuble italien sera régie par la loi anglaise et aura par conséquent le loisir de le léguer à son épouse sans que celle-ci soit ensuite obligée de restituer une somme équivalente à une partie de la valeur de ce bien (somme qui aurait pu être prélevée sur les avoirs qu’elle possède ou possèdera dans l’un ou l’autre des États concernés).

Penchons-nous sur la deuxième hypothèse. L’État A estime ici également que l’État B possède plus de titres pour fixer les droits et obligations résultant de la relation interindividuelle ABC dans la sphère des particuliers, et l’État B estime ici également que c’est l’État C qui détient la vocation la plus significative pour les établir. La singularité que présente ce cas de figure consiste en ceci que l’État C considère que c’est l’État A, et non l’État B, qui a davantage de légitimité pour affirmer sa propre vision de ce qui est conforme à la justice des rapports privés. Pour dire les choses autrement, l’État A *envoie* à l’État C – quoique par l’entremise de l’État B – et l’État C *renvoie* à l’État A. Aussi le conflit de renvoi se produit-il entre les États A et C⁴⁸⁰. Ce sont donc les États A et C qui devront mobiliser leurs règles de conflit de renvoi ou le cas échéant les règles de conflit à la troisième puissance jusqu’à ce que le conflit de lois soit réglé dans les rapports entre eux. L’État B dont la règle de conflit désigne, on l’a dit, la loi de l’État C entérinera pour sa part la solution du conflit de renvoi se dégageant des règles de l’État A et C sans qu’il soit nécessaire qu’il appelle à la rescousse sa règle sur le renvoi à lui (car il n’est pas impliqué dans le conflit négatif). En guise de récapitulatif, la coordination est atteinte entre les États A et C du fait de la mise en œuvre des règles de conflit à la deuxième (ou nième) puissance ; la coordination, entre, d’une part, ces deux États, A et C, et d’autre part, l’État B, est en revanche assurée par la grâce, d’une part, de la règle de conflit à la première puissance de l’État B et, d’autre part, de la règle de conflit à la deuxième (ou nième) puissance de l’État C.

⁴⁸⁰ J. Kropholler, *IPR*, p. 161.

Supposons que notre *de cujus* soit propriétaire d’un immeuble situé en Suisse. L’Espagne renonce à la vocation de sa loi au bénéfice de l’Angleterre, l’Angleterre renonce à la vocation de sa loi au bénéfice de la Suisse, et la Suisse renonce à la vocation de sa loi au bénéfice de l’Espagne. Ici de nouveau il n’est question que de fixer le critère régissant la réappropriation de la vocation sacrifiée au niveau des règles de conflit. Le conflit de renvoi met aux prises la loi espagnole et la loi suisse. Ce sont donc les règles de conflit de renvoi de ces deux États qui seront sollicitées. Supposons cette fois que la règle de conflit de renvoi espagnole et la règle de conflit de renvoi suisse retiennent la volonté des parties – à savoir tout à la fois le *de cujus* et ceux qui, d’après une loi ou l’autre, auraient vocation à prétendre lui succéder⁴⁸¹. Supposons aussi que le *de cujus*, son épouse et ses enfants, dûment informés du conflit négatif de règles de conflit suisse et espagnole et aussi de la concordance des règles suisse et espagnole du conflit de renvoi, aient convenu, comme ces dernières leur en donnent la possibilité, de soumettre la succession à la loi suisse. C’est donc en faveur de celle-ci que le conflit de renvoi sera tranché, que la coordination entre la Suisse et l’Espagne se réalise. L’Angleterre participe à cet espace coordonné en tenant elle aussi pour applicable la loi suisse : c’est cette dernière que désigne la règle de conflit anglaise et la Suisse accepte en définitive une telle désignation, encore qu’à la suite de l’intervention de sa règle de conflit de renvoi.

⁴⁸¹ Pour une telle notion de « parties », v. *infra*, n° 228 s.

Chapitre II

La substance possible de la règle chargée de trancher le conflit de renvoi

130. Plan. Chaque communauté étatique demeure libre, encore que dans les limites formelle et substantielle qui ont été indiquées, de choisir le critère de solution du conflit de renvoi qui lui semble le plus conforme à la justice. Aussi un État peut-il passer en revue, matière par matière, les règles de conflit qu'il retient au premier degré et instituer pour chacune d'elles un jeu de facteurs subsidiaires, neutres et supérieurs aux rattachements tour en tour en conflit, facteurs qui sont à mettre en œuvre au profit des relations interindividuelles frappées d'un conflit négatif entre règles de conflit.

L'objectif des développements qui suivent est de montrer que ce serait pour un État déjà contribuer au progrès de la réalisation du Droit et de la Justice des relations privées internationales, que de se doter d'une règle générale instaurant en principes de solution de l'antinomie que recouvre un conflit de renvoi classique la proximité pure et l'autonomie individuelle, cette dernière étant entendue comme englobant à la fois le choix qu'elles effectuent et les attentes qu'elles manifestent, notamment par des actes concluants. Aussi convient-il de présenter brièvement le succès que rencontrent ces deux principes dans les systèmes modernes de droit international privé (Section I), pour en mesurer ensuite l'aptitude à réaliser la synthèse entre la thèse (acceptation de renvoi) et l'antithèse (refus du renvoi) (Section II). On vérifiera enfin si les réserves que s'attirent la proximité et l'autonomie sur le plan des règles de conflit de *lois* demeurent pertinentes lorsqu'on les convoquent sur plan du conflit de *renvoi* (Section III).

Section I : Les deux critères : proximité et autonomie

131. Avancée de la proximité et de l'autonomie. Au nombre des innovations que connaît le droit international privé contemporain figure le recours grandissant aux principes dits d'autonomie, d'une part⁴⁸², et de proximité, d'autre

⁴⁸² Cf. le pronostic de G. Kühne, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, 1973, p. 17 s., pour qui l'autonomie de la volonté allait devenir un jour une « basic rule » du droit international privé, ainsi que le constat de S. Stojanovic, *Die Parteiautonomie*, p. 2 et de P.-M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985, p. 264. Parmi les contributions les plus significatives sur le sujet, v. J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992 ; P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit.*, 1992, p. 425 ; A. Von Overbeck, « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé » ; I. Schwan-

part⁴⁸³. Le premier revient de plus en plus en grâce en tant que critère subsidiaire lorsqu'un État identifie deux ou plusieurs rattachements significatifs entre lesquels il ne parvient pas à se décider : nécessaire pour limiter le nombre de règles « candidates », la proximité telle qu'exprimée dans l'abstrait par un facteur classique est jugée par notre État inapte à trancher définitivement le conflit. Aussi est-ce l'autonomie qu'il sollicite pour mener à bien la dernière et décisive phase du processus de solution du conflit de lois⁴⁸⁴. À la proximité pure il est aussi fait appel à titre de critère subsidiaire : spécial, tout d'abord, et opérant en cas d'échec, notamment d'impossibilité de fonctionnement, du critère primaire – et au besoin d'un critère subsidiaire et sous-subsidiaire⁴⁸⁵ – de désignation du droit applicable retenu par une règle de conflit donnée⁴⁸⁶, le critère primaire, subsidiaire et sous-subsidiaire pouvant par ailleurs être aussi bien un rattachement prédéterminé que le principe d'autonomie lui-même (c'est ce qu'on dénomme parfois, ainsi que nous l'avons rappelé, « échelle de Kegel »)⁴⁸⁷ ; général ensuite, sous la forme d'une « clause d'exception », permettant d'écarter le rattachement objectif retenu par la règle de conflit lorsque ce rattachement, bien que techniquement susceptible de fonctionner, se révèle concrètement peu opportun⁴⁸⁸. Ces deux principes ont dès lors pour point commun qu'ils traduisent la renonciation par l'État qui y fait appel à départa-

der, « Subjektivismus in der Anknüpfung im internationalen Privatrecht », *Études P. Lalive*, Genève, 1993, p. 181 ; Th. Vignal, *La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, th. Paris II, 1993 ; F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, th. Paris I, 1995 ; I. Viarengo, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali fra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996 ; P. Picone, « Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti », in P. Picone, *La riforma*, p. 515 s. ; M.-E. Mathieu, *L'electio iuris en droit international privé. Aperçu de droit comparé*, th. Paris II, 1998 ; D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *Mélanges F. Terré*, Paris, 1999, p. 285 s. ; Y. Nishitani, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 2000 ; S. Leible, « Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung ? », *Festschrift E. Jayme*, München, 2004, p. 485.

⁴⁸³ En ce sens, parmi d'autres, P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 32 ; J. González-Campos, « Diversification », p. 174.

⁴⁸⁴ P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 251 ; F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 190.

⁴⁸⁵ Sur cette fonction du principe de proximité, v. P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 34 ; J. Kropholler, *IPR*, p. 26 ; F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 118.

⁴⁸⁶ V. les exemples formulés par Ch. Pamboukis, « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et conflit de juridictions », *Rev. hell.*, 1994, p. 476.

⁴⁸⁷ H.-J. Sonnenberger, « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *Rev. crit.*, 1987, p. 13 s. ; F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 96 s. ; T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, p. 345 ; J. Kropholler, *IPR*, p. 141. Le « Code belge fait une large utilisation de cette technique » : v. P. Wautelet, « Le Code de droit international privé ou l'avènement d'un droit international privé 'flexible' », *Rev. fac. dr. Univ. Liège*, 2006, p. 349, note 11.

⁴⁸⁸ V. F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 118, pour qui le principe de proximité incorporé dans la clause générale d'exception est un critère *subsidiaire* à mettre en œuvre lorsque « le facteur retenu à titre principal est inapproprié ».

ger, une fois pour toutes et dans l’abstrait, deux ou plusieurs liens qu’il juge significatifs⁴⁸⁹.

132. Proximité et autonomie pour trancher le conflit de renvoi. On a vu que dans les situations de renvoi, la règle de conflit d’une communauté étatique A – tout comme celle de la communauté étatique B qu’elle désigne – ne parvient pas à elle seule à accomplir la tâche de prévenir ou trancher une antinomie internationale qui lui est assignée et demande à être complétée par une règle de conflit au deuxième degré dont on a découvert les ressorts (et qui peut à son tour devoir être complétée par une règle de conflit au troisième degré, etc.). En mettant ce besoin de subsidiarité en regard de l’aptitude à le satisfaire dont l’autonomie et la proximité ont fait preuve ailleurs, il est naturel de se demander si l’une et l’autre ne pourraient pas être mises au service du programme de la synthèse. Trancher le conflit de renvoi par le principe d’autonomie, revient pour l’État A, dont on adoptera le point de vue, à accorder aux particuliers – ou à l’un d’entre eux : on y reviendra –, le pouvoir de choisir entre la loi de l’État A désignée par la règle de conflit de l’État B et la loi de l’État B que désigne la règle de conflit de l’État A. Réagir à la situation de renvoi au moyen de la proximité pure signifie pour l’État A qui la convoque à retenir sa loi lorsqu’il résulte des éléments pertinents de la relation interindividuelle en cause que celle-ci est plus fortement rattachée à son milieu qu’à celui de l’État B désigné et donner effet à la loi de ce dernier au cas inverse. L’un et l’autre critère obéissent aux conditions se dégageant du bilatéralisme appliqué aux situations de renvoi : ni l’un ni l’autre ne coïncident, du point de vue de l’État A, avec le critère que retient sa propre règle de conflit de lois, pas plus qu’avec celui qu’adopte l’État B – il s’agit par hypothèse de rattachements topographiques classiques⁴⁹⁰ – et ils sont les deux « bilatéralisables », c’est-à-dire tels que, s’ils sont entérinés par l’État B, ils achèvent de prévenir ou de trancher l’antinomie internationale en épargnant aux justiciables les méfaits qui en résultent. Selon un schéma qui a déjà fait ses preuves, on peut songer à les hiérarchiser et poser que l’autonomie prime la proximité, c’est-à-dire que celle-ci n’intervient qu’à défaut de celle-là, auquel cas la proximité fonderait un facteur sous-subsidaire par rapport au principe d’autonomie, qui est lui aussi subsidiaire par rapport au rattachement classique en conflit de renvoi⁴⁹¹.

133. Énoncé de la disposition. Si en hommage à la tradition, on veut préserver les expressions « acceptation du renvoi » et « refus du renvoi », on dira que, dans le système ici envisagé, l’État A *accepte le renvoi* lorsque c’est sa propre loi qu’a désignée le choix des parties ou vers laquelle se sont orientées leurs at-

⁴⁸⁹ Cf. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 491.

⁴⁹⁰ *Supra*, n° 3.

⁴⁹¹ Sur ce que la solution consistant à recourir à la proximité au dernier échelon de l’« échelle de Kegel » soit qualitativement préférable « au repli pur et simple sur la *lex fori* », v. J. Kropholler, *IPR*, p. 141.

tentes ou, à défaut, que c'est avec son milieu que la relation interindividuelle présente les rattachements les plus significatifs ; et on dira que l'État A *refuse le renvoi* dans les cas réciproques. Il faut néanmoins préciser que ces formules ne font plus que décrire l'aboutissement de la mise en œuvre des critères adoptés sans rendre compte de leur fondement⁴⁹². Gageons alors que le jour viendra où les expressions *acceptation* ou *refus* de renvoi seront tenues pour obsolètes.

Cet avertissement formulé, on se permettra d'ébaucher un texte possible de telles règles en les imaginant insérées dans la codification de droit international privé d'un État déterminé et, un choix devant être fait, nous avons choisi la Suisse. Voici la première disposition : « *Au cas où la règle de conflit de l'État désigné par la règle suisse de conflit de lois désigne à son tour la loi suisse, la loi suisse sera appliquée si les parties se sont accordées sur son application ou qu'il résulte des circonstances qu'une telle application est plus conforme à leurs attentes ; si les parties se sont accordées sur l'application de la loi étrangère ou qu'il résulte des circonstances que l'application de cette loi est plus conforme à leurs attentes, la loi étrangère sera appliquée* ». Voici la deuxième disposition : « *Si la règle de conflit de l'État désigné par la règle suisse de conflit de lois désigne à son tour la loi suisse, la loi suisse sera appliquée lorsqu'il s'avère que, eu égard à tous les éléments pertinents de la relation interindividuelle en cause, celle-ci est plus significativement rattachée à la Suisse et moins significativement rattachée à l'État étranger désigné. Si le contraire est vrai, la loi étrangère sera appliquée* ».

Confrontons ces solutions aux tenants et aboutissants de la discussion qu'a suscitée le renvoi.

Section II : Aptitude des deux critères à fournir la synthèse entre la thèse et l'antithèse

134. Plan. Il convient de reprendre ici les trois arguments, *logique* (§ 1), *juridique* (§ 2) et *pratique* (§ 3), autour desquels s'est implanté le débat entre *acceptation* du renvoi – thèse – et *refus* du renvoi – antithèse – et d'examiner l'incidence que déploierait sur un tel échange dialectique l'utilisation d'un critère bilatéral de solution du conflit de renvoi et, spécialement, des deux principes envisagés. On verra ensuite les précisions qu'un tel emploi apporte au statut normatif du renvoi (§ 4).

⁴⁹² Par « *acceptation du renvoi* » on n'entendrait plus que signifier le fait que l'État A pris comme for aboutit à appliquer sa propre loi que désigne la règle de conflit de l'État B désigné par la règle de conflit de A ; par « *refus du renvoi* » on entendrait le résultat inverse. Le fondement de l'application dans le for de la loi du for dans le premier cas ne consiste pas uniquement en ce que celle-ci est désignée par la règle de conflit étrangère, mais aussi et de façon décisive en ce qu'elle l'est également par le critère subsidiairement retenu par le for pour trancher le conflit de renvoi ; le fondement de l'application dans le for de la loi étrangère dans le deuxième cas ne réside pas uniquement en ce que celle-ci est désignée par sa règle de conflit, mais aussi et de façon décisive en ce qu'elle l'est également par le critère que le for a subsidiairement adopté.

§ 1. Argument logique

135. Désignation matérielle et conflictuelle. La règle de conflit du for désigne la règle matérielle étrangère en y englobant le domaine d’application que lui trace la règle de conflit étrangère. Si l’espèce n’est pas comprise dans ce domaine – la règle de conflit étrangère renonçant à réaliser la vocation de la loi étrangère en faveur de la loi du for –, le for reprend pour lui la compétence. Mais il s’agit – et c’est là le point décisif – d’une compétence *conflictuelle* ou de *désignation*, à l’instar de celle qu’il vient au demeurant d’exercer sans succès. Plus précisément, la branche bilatérale de la règle de conflit étrangère ne porte pas sur la *loi matérielle* du for – ce qu’à bon droit réfute l’antithèse – pas plus que sur la *règle de conflit du for qui a déjà opéré* et ne peut dès lors pas opérer deux fois – ce qui non sans raison scandalise la thèse⁴⁹³ –, mais bien sur une *règle de conflit subsidiaire du for* se situant au niveau du conflit des règles de conflit. Il n’y a dès lors pas de *cercle vicieux* car celui-ci ne s’enclenche que si la règle de conflit étrangère désigne la *même* règle de conflit du for qui l’a désignée, ce qui n’est plus. La règle de conflit étrangère achemine plutôt vers l’échelon supérieur du *Stufenbau*, de cette construction par degrés assez analogue à l’« échelle de Kegel ». La règle de conflit subsidiaire du for chargée de trancher le conflit de renvoi ne peut que désigner la loi du for ou la loi étrangère primairement retenue. Dans ce dernier cas, la démarche reprend : si l’espèce tombe dans le champ d’application élargi qu’offre à la règle matérielle étrangère la règle de conflit subsidiaire étrangère, c’est la règle matérielle étrangère que le for déclare applicable. C’est bien ce qui a lieu si les facteurs de solution sous examen, l’autonomie et la proximité pure, sont retenus par l’État étranger désigné. L’ascension du *Stufenbau* touche alors à sa fin. Si en revanche la règle de conflit subsidiaire étrangère reconnaît la vocation de la loi du for, le for reprendra pour lui la compétence de désignation, qu’il exercera en mettant en œuvre une règle de conflit ultérieurement subsidiaire ou au troisième degré, empruntée à un étage supérieur du *Stufenbau*, à l’instar d’une échelle de Kegel

⁴⁹³ C’est, pour certains auteurs, la « sauberste Auflösung » du *circulus inextricabilis* : P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 269 (« keine Kollisionsnorm zweimal anwenden und daher die Verweisung auf inländisches Recht... als eine Verweisung auf das interne Recht der betreffenden Rechtsordnung zu behandeln ») ; cf. G. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, n° 512 (pour qui « il serait absurde » d’appliquer une deuxième fois la règle de conflit du for, si bien que le renvoi au premier degré « n’occasionne aucun cercle vicieux ») ; cf. É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 153. Il n’en demeure pas moins que, dans le but d’échapper au grief du cercle vicieux de la façon la moins répréhensible, on s’interdit d’invoquer l’harmonie à l’appui du renvoi et, surtout, de la poursuivre. Pour Lord Scrutton, in *Casdagli v. Casdagli* [1918] P 89, p. 111, la référence adressée par la règle de conflit étrangère à la loi du for englobe la *totalité* de celle-ci « but not that part... which would remit the matter to the law of domicile, which part would have spent its operation in the first remittance », décision citée par les juges Gummow et Hayne, in *Neilson* (2005), HCA 54, n° 133, qui ajoutent l’italique.

à trois échelons⁴⁹⁴. Pas plus que la chaîne horizontale que traduit la figure du renvoi au « nième degré » accepté, dont les maillons sont en effet, tout comme les rattachements, en nombre limité, ce *Stufenbau* non seulement ne peut-il pas monter indéfiniment *usque ad sidera*, à l'image d'une tour de Babel – de même, au reste, que la descente de l'échelle de Kegel ne conduit jamais *usque ad inferos* – mais il ne peut même pas être très élevé car les critères de solution du conflit de lois ne sont pas bien nombreux⁴⁹⁵, ainsi qu'en témoigne la théorie des conflits de lois de droit interne⁴⁹⁶.

136. Nature de la règle de conflit. Il est inhérent à la *nature* de la « règle de conflit » éclairée par sa *fonction*, de « régler un conflit » de lois, une antinomie internationale, et de garantir prévisibilité et justice aux parties impliquées dans les relations pouvant la susciter⁴⁹⁷. Ni la *Sachnormverweisung* ni la *Kollisions-*

⁴⁹⁴ Dans les codifications contemporaines, les barreaux d'une « échelle de Kegel » peuvent arriver jusqu'à cinq : c'est l'exemple de l'art. 14 I *EGBGB* qui contient un « Anknüpfungsleiter mit fünf Sprossen » (J. Kropholler, *IPR*, p. 141).

⁴⁹⁵ Si l'on s'accorde pour affirmer que « les rattachements possibles sont en nombre restreint » (P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 160 ; cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 8 : « le nombre de points de rattachements est limité » (v. ég. *ibidem*, n° 64 et n° 137) ; cf. G. Droz, « Regards », p. 309), si bien que la « succession des renvois ne saurait être indéfinie ni même longue » (B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 150 ; en ce sens P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 160 et J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 8), on voit mal comment les étages du *Stufenbau* pourraient être infinis ou même inconfortablement nombreux. Sur ce que l'admission du « conflit de règles de conflit » exigerait une « règle de conflit à la deuxième puissance » et le cas échéant une « règle de conflit à la troisième puissance », ce qui peut conduire à une *regressio* ou *recursus ad infinitum*, v. cependant P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 167 ; J. Baptista Machado, « Les faits, le droit de conflit et les questions préalables », *Festschrift W. Wengler*, Berlin, 1973, spéc. p. 447, note 9 ; A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 83. Lorsque la « cascade de désignations conduit à une règle qui se reconnaît compétente » (Y. Lequette, « Renvoi », n° 27), cette cascade doit, de l'aveu unanime, être suivie jusqu'au bout, l'inconvénient de la *regressio* étant écarté en substance comme une *vue de l'esprit*. On discerne mal pourquoi donc le spectre de celle-ci devrait décourager la création de cette chaîne ascendante de désignations – de cette cascade « ascendante », si l'on veut, à l'image du jet d'eau genevois – que suggère l'idée du rattachement subsidiaire, surtout lorsqu'on songe que le principe de proximité peut bien figurer au dernier échelon (ce que certains préconisent systématiquement pour l'« échelle de Kegel » : v. J. Kropholler, *IPR*, p. 234).

⁴⁹⁶ Comme rappelé plus haut (*supra*, n° 118), la théorie des conflits de lois de droit interne connaît elle aussi les « conflits au deuxième degré », qui se produisent lorsque deux principes de solution de l'antinomie sont également applicables et proposent de la trancher de deux façons différentes en la laissant en définitive subsister : N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 229 : « Accanto al conflitto delle norme, che dà luogo al problema delle antinomie, c'è il conflitto dei criteri per la soluzione delle antinomie, che dà luogo ad un'antinomia di secondo grado » ; v. aussi du même auteur, « Des critères pour résoudre les antinomies », p. 253 : « il peut y avoir des situations où l'antinomie ne se vérifie pas seulement entre les règles, mais aussi entre les critères dont on se sert pour résoudre les antinomies », situation qu'il qualifie de « antinomie de second degré » ou « conflit de second degré » (cf. G. Gavazzi, *Delle antinomie*, p. 83). Pour les cas où l'ordre juridique ne prévoit pas de « critère pour résoudre le conflit de critères », « le critère est le principe suprême de la justice » (N. Bobbio, « Des critères pour résoudre les antinomies », p. 258), c'est-à-dire en substance la justice du cas concret (ce qui explique pourquoi il ne semble pas être question chez N. Bobbio d'« antinomies de troisième degré »).

⁴⁹⁷ Cf. E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1178, qui, après avoir examiné la « proper nature of the reference », conclut que celle-ci doit pousser les juges du for à « undertake to dispose of the case as the foreign court would dispose of it ».

normverweisung telles que la tradition nous les a livrées ne conviennent vraiment à cette *nature*, car ni l’une ni l’autre, si elle est bilatéralisée, n’y parvient. La nature de la règle de conflit pousse plutôt celle-ci à enfanter une règle de conflit complémentaire en lui transmettant la même structure génétique et notamment la même aptitude à poursuivre la mission qui lui est congénitale, et ainsi de suite, jusqu’à ce que se réalise la *confusion* entre désignation matérielle et désignation conflictuelle, la « sublimation » des thèse et antithèse, qui atteste seule la résolution du conflit⁴⁹⁸. Cet instinct autopoïétique est au fond, celui-là même qui révèle le cas de non-fonctionnement du rattachement que retient la règle de conflit : celle-ci en secrète une autre susceptible de la tirer d’affaire. Le parallèle paraît d’autant plus approprié que lorsqu’une situation de renvoi se produit, il s’agit bien en quelque sorte d’une « panne » de la règle de conflit car celle-ci n’est plus à même à elle seule d’avancer sur la voie de la mission qui lui incombe⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ À aucun instant n’y a-t-il *application* de la règle de conflit étrangère en ce sens que le for ne *substitue* jamais à la règle de conflit du for la règle de conflit étrangère (cf. J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 48 : « [I]a seule façon... d’échapper à l’obstacle logique est de ne pas procéder à une application positive de la règle étrangère »). La règle de conflit étrangère, selon la formule de P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 160-161 et reprise par Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 70, « intervient dans le présupposé de la règle du for » : de la règle – précisera-t-on – livrée par l’échelon supérieur du *Stufenbau* et retenant de par sa nature un rattachement autre que celui qu’adopte la règle de conflit étrangère (*primaire*). On observera au passage que si le critère désignant la loi applicable est, pour le for, celui-là même qu’adopte la règle de conflit étrangère *parce que* c’est celle-ci qui l’adopte, la règle de conflit étrangère représente, nous semble-t-il, davantage qu’une simple part du *présupposé* de la règle du for mais son rôle se déplace plutôt vers l’*effet juridique*, qu’elle influence de manière décisive jusqu’à le déterminer. La distinction entre *application* et *prise en considération* appelle une remarque similaire. Certes, on sait que c’est la règle de conflit du for qui « commande l’opération », qui tient les fils du raisonnement. Mais cela ne suffit pas encore à exclure que le for, dans le système du renvoi classique, se livre à une *application* de la règle de conflit étrangère : ne dit-on pas, en effet, que le for *applique* la loi matérielle étrangère quand bien même c’est la règle de conflit du for qui « commande l’opération » en la désignant ? L’argument que le for n’*applique pas* la règle de conflit étrangère mais la *prend en considération* pour la *seule* raison que c’est une *règle de conflit du for* qui en prévoit la mise en œuvre dans le for, prouve donc trop. Dans le système proposé, à aucun instant le for n’*applique* la règle de conflit étrangère, car à aucun instant il n’en reste à l’application de la loi que celle-ci désigne ; il en *tient compte* cependant en ce que, constatant qu’elle renvoie à la loi du for, il énonce une *nouvelle* règle de conflit dont il demeure d’autant plus assurément l’auteur qu’elle retient un rattachement forcément *autre* que celui de la règle de conflit étrangère. C’est – comme on l’a déjà souligné (*supra*, n° 33) – un peu comme lorsque, lors d’une négociation, celui qui a avancé une *première* proposition, en formule une *subsidaire* qui s’en écarte sur quelques points en vue de *tenir compte* de la contre-proposition avancée par son adversaire sans toutefois se borner à simplement *adhérer* à celle-ci. Il faut en revanche convenir avec P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 167 (cf. ég. G. Goldstein / E. Groffier, *Droit international privé*, p. 165) qu’il n’y a pas de *conflit de systèmes*, étranger et du for, entre lesquels le juge du for doit choisir car c’est le système du for qui livre au juge du for les règles subsidiaires, si bien qu’à aucun moment le système du for n’est *écarté* en faveur du système étranger.

⁴⁹⁹ C’était l’idée de P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, n° 258 et n° 260 ; selon les mots de D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, p. 245, « [I]e rattachement français normal à la loi nationale, ayant échoué, fera place à un rattachement français subsidiaire, ici le domicile ». Y. Lous-souarn, « L’œuvre de P. Lerebours-Pigeonnière », *Clunet*, 1954, p. 900, à propos de la règle dégagée par la Cour de cassation dans l’arrêt *Rivière*, première « véritable règle de conflit subsidiaire de conflit susceptible de jouer lorsqu’un obstacle s’oppose à l’application de la loi nationale compétente en vertu de l’article 3 », fait observer que « rien n’empêche de généraliser le raisonnement et de le

§ 2. Argument juridique

137. Argument juridique ou fondé sur le respect du droit étranger. Dans la mesure où les facteurs proposés conduisent à la loi du for, l'argument, avancé par la thèse, fondé sur le *respect* du domaine d'application de la loi étrangère, fait – semble-t-il – peau neuve en retrouvant sa légitimité : la loi étrangère n'est pas appliquée lorsque l'État étranger y renonce et elle l'est lorsqu'il n'y renonce pas, son champ d'efficacité découlant de l'enchevêtrement du primaire et du subsidiaire, de la règle de conflit au premier degré et de celle au deuxième degré et le cas échéant aux degrés supérieurs⁵⁰⁰. Dans la mesure où le for rejette le renvoi, c'est l'antithèse qui se pare de semblables vertus. Les critères proposés ont pour conséquence que lorsque l'État étranger revendique l'application de sa loi, le for renonce à la sienne, et inversement ; c'est donc à la fois l'acceptation du renvoi par celui-ci et son refus par celui-là ou inversement, qui débouchent sur le respect désiré. L'argument positif avancé par l'antithèse n'est pas non plus ignoré : d'une part, c'est bien le for qui sélectionne le critère de solution du conflit, primaire autant que subsidiaire⁵⁰¹ : à aucun moment n'y a-t-il donc abandon pas plus que délégation⁵⁰², d'autant que le critère subsidiaire ne peut être le même que celui qu'adopte la règle de conflit primaire étrangère. D'autre part, du fait qu'il procède à cette sélection d'après ses propres vues, le for n'aboutit pas à perturber sa propre appréciation de la proximité car le critère subsidiaire sélectionné n'est pas cantonné au rang d'un blanc-seing incorporant mécaniquement le rattachement choisi par l'État

transposer au renvoi », car « [l]e problème est en effet fondamentalement le même quel que soit l'obstacle envisagé, que l'impossibilité d'appliquer la loi compétente en première ligne résulte du conflit des lois personnelles ou du refus opposé par le législateur étranger » (v. ég. Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, p. 268, note 1 ; v. ég. Y. Loussouarn, note sous Trib. civ. Bruxelles, 14 juill. 1955 et Cour de Paris (1^e ch.), 21 déc. 1956, *Rev. crit.*, 1957, p. 649). Dans sa note sous Cass. (Req.), 10 mai 1939, *Birchall*, S. 1942.I.73, J.-P. Niboyet a dit de la thèse de P. Lerebours-Pigeonnière que « pour cet éminent auteur, la règle française serait alternative : elle comprendrait en première ligne l'affirmation de la compétence étrangère, et, à défaut de celle-ci, il y aurait en seconde ligne, en réserve en quelque sorte, une règle supplétive de compétence au profit du pays de la résidence effective en France des intéressés ». C'est aussi la conviction de R. Quadri, « *Critica al problema del rinvio* », p. 207. Cf. ég. H. Motulsky, note sous Cass (1^e Ch. civ.), 8 déc. 1953, *Rev. crit.*, 1955, spéc. p. 143, pour qui « il y a moins désignation de la loi française par une règle de rattachement étrangère, que plutôt une 'carence de la règle de conflits' ». Cf. R. Savatier, note sous le même arrêt, *J.C.P.* 54.II.8080.

⁵⁰⁰ Sur ce que la « désignation est (véritablement) globale si le droit étranger désigné accepte sa compétence », v. É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 148.

⁵⁰¹ V. *supra*, note 499. *Adde* R. Quadri, « *Critica al problema del rinvio* », p. 361 ; G. Maridakis, « *Rapport* », p. 50 (« le juge obéit à une prescription de son propre État ») ; T. Perassi, *Ann. IDI*, 1957, p. 88.

⁵⁰² Cf. J.D. Egnal, « *The 'Essential' Role of Modern Renvoi* », p. 246 : « The essential distinction between traditional and modern renvoi is that, in traditional renvoi, reference to the choice of law decision of another state involves a total relinquishment of the choice of law decision. Modern renvoi... involves reference to the choice of law decisions of another state for the purpose of learning more about that state's interest. The forum retains control over all aspects of the choice of law decision ».

étranger, ce à quoi aboutit la thèse. Au moyen de la proximité pure, le for recherche l’accomplissement le plus parfait de l’idéal absolu qui inspire la règle de conflit, dont la situation de renvoi confirme la relativité⁵⁰³. Quant au choix des parties, le for attend de cette règle qu’elle leur ménage une prévisibilité raisonnable. Cette prévisibilité étant mise à mal dans les situations de renvoi, l’octroi du pouvoir de désignation peut fort bien relayer la règle de conflit dans la poursuite de celle-ci. Il s’agit là aussi d’une avancée. Enfin, et pour ces raisons mêmes, le renvoi montre au for à quel point le rattachement qu’il a choisi n’est qu’un instrument ordonné à une finalité et à quel point cet instrument peut se révéler inefficace à lui tout seul. Si bien qu’il est conforme à l’esprit de la règle de conflit qu’elle soit prolongée par une règle subsidiaire propre à mener à bien sa mission, ainsi qu’il ressort de l’argument pratique.

§ 3. Argument pratique

138. Harmonie des solutions. La thèse est pertinente en ce qu’elle laisse apparaître qu’il est souhaitable pour le for, dans les situations de renvoi, qu’il recherche l’harmonie au prix même d’infléchir sa règle de conflit, car il lui suffit à cet effet de récupérer une part de la vocation de sa loi qu’il était prêt à sacrifier. La vérité brandie par l’antithèse est peu niable, qui rétorque que l’acceptation du renvoi ne parvient pas, tant s’en faut, à l’harmonie davantage que son refus. Accepter le renvoi lorsque les critères proposés désignent la loi du for et le refuser lorsqu’ils désignent la loi de l’État étranger, revient à ménager à la thèse et l’antithèse une part telle qu’elle permet à l’une et à l’autre d’aboutir à l’harmonie recherchée. Par l’acceptation du renvoi, ainsi aménagée, le for parvient vraiment à prévenir ou trancher le conflit de lois, si bien qu’il ne s’expose pas aux reproches de l’antithèse⁵⁰⁴. Réduit lui aussi à sa portion congrue, le re-

⁵⁰³ Ce n’est qu’ainsi utilisé que le renvoi apparaît comme issu de l’« approfondissement du caractère bilatéral des règles de conflit du for » (É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 221), « comme un moyen, comme un instrument susceptible de perfectionner cet autre procédé de technique juridique qu’est la règle de conflit, en vue de mieux atteindre le but du droit des conflits » (J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 89 ; de « perfectionnement » de la règle de conflit du for parlent H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 498 ; cf. Th. Vignal, *D.i.p.*, p. 70 ; Y. Loussouarn / P. Bourel, *D.i.p.*, p. 187 ; E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 111), ainsi que de « compléter le rôle et la fonction » de la règle du for (J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 91 ; cf. Y. Lequette, *Rép.*, p. 34). On ne peut raisonnablement pas soutenir qu’une règle sur le mécanisme du renvoi traditionnellement entendu, qui rend applicable la loi du for *parce que* la règle étrangère la désigne, est en soi un « perfectionnement », car, d’une part, cette règle a été dans l’absolu écartée par le for comme moins bonne et, d’autre part, elle ne parvient pas à éliminer le conflit international de lois.

⁵⁰⁴ Les adversaires du renvoi ont souvent ouvertement admis, ou en tout cas laissé entendre, que, dans la mesure où l’acceptation du renvoi aboutissait vraiment à l’uniformité, elle serait à approuver. Il suffirait de songer au « monolithisme doctrinal » constaté au sujet de l’opportunité de suivre le renvoi au deuxième degré lorsqu’il est accepté : v. *supra*, n° 128. En se cantonnant ici au renvoi au premier degré, v. H. Lewald, « Renvoi revisited ? », p. 171-173 ; F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 1 (« Niemand wird verkennen, dass solch schöne Harmonie in hohem Grade erfreulich und erstrebenswert ist ») ; R. Ago, *Lezioni di diritto internazionale privato*, p. 134 ; J. Maury,

fus par le for du renvoi lui en ouvre aussi la voie⁵⁰⁵, au point que le for n'a plus de raison de remplacer la loi étrangère par la sienne, ainsi que le veut la thèse⁵⁰⁶. Pareille issue est certes possible parce qu'à l'égard de chaque situation donnant lieu au renvoi, si l'État du for l'accepte, l'État étranger le refuse, et inversement, tout comme il arrive lorsque l'un d'entre eux l'accepte toujours et l'autre le refuse toujours. Seulement, cet alliage harmonieux entre deux attitudes opposées mais complémentaires découle enfin de l'identité des critères retenus par les deux États et non plus de leur diversité. La voie est ainsi ouverte à la prolifération de ce dénouement bienfaisant au profit de l'intégralité des relations interindividuelles frappées du conflit de renvoi quel que soit le pays qu'elles « co-affectent » à côté du for.

139. Égalité d'application entre la loi du for et la loi étrangère. L'application de la loi du for découlant de la mise en œuvre des critères proposés est plus étendue qu'en cas de refus systématique mais moins étendue qu'en cas d'acceptation systématique. Le for recueille l'effet heureux de l'efficacité majorée de sa loi que clame la thèse, mais il ne va pas jusqu'à hisser ce simple effet au rang d'une fin en soi (*Selbstzweck*) –, ce dont à raison s'indigne l'antithèse –, puisque c'est bien à la prévention du conflit que le supplément d'application de la loi du for demeure asservi⁵⁰⁷. Les critères proposés entraînent enfin le ré-

Ann. IDI, 1957, p. 78 ; E. Lorenzen, « The renvoi theory », p. 206 ; E. Borioli, *La notion du renvoi en droit positif suisse*, p. 57 ; J.S. Milió, « Una solución jurisprudencial inglesa : el doble reenvío », *REDI*, 1956, p. 88 ; J.M. Cormack, « Renvoi, characterization, localization and preliminary question », p. 257 et note 191 ; E. Griswold, « Renvoi revisited », p. 1181. Cf. É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 159 : « il est... évident que l'accord des systèmes concernés sur l'identité du droit compétent pour régir le litige est infiniment préférable à leur désaccord sur ce point ». Pour le seul juge dissident dans l'arrêt *Neilson* (2005) HCA 54, prononcé par la Haute Cour d'Australie, McHugh, « the aim of Australian conflicts laws... is to take account of what the foreign jurisdiction would do », c'est-à-dire – ainsi qu'il ressort de la partie immédiatement précédente de son raisonnement – d'éliminer le conflit international de lois ; puisque le renvoi au premier degré n'y aboutit pas, il faut, pour lui, le rejeter (*infra*, note 1827).

⁵⁰⁵ Rapp. M. Pagenstecher, « Renvoi in the United States : A Proposal », 29 *Tul. L. Rev.* 379 (1954-1955), p. 387, pour qui « no reason exists why in such a case an American court should abandon the principle of substantive law reference [c'est-à-dire le rejet du renvoi], the very application of which results in uniformity of decision » ; *ibidem*, p. 394 : « acceptance of renvoi would certainly be... 'inconvenient' if it would result in the destruction of a uniformity of result which would otherwise exist » ; cf. note à *re Schneider*, 198 Misc. 1017, 96 N.Y.S.2d 652 (1950), *Clunet*, 1952, p. 994 : « the courts should apply the doctrine where it leads to a desirable uniformity of decisions, and disregard it where its application becomes inconvenient » ; cf. K. Zweigert, note à la même décision, *RabelsZ*, 1951, p. 633. Cf. N. Gara, note Cass. civ., n° 60562-97, du 26 janv. 1999, *Rev. tunis. dr.*, 1999, p. 539 : « l'harmonisation se fait non pas par l'acceptation du renvoi mais par son rejet ».

⁵⁰⁶ Nombreux sont les auteurs qui, tout en se proclamant en principe favorables au renvoi, estiment qu'il faut l'accueillir dans la seule mesure où il conduit à l'harmonie. E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 110, attribue cette idée à H. Batiffol : « para H. Batiffol, si en el caso concreto no se produce armonía internacional de soluciones, debe descartarse el reenvío de primer grado ». Pour J. Maury « cette unité de solution devrait être la condition même de l'acceptation du renvoi » (cité par G. Maridakis, « Rapport », p. 7). Cf. L. Chedly, « Le rejet inopiné », p. 316, qui aurait souhaité que le législateur tunisien vise la « recherche de la coordination des systèmes par l'admission du renvoi, et le rejette quand il n'aboutit pas à une telle coordination ».

⁵⁰⁷ G. Sauveplanne, « Renvoi », p. 5 ; Ch. Lindenau, *Die Einführung des Renvois*, p. 52.

tablissement de l’égalité des chances d’application entre loi du for et loi étrangère lors des situations de renvoi. La loi du for n’est en effet pas systématiquement privilégiée au détriment de la loi étrangère : elle ne l’est que si elle est désignée par le choix des particuliers ou en vertu de l’orientation de leurs attentes ou si, à défaut, la relation interindividuelle en cause est plus fortement rattachée au milieu de l’État du for qu’à celui de l’État étranger. La loi de ce dernier demeure applicable dans les hypothèses réciproques.

§ 4. Statut normatif du renvoi

140. Ni règle ni exception. L’acceptation du renvoi et son refus sont, l’une et l’autre, la conséquence du fonctionnement du critère subsidiaire ou au deuxième degré de solution du conflit. Ce critère est consacré par une *règle* du for⁵⁰⁸, applicable avec caractère de généralité dès lors qu’une situation de renvoi se produit : celle-ci forme en effet le présupposé de celle-là, tout comme le non-fonctionnement du rattachement primaire est le présupposé de la mise en œuvre du rattachement subsidiaire d’une échelle de Kegel. Aussi bien, l’acceptation du renvoi n’est pas le principe et son refus n’est pas l’exception, mais l’inverse n’est pas non plus vrai⁵⁰⁹. Plus n’est besoin en effet de découvrir un attribut traduisant la fréquence avec laquelle la loi du for et la loi étrangère sont finalement mises en œuvre. Il se peut certes que la loi du for le soit plus statistiquement souvent, car les parties préfèrent notamment saisir les juges de l’État dont elles ont choisi la loi ou choisir la loi de l’État dont elles ont saisi les juges ou encore qu’à défaut d’accord explicite ou implicite sur la loi applicable, elles inclinent à se diriger spontanément vers l’État qui, compte tenu de sa plus forte proximité globale avec l’espèce, risque d’être celui où la décision sera plus facilement exécutée. Ce constat n’est pas pour autant propre à conférer à l’acceptation du renvoi le statut de principe, de même que l’application de la loi étrangère commandée par une règle de conflit classique n’est pas reléguée au rang d’exception du seul fait qu’elle est au fond désignée dans des cas moins nombreux par rapport à ceux qui sont laissés sous l’empire de la loi du for.

141. Conclusion. Il ressort des développements menés jusque-là que l’emploi de l’autonomie de la volonté et du principe de proximité en tant que critères de solution du conflit de renvoi aboutit à tenir dûment compte de la part de pertinence qui revient à la fois aux arguments pour et aux arguments contre le renvoi, sans s’exposer aux critiques non injustifiées que s’adressent mutuellement ces deux positions antagonistes. C’est pourquoi ces critères paraissent

⁵⁰⁸ Cf. J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 185, pour qui la position face au renvoi fait l’objet d’une véritable « règle » ; cf. R. Mortensen, « Troublesome and obscure », p. 19 (v. *infra*, n° 420).

⁵⁰⁹ On peut donc vraiment dire que « dans cette conception, le principe du renvoi est extérieur à la règle de conflit du for » (Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, n° 97).

aptes à fournir la substance à la *synthèse* qui essaie de réconcilier la *thèse* et l’*antithèse*.

Section III : Réserves suscitées par l’autonomie et la proximité à l’épreuve des situations de renvoi

142. Plan. Employés au niveau des règles de conflit de lois, les principes d’autonomie (§ 1) et de proximité (§ 2) sont crédités d’un certain nombre de vertus mais font aussi assez souvent l’objet de quelques réserves. Quelle que soit leur force réelle sur le plan des règles de conflit de lois, de telles perplexités semblent bien cesser d’être pertinentes dès lors que les principes dont il est question sont appelés à intervenir pour arbitrer un conflit de renvoi. Une hésitation supplémentaire peut cependant provenir de la crainte que les facteurs envisagés ne parviennent à trancher le conflit négatif de règles de conflit que si les deux États « co-intéressés » les retiennent, le progrès qu’ils promettent de réaliser sur ce point pouvant alors paraître peu significatif (§ 3).

§ 1. Autonomie individuelle

143. Pouvoir de désignation et attentes. L’expression « autonomie individuelle » sera ici entendue comme recouvrant, d’une part, le pouvoir des justiciables de désigner expressément, ou de manière implicite mais non équivoque, la loi qui leur est applicable entre celles qui participent au conflit de renvoi qui les frappe (A), et, d’autre part, leurs attentes ou expectatives (B). Le pouvoir de désignation suppose en général, pour être exercé en connaissance de cause, que les titulaires sachent qu’un choix leur est ouvert ou à tout le moins qu’ils se doutent qu’un tel choix pourrait être entériné par les tribunaux susceptibles d’être ultérieurement saisis de la relation qu’ils ont nouée. Il est en revanche question d’attentes lorsqu’indépendamment de la conscience qu’ils ont de la faculté de choix ou de l’espoir qu’ils forment qu’un tel choix sera respecté, les particuliers se sont spontanément orientés vers l’une des lois en conflit en croyant qu’elle allait les régir.

A – Pouvoir de désignation

144. Prétendus avantages et inconvénients de l’autonomie. Les arguments invoqués à l’appui de l’autonomie individuelle en tant que facteur de solution du conflit de lois se résument en l’aptitude à procurer aux particuliers une plus grande prévisibilité et, partant, une plus grande sécurité juridique⁵¹⁰, d’une

⁵¹⁰ N. Watté / C. Barbé, « Le nouveau droit international privé belge », p. 891, pour qui le « souci de la sécurité et de la prévisibilité du droit » constitue la « principale motivation justifiant le principe d’autonomie » ; en ce sens, en substance, Y. Nishitani, *Die Parteiautonomie*, p. 320 ; S. Leible, « Parteiautonomie im IPR », p. 289 ; E. Vassilakakis, « La *professio iuris* dans les successions inter-

part, et, d’autre part, à vaincre la relativité congénitale affectant les rattachements traditionnels et notamment celui que l’État au point de vue duquel on se place répute *in abstracto* prépondérant⁵¹¹. Une critique dont l’autonomie fait souvent l’objet consiste à remettre en cause ce dernier mérite : les justiciables – objecte-on – peuvent bien choisir la loi d’un État qui a peu de liens avec la relation interindividuelle à laquelle ils participent et écarter de la sorte celle qui détient un titre plus fort à la régir. On observe, d’autre part, qu’il est peu souhaitable qu’en matière de droits dont elles n’ont pas la libre disposition, les particuliers puissent écarter les règles auxquelles ils sont soumis : la nature impérative de ces règles en droit interne semble dresser un obstacle à l’accueil de l’option de législation sur le plan international, laquelle, par une sorte d’inversion logique, aboutirait à subordonner l’autorité de la loi au bon vouloir de ceux à qui elle devrait plutôt s’imposer⁵¹².

Or, il semble que les avantages que l’on vient d’évoquer, s’ils sont peu perceptibles dans les situations d’absence de conflit de règles de conflit entre deux États A et B, notamment lorsque le rattachement retenu par l’État A l’est également par l’État B, apparaissent avec un éclat particulier lorsque l’on cantonne le recours à la volonté des parties aux cas de conflit de renvoi. Il semble ensuite qu’inversement, les réserves qu’appelle l’autonomie sur le plan général perdent leur consistance lorsque celle-ci n’intervient que pour arbitrer le jeu des désignations croisées que recouvre la situation de renvoi. Considérons donc, d’abord, les hypothèses où l’antinomie internationale de lois est résolue au moyen des règles de conflit classiques (1), et ensuite celles où une telle antinomie persiste malgré de telles règles en la forme d’un conflit de renvoi (2).

1. Désignation de la loi applicable et absence de conflit de règles de conflit

145. Une avancée peu perceptible sous l’angle de la prévisibilité. La prévisibilité de la loi applicable concourt – on s’y est arrêté longuement – à permettre aux individus de déterminer de manière suffisamment certaine avant l’action en justice la teneur des droits et des obligations découlant des rapports qu’ils

nationales », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 812 ; F. Sturm, « Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht », *Festschrift E. Wolf*, Köln (etc.), 1985, p. 652.

⁵¹¹ V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », p. 119 ; Y. Nishitani, *Die Parteiautonomie*, p. 320 ; J. Kropholler, *IPR*, p. 294. C’est l’idée au fondement de la « Verlegenheitslösung » dont il est question chez G. Kegel (v. G. Kegel / K. Schurig, *IPR*, 8. Aufl., München, 2000, p. 483) ; v. ég. G. Kühne, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, p. 33 ; D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, p. 18 ; G. Kemp, *Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht*, Köln, 1999, p. 45.

⁵¹² Cf. P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 63, qui évoque l’« insupportable prétention de volontés individuelles se plaçant au-dessus des lois ». Sur l’« inversion logique » qu’entraîne cette démarche, v. M. Goré, « De la mode... dans les successions internationales : contre les prétentions de la *professio iuris* », *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1993, p. 196 ; V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », p. 122 ; D. Bureau, « L’influence de la volonté individuelle », p. 303.

noient par-delà les frontières⁵¹³. L'expression « sécurité juridique » désigne l'assurance, dont bénéficient les parties autant que les tiers avant toute judiciarisation, que de tels droits pourront être efficacement exercés et qu'en conséquence, l'exécution des obligations correspondantes pourra être exigée, moyennant au besoin recours à la force publique. Or, si le rattachement que l'État A tient pour le plus significatif et qu'il adopte comme critère objectif de désignation de la loi applicable est aussi celui que l'État B estime de son côté prépondérant et qu'il retient lui aussi comme facteur objectif de désignation de la loi applicable, il est loisible aux particuliers de prévoir que du point de vue tout autant de l'État A que de l'État B, c'est la loi du même État qui déterminera la teneur de leurs droits et obligations. Il s'ensuit que, lorsque la localisation du rattachement retenu à la fois par la règle de conflit de l'État A et celle de l'État B n'est pas douteuse⁵¹⁴, on discerne mal en quoi l'attribution par les deux États du pouvoir de choisir une autre loi apporterait un progrès sous l'angle de la prévisibilité de la loi applicable⁵¹⁵.

Supposons la succession d'un Allemand domicilié en Espagne. Les règles de conflit espagnole et allemande désignent encore aujourd'hui l'une et l'autre la loi allemande du fait de la nationalité du *de cujus*. La coordination hispano-allemande est ici atteinte au moyen, et au niveau, des règles de conflit de lois. On voit mal en quoi l'octroi au *de cujus*, ou à la fois au *de cujus* et aux successibles, du pouvoir de désigner comme applicable la loi espagnole du domicile augmenterait à la faveur de l'un et des autres la prévisibilité de la loi régissant la dévolution successorale, loi qui résulte en l'espèce de manière non équivoque des règles de conflit concordantes des deux États « co-intéressés ».

146. Un remède peu efficace contre la relativité du rattachement. S'il est vrai que le rattachement unique qu'un État tient *in abstracto* pour le plus significatif n'a qu'une valeur relative et que cette relativité peut apparaître plus crûment encore *in concreto*, force est de reconnaître que l'autonomie individuelle est susceptible de s'exercer au profit de la loi d'une communauté étatique avec laquelle la relation en cause est rattachée par un lien objectif, dont l'importance est, du moins *in concreto*, tout aussi relative⁵¹⁶. Rien n'oblige en effet les particuliers à pencher du côté de la loi de l'État dans le milieu social et économique duquel la relation humaine en cause s'inscrit par le lien ou la coalition des liens les plus forts. Il faut s'attendre plutôt à ce que d'autres visées les inspirent, davantage liées à la teneur des lois éligibles qu'à l'énergie des attaches

⁵¹³ *Supra*, spéc. n° 75 et 79. Entre tous, v. W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé », p. 670 ; B. Opeskin, « The Price for Forum Shopping », 16 *Syd. L. Rev.* 14 (1994), p. 17 ; R. David, *Le droit du commerce international. Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1987, p. 28.

⁵¹⁴ Il en va ainsi dans notre hypothèse de travail : v. *supra*, n° 3.

⁵¹⁵ D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, p. 18. Cf. les exemples formulés par M. Goré, « De la mode... », p. 199.

⁵¹⁶ Rapp. D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle », p. 302-303.

que le rapport à régler entretient avec les États qui les édictent⁵¹⁷. En somme, - lorsque les deux communautés étatiques A et B estiment que le rattachement prépondérant est le même, il devient difficile de justifier le pouvoir accordé aux justiciables de désigner une loi différente en invoquant le remède qu’il apporterait à la relativité du rattachement.

Supposons un Britannique domicilié en France, plus exactement, un Britannique dont il est certain qu’il est domicilié en France à la fois d’après la notion anglaise et la notion française du domicile. Si la France et l’Angleterre accordent au *de cujus* la possibilité de désigner la loi anglaise en lieu et place de la loi française qui est normalement applicable d’après les règles de conflit anglaise et française, rien n’assure que le *de cujus* n’exerce un tel pouvoir que lorsque les liens les plus significatifs de sa succession se concentrent en Angleterre. Il faut bien s’attendre à ce qu’il le fasse à chaque fois qu’il estime que la loi anglaise est mieux ajustée à l’organisation qu’il souhaite donner à la dévolution *mortis causa* de ses biens.

147. Une véritable « disposition » des droits subjectifs. Lorsque deux États A et B s’accordent à regarder un rattachement comme le plus significatif *in abstracto* – supposons qu’il se concrétise dans l’État A –, l’octroi aux parties de la faculté de choisir la loi de l’autre État, ici de B, revient à leur permettre de renoncer à l’ensemble des droits et obligations que consacre la loi applicable en l’absence de choix (ici la loi de A) pour se soumettre à l’ensemble des droits et obligations que consacre la loi qu’elles ont désignée (ici la loi de B). Dans la mesure où la loi de l’État A accorde à une partie un droit subjectif tout en ne lui permettant pas d’en « disposer » valablement (avant notamment la réalisation d’un certain événement)⁵¹⁸, et que la loi de l’État B ne lui accorde pas un tel droit subjectif, accepter de renoncer à la loi de l’État A, qui serait applicable en vertu du rattachement objectif, pour se soumettre à la loi de l’État B, semble bien, à cet égard, du point de vue de ce particulier, entraîner la renonciation à

⁵¹⁷ F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 190 : « Unilatérale ou conjointe, l’élection de droit est irréductiblement influencée par les intérêts matériels de l’électorat, alors que le centre de gravité du rapport de droit, la ‘vocation’ respective des lois en concours lui sont indifférents, sinon étrangers » ; Th. Vignal, *La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, n° 477 : « Les personnes privées optant pour une loi, par exemple en matière de régime matrimonial ou de succession, n’ont probablement en vue que leurs intérêts personnels », p. 191 ; H. Gaudemet-Tallon, « L’utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1994, p. 183 : « Dès lors que les parties choisissent, elles le font en fonction de leurs intérêts et dans cette mesure la règle de conflit à un caractère substantiel » ; D. Bureau, « L’influence de la volonté individuelle », p. 285 : « Tout porte d’ailleurs à croire qu’en réalité les parties ne chercheront pas la loi la plus proche – au sens du droit international privé – mais la loi qui leur convient le mieux ». V. ég. J.-M. Jacquet, *Principe d’autonomie*, p. 220-223 ; P.-M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 190 ; P. Wautelet, « Le Code de droit international privé ou l’avènement d’un droit international privé ‘flexible’ », *Rev. fac. dr. Univ. Liège*, 2006, p. 352 s. ; E. Jayme, « Autonomie de la volonté », p. 66 et « Identité culturelle », p. 150 ; G. Kühne, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, p. 29 ; S. Leible, « Parteiautonomie im IPR », p. 487.

⁵¹⁸ *Supra*, n° 44 et 45.

un droit subjectif que la loi A, et l’État A qui la déclare applicable, commence pourtant par déclarer indisponible.

S’agissant à nouveau de la succession d’un Britannique domicilié en France, permettre au de *cujus* et aux successibles – notamment à ceux qui le sont d’après la loi anglaise et la loi française – de choisir la loi anglaise revient à habiliter les descendants à renoncer, en en « disposant », au droit à la réserve héréditaire que leur octroie la loi française applicable en vertu du rattachement objectif, en acceptant que leurs droits dans la succession soient régis par la loi anglaise qui ne leur accorde pas une telle réserve.

2. Désignation de la loi applicable et conflit négatif de règles de conflit

148. Plan. Il semble que l’octroi aux particuliers du pouvoir de désigner l’une des lois en présence comme moyen de trancher un conflit de renvoi recueille effectivement les avantages dont on prétend qu’ils s’attachent à l’autonomie individuelle comme facteur de solution du conflit de lois, tout en la rendant imperméable aux perplexités qu’elle suscite sur le plan général (a). Une telle constatation n’empêche pas de rechercher le fondement rationnel du rôle ainsi dévolu à la volonté individuelle (b).

a) Effectivité des mérites et inconsistance des réserves

149. Un progrès effectif sur le terrain de la prévisibilité. La situation de renvoi est génératrice, on l’a vu, d’imprévisibilité de la loi applicable à tout moment antérieur à la judiciarisation du rapport qu’elle frappe. La thèse favorable au renvoi tout autant que l’antithèse qui y est contraire, dès lors que les deux États y adhèrent, maintiennent les justiciables sous l’emprise d’une telle insécurité tout en tolérant que l’incertitude puisse être tranchée par cet acte volontaire unilatéral – d’une seule partie – qu’est la saisine du juge. Appelé à la rescousse comme facteur de solution du conflit de renvoi par les deux États, le pouvoir de désignation des parties, s’il est exercé à n’importe quel instant avant la judiciarisation – avant ou après la naissance du rapport à régler – pallie, dès ce moment, l’imprévisibilité occasionnée par le conflit de renvoi et rétablit la sécurité juridique préjudiciaire qu’il menace de tenir en échec⁵¹⁹. En se remettant à la volonté des parties, les deux États s’assurent l’unicité de la volonté désignante et ménagent de ce fait aux particuliers l’unicité de la loi désignée⁵²⁰. Tirant son origine de la seule contradiction des volontés supérieures et sa légitimité de la tâche dont elle est investie par celles-ci d’y remédier en raison de son *univocité* naturelle, la volonté individuelle n’est ici désignante que

⁵¹⁹ Cf. Trib. civ. de la Seine (1^{re} ch.), 17 avril 1888, *Clunet*, 1888, p. 814 : « quand il s’agit de déterminer quelle a été l’intention des parties, nul mieux qu’elles ne peut la faire connaître ».

⁵²⁰ Ou du moins peuvent-ils aisément s’assurer qu’elle le soit, en demandant à ce qu’elle soit exprimée de façon à éviter tout doute.

dans la *mesure* de cette contradiction⁵²¹. Ainsi, elle trouve une limite rigoureuse en ce que ces volontés supérieures ont de commun : s’il n’y a pas de consensus entre elles au sujet de la loi la plus significativement rattachée, du moins s’accordent-elles à penser que les *deux* lois ayant les titres les plus forts sont celles qu’ils édictent et à exiger que la loi désignée *soit l’une d’entre elles*. Partagée, cette volonté s’impose aux particuliers en traçant le périmètre du pouvoir de désignation qu’elle leur laisse.

Le conflit de renvoi frappant la succession mobilière d’un Britannique domicilié en Espagne place le *de cuius*, et toute autre partie concernée, face au doute le plus entier quant à la loi qui détermine les droits, facultés, obligations et charges de chacun car, d’après la règle de conflit espagnole ayant cours en Espagne, c’est la loi anglaise qui les fixe, et d’après la règle de conflit britannique ayant cours en Angleterre, c’est la loi espagnole. Une règle sur le renvoi qui *accepte* le renvoi en matière successorale, dès lors qu’elle est entérinée par l’Espagne et par l’Angleterre, tout autant qu’une règle sur le renvoi qui *refuse* en la matière le renvoi, dès lors qu’elle est entérinée par l’Espagne et par l’Angleterre, cristallise l’imprévisibilité et l’insécurité car, à tout instant antérieur à la judiciarisation, deux lois continuent à être déclarées applicables. En revanche, une règle sur le renvoi permettant au *de cuius*, ou bien à l’accord du *de cuius* et des successibles (plus exactement de ceux à qui l’une ou l’autre loi en conflit reconnaissent des droits dans la succession), ou, à défaut, aux seuls successibles, de désigner la loi au profit de laquelle le conflit de renvoi sera tranché prévient, si une telle option est exercée, le conflit international de lois en rétablissant, dès son exercice, la prévisibilité et la sécurité juridique au profit de toutes les personnes impliquées. La judiciarisation n’a plus d’incidence sur la loi applicable, si bien que la nécessité de judiciariser pour la connaître disparaît.

150. Parade aux inconvénients résultant de la relativité du rattachement. Se resserrant sur les hypothèses de renvoi, le pouvoir de désignation ne peut s’exercer qu’au profit de l’une des deux lois en conflit. La condition même qui déclenche l’attribution de ce pouvoir prouve qu’elles sont l’une et l’autre significativement rattachées⁵²². Faut-il admettre qu’en profitant de ce pouvoir, les parties ont toute latitude pour écarter la loi la plus significativement rattachée à l’avantage d’une loi qui l’est moins du point de vue de l’*État du for* ? C’est en substance ce que l’antithèse reproche à la thèse⁵²³. Or, l’on peut observer, d’abord, que ce n’est que dans une portion seulement des relations interindividuelles frappées par un conflit de renvoi que l’autonomie conduirait à donner préférence à une loi autre que celle que l’*État du for* tient pour la plus proche *in abstracto* ; ensuite que cette autre loi est bien la *loi du for*. Cette dernière est en définitive celle que propose de retenir systématiquement la thèse. Si bien que,

⁵²¹ Si la règle de conflit est une « règle de choix », que « ce choix est opéré par l’auteur de la norme », que les règles de conflit sont deux, et que les auteurs sont deux, la volonté est *double*. Cf. J.-M. Bischoff, note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 15 juin 1982, *Zagha, Rev. crit.*, 1982, p. 307.

⁵²² *Supra*, n° 26 et 39.

⁵²³ *Supra*, n° 20.

par rapport à la thèse, la synthèse édiflée autour de l'autonomie réaliserait un progrès dans la perspective d'un État qu'habite la crainte évoquée. Il se peut, en second lieu, que les autres liens rattachant l'espèce à l'État dont la loi est par hypothèse désignée par les parties, entraînent que celle-ci est la loi la plus significativement rattachée *in concreto*. Puisque la loi du for, qui n'est pas pour le for la plus proche *in abstracto*, peut bien se trouver être dans une fraction importante des situations de renvoi la plus proche *in concreto*, l'option de désignation, loin d'aboutir à désavouer l'appréciation faite par le for quant à la proximité, aboutit au contraire à l'affiner. La synthèse devrait, à ce point de vue, représenter une avancée par rapport à l'antithèse également.

Ainsi organisé, le pouvoir de désignation semble effectivement remédier au méfait résultant de la *relativité* du rattachement sélectionné par chacun des États « co-intéressés ». À regarder les choses de près, un tel méfait ne tient pas tant à ce que le rattachement est en soi relatif car, au fond, le droit matériel est tout aussi relatif. Et c'est du constat de la relativité du droit matériel que prend naissance le droit international privé⁵²⁴ ; l'utilité persistante de celui-ci est symptomatique de ce que les États, loin d'être prêts à supprimer cette relativité, entendent en revanche la *respecter* et la *préserver*. Le véritable inconvénient consiste en ce que, compte tenu de la relativité du rattachement retenu par le for, il se peut que ce rattachement n'emporte pas également la conviction des autres États – et, notamment, de l'État où il se réalise dans les hypothèses envisagées ici – et qu'il aboutisse de la sorte à laisser subsister le conflit international de lois qu'il est censé résoudre. C'est au demeurant l'inconvénient découlant de la relativité du droit matériel de tout État : cet inconvénient ne consiste pas tellement en ce que la loi du for n'est pas adaptée aux relations privées internationales⁵²⁵, mais en ce que les autres États ont pu édicter une loi différente, ce qui risque d'engendrer un conflit irrésolu de situations juridiques dans la sphère des particuliers et, par conséquent, de priver ceux-ci et les rapports qu'ils nouent par-delà les frontières du bénéfice du Droit. Dès lors que les règles matérielles édictées par les deux États que « co-affecte » une relation

⁵²⁴ Pour une puissante affirmation d'une telle relativité, v. P. Mayer, « Droit au procès équitable et conflit de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996, p. 133 : « Le droit international privé vise à organiser la coexistence, sur le terrain du droit privé, d'ordres juridiques qui ne reposent pas toujours sur les mêmes valeurs, et qui en tout cas, par hypothèse, n'ont pas adopté les mêmes règles. Il ne peut remplir sa mission sans un sérieux sens de la relativité ».

⁵²⁵ Cf. la « vocation universelle de l'élément rationnel » de la loi avancée par H. Batiffol, *Aspects philosophiques*, p. 116. Cf. G. Kegel, « The Crisis of the Conflict of Laws », *Rec. cours*, 1964, t. 112, p. 155. D'ailleurs, aucun État ne s'offusquerait du fait que sa loi soit, en dépit de son contenu relatif, prise pour modèle par d'autres États (cf. R. Wiethölter, *Einseitige Kollisionsnormen*, p. 93 : « Denn welcher Staat würde es nicht begrüßen, wenn auf der ganzen Erde nur sein materielles Recht Geltung hätte ? »), notamment par celui que sa règle de conflit désigne ; et ce n'est pas parce qu'elle est « copiée » par lui qu'elle cesse d'être relative, c'est-à-dire qu'elle cesse de « n'[être] qu'une réponse possible à des problèmes universels » (H. Batiffol, *Aspects philosophiques*, p. 118), une concrétisation de l'idée du droit parmi « beaucoup d'idées de droit, très différentes et qui se contredisent » (H. Kelsen, *Ann. IDI*, 1957, p. 117).

interindividuelle sont les mêmes ou, en tout cas, que leur mise en œuvre aboutit au même résultat, un tel risque ne se réalise pas de telle sorte que l’on ne se préoccupe pas de la relativité de ces règles matérielles pas plus que des règles de conflit qui les désignent⁵²⁶. Au contraire, les situations de renvoi objet de la présente enquête concrétisent le risque du conflit inhérent à la relativité à la fois du droit matériel et du droit des conflits. Dans la mesure où l’autonomie emboîte le pas au rattachement relatif du for et conduit à trancher le conflit de lois, on peut véritablement avancer qu’elle apporte un remède contre le mal inhérent à cette relativité – qui consiste en la menace de la persistance d’un tel conflit de lois –, peu important en définitive que les liens rattachant la relation interindividuelle en cause à l’État B de la loi sur laquelle a porté le choix soient objectivement tout aussi relatifs que ceux que traduit le rattachement choisi par l’État A.

151. Des semi-droits subjectifs à des droits véritables. L’un des travers de l’antinomie internationale consiste, on l’a vu, en ce qu’aussi longtemps que chacune des communautés étatiques que met en cause une relation privée internationale persiste à y déclarer applicable sa propre loi, il n’y a pas de droits subjectifs et d’obligations véritables dans la sphère juridique des particuliers parties à une telle relation. Pour que le faisceau de droits subjectifs et d’obligations que l’État A souhaite créer au moyen de sa loi puisse exister vraiment, l’État B doit renoncer à y opposer un autre faisceau de droits subjectifs et d’obligations incompatibles, et inversement. Dès lors que le conflit international de situations juridiques n’est résolu qu’au moment et au moyen de la saisine – et c’est bien sur quoi débouchent, si bilatéralisées, la thèse favorable au renvoi et l’antithèse contraire au renvoi –, il n’est pas encore question, avant la saisine, de droits subjectifs et il n’y a pas vraiment de sens à s’interroger sur leur nature disponible ou indisponible. Tout ce que l’on sait jusqu’à ce moment, c’est qu’il y a là deux ensembles *virtuels* et *incompatibles* de prérogatives individuelles dont on ignore quel est celui qui se traduira en acte, qui façonnera effectivement la sphère juridique des justiciables. Loin d’entraîner une abdication par les parties ou l’une d’elles des droits subjectifs que le Droit leur accorde, l’autonomie, circonscrite de la sorte, fournit au contraire un moyen pour faire exister des droits subjectifs que la thèse et l’antithèse empêchent de se former ou dont elles reportent tout au plus la création, ou en tout cas l’individualisation, au moment de la saisine. Puisque cette dernière a lieu du chef d’une *partie*, c’est en définitive l’initiative de celle-ci qui, dans le système de l’acceptation bilatérale et du refus bilatéral du renvoi, concourt à la création, ou à l’individualisation, des droits et les obligations de toutes les parties. Aussi le pou-

⁵²⁶ En France, v. par ex. Cass. (1^{re} Ch. civ.), 13 avr. 1999, *Cie Royale Belge*, JCP G 2000.II.10261, note G. Légiér ; *Rev. crit.*, 1999, p. 698, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *Clunet*, 2000, p. 315, note B. Fauvarque-Cosson ; *Gaz. Pal.*, 2000, n° 61-62, p. 42, obs. M.-L. Niboyet ; *D.* 2000, p. 268, note É. Agostini. Pour une appréciation du jeu de l’équivalence, v. H. Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l’équivalence en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 303.

voir de désignation ne fait-il ici que rationaliser, et rendre plus conforme au Droit et à la Justice, un pouvoir que les deux États en présence, en ce qu’ils renoncent chacun à mettre en œuvre sa loi dès la saisine des juges de l’autre, reconnaissent déjà à l’autonomie individuelle.

On y reviendra sur ce point plus loin. Il importe ici de préciser que l’autonomie individuelle ne saurait être taxée de permettre aux sujets d’échapper à l’autorité de la loi, de disposer de l’*imperium* qu’exerce celle-ci. Lorsque les lois incompatibles de deux États veulent s’imposer l’une et l’autre aux justiciables, l’impérativité de chacune finit par être paralysée et son autorité émoussée par celle, égale et contraire, de l’autre. Aucune des deux lois ne peut dès lors requérir obéissance de ses destinataires car les lois de nature, la *nature des choses*, les empêchent de tenir une conduite et, en même temps, de ne pas la tenir. Aucune des deux lois ne peut être vraiment « impérative », c’est-à-dire *efficace* en tant que commandement, un peu comme il arrive à deux chefs d’armée qui prétendraient donner des ordres opposés aux mêmes troupes⁵²⁷. L’autonomie individuelle a pour effet de soumettre les parties à l’autorité d’une seule de ces lois – tantôt celle-ci, tantôt celle-là – si bien que, loin de traduire une « inversion logique » et malmener l’autorité de la loi, elle constitue au contraire un moyen pour rétablir une telle autorité, pour lui restituer sa capacité de s’imposer efficacement à ses destinataires⁵²⁸.

Ne perdons enfin, et surtout, pas de vue que les situations de renvoi sont celles où chacun des États, A et B, a accepté de « disposer » de l’application de sa loi en faveur de l’autre État, de renoncer donc à l’impérativité, à l’autorité de sa loi, c’est-à-dire qu’il a spontanément renoncé à accorder aux parties à la relation internationale AB les droits subjectifs, ainsi qu’à leur imposer les obligations, que consacre son droit matériel. En permettant aux particuliers de désigner, dès avant la naissance du rapport en cause, celle des lois en conflit de renvoi qui déterminera les droits subjectifs et les obligations qui en résultent et qui en gouvernera l’évolution et le sort, y compris par le biais des règles impératives, aucun des États ne les habilite à disposer des droits qu’il aurait créés car l’un et l’autre ont précisément commencé *par renoncer à vouloir en créer au moyen de leur propre loi*. Il apparaît ici encore plus clairement que la désignation par les parties de la loi applicable en tant que facteur de solution du conflit de

⁵²⁷ Cf. K. Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, p. 55. Que l’application de la *lex fori*, en ce qu’elle permet que « a plaintiff pick and choose, according to the forum it selects, the law that would be applied », finit par nier aux parties le bénéfice du « control of a given law », v. *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, n° 2.7-2.11 ; cf. *Régie Nationale Des Usines Renault S.A. v. Zhang* (2002) HCA 10, n° 131. Cf. Rennes (1^{er} Ch.), 20 juill. 1923, *Rev. crit.*, 1924, p. 95 : « si certains étrangers peuvent... être soumis à la loi française, c’est à la condition qu’il soit établi que leur loi nationale a cessé de les régir et qu’ils se trouvent par application de leur propre droit renvoyés à l’autorité d’une autre loi ».

⁵²⁸ Il est dès lors clair que dans ces situations, l’autonomie de la volonté échappe au reproche qui lui est adressé par O. Hartenstein, *Die Privatautonomie im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2005, *passim*, de faire *obstacle* à l’harmonie de solutions, dont l’auteur souligne combien elle est importante pour la « sécurité juridique » (p. 116).

renvoi ne traduit pas un acte de renonciation de droits subjectifs, mais bien plutôt un acte concourant à la création de tels droits.

152. Illustration. On se permettra d’illustrer ce qui vient d’être dit par l’exemple que voici. Les deux parents d’un enfant mineur s’interrogent sur l’école qui lui convient le mieux. Leur autorité sur l’enfant est égale en légitimité. Ils ont tous deux le devoir de l’exercer en fonction du seul intérêt de l’enfant. S’ils s’accordent à penser que ce dernier ne dispose pas encore d’une capacité de discernement suffisante pour « disposer » librement de son droit à la scolarité – il choisirait pour sa part de se consacrer entièrement à ses sports favoris –, il y a désaccord entre eux car, de l’avis de la mère, l’école française est la plus appropriée pour lui, tandis que l’école anglaise l’est d’après le père. Il est exclu que l’enfant puisse intégrer simultanément les deux établissements scolaires – c’est là la loi physique empêchant la contradiction des actions et l’ubiquité des humains. Rien ne serait davantage fâcheux pour l’enfant qu’il soit, au commencement de l’année scolaire, laissé dans l’ignorance quant à l’identité de l’école où il doit et peut légitimement se rendre. Il semble que, du point de vue de chaque parent, il y aurait d’autant moins d’inconvénients à ce que le choix entre l’école anglaise et l’école française⁵²⁹ soit laissé à l’enfant lui-même, que chacun d’entre eux s’est déclaré prêt, afin d’éviter un litige parental qu’il estime fâcheux pour l’enfant, à confier le soin de trancher à l’autre parent.

Semblablement, les lois de l’un et de l’autre État en conflit de renvoi, à les supposer indisponibles pour les particuliers, ne se donnent pas moins pour mission commune de réaliser au mieux les intérêts de ces derniers et, plus exactement, de mettre à point le mode le plus approprié de conciliation des intérêts antagonistes pouvant les opposer. Aucun des États « co-intéressés » n’irait à l’encontre de sa propre conviction hypothétique d’après laquelle il serait inopportun d’accorder aux parties la liberté de se déterminer elles-mêmes au sujet de la meilleure façon de pourvoir à leurs intérêts s’il leur offrait la faculté de choisir, dans les situations de renvoi, entre sa loi et celle de l’autre communauté étatique. En agissant de la sorte, chacun se ménagerait au contraire l’assurance que le contenu des règles ainsi rendues applicables est celui qui répond mieux aux intérêts individuels selon les vues substantielles qu’entretient l’un des États « co-intéressés ». Cette démarche devrait susciter d’autant moins de perplexités que chacun d’eux s’est, moyennant sa règle de conflit de lois, déclaré prêt au sacrifice de sa propre vision de la meilleure conciliation des intérêts privés au profit de la vision de son homologue : c’est là, on le sait, le propre du « conflit d’abstentions » qui caractérise la situation de renvoi⁵³⁰.

Nous avons enfin déjà souligné que l’une des directives suivies par les juristes pour résoudre les antinomies internes, y compris pour trancher entre

⁵²⁹ L’école de sport n’est en revanche pas, dans l’exemple, une alternative éligible.

⁵³⁰ Cf. W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 92 : « les deux États étant tellement ouverts l’un à l’autre qu’ils se donnent mutuellement une sorte de carte blanche ».

plusieurs interprétations incompatibles entre elles mais *a priori* également défendables d'un même texte législatif, est la priorité que mérite la *lex permittens* sur la *lex prohibens*⁵³¹. Or, on peut avancer que de deux « lois » portant l'une et l'autre sur des matières généralement *indisponibles*, mais dont l'une accorde aux particuliers davantage de liberté que l'autre, la première est, dans la mesure du surplus de liberté qu'elle leur reconnaît et que la seconde leur dénie, *permissive* par rapport à cette dernière, qu'on peut corrélativement qualifier de *prohibitive*. Privilégier la première revient en substance à ouvrir aux parties la faculté de se soumettre à l'une ou à l'autre.

S'agissant de l'affaire *Neilson*, on ne peut pas affirmer, du moins si l'on s'en tient au plan des règles de conflit de lois, qu'avant la saisine du juge (australien ou chinois), Mme Neilson est titulaire du *droit subjectif* à réparation que lui reconnaîtrait la *loi australienne*. L'Australie a en effet renoncé à prétendre mettre en œuvre sa loi, c'est-à-dire à créer des droits et des obligations individuels conformément à celle-ci, au profit de la loi chinoise. On ne peut pas non plus affirmer qu'*Overseas n'est pas tenue* de verser l'indemnité à Mme Neilson, ce qui résulterait de la mise en œuvre de la loi chinoise, car la Chine a renoncé à l'application de sa loi au profit de la loi australienne. La possibilité d'affirmer que de tels droits et de telles obligations existent ou n'existent pas dépend de la teneur de la règle que les deux États chargent de trancher le conflit de renvoi. Si la Chine et l'Australie adoptent l'une et l'autre une règle sur le renvoi qui refuse le renvoi en matière de responsabilité civile, les choses ne changent pas. Tout ce que l'on peut constater avant la saisine d'un juge, c'est l'existence d'un conflit négatif entre deux couples de droits et obligations, conflit qui ne sera résolu que par la saisine d'un juge, acte d'une partie. Plus exactement, la saisine par Mme Neilson du juge chinois contribuera de manière décisive à la création en sa faveur du droit à réparation, de même que de l'obligation à la charge d'*Overseas* de la lui verser. Un tel droit subjectif et une telle obligation ne s'étaient pas encore matérialisés avant la saisine ; ils étaient tout au plus, pendant cette période, *en puissance* et, surtout, à l'état de *semi-droit* et *semi-obligation* car ils coexistaient avec le *semi-droit* et la *semi-obligation*, incompatibles avec eux, découlant de la loi chinoise. La saisine par *Overseas* du juge australien déterminera la non-existence du droit subjectif de Mme Neilson à obtenir réparation (ce qui à son tour pourrait – nous l'avons souligné – fonder l'obligation incombant à Mme Neilson de restituer la somme éventuellement déjà perçue) et la non-obligation d'*Overseas* de la lui verser (ce qui à son tour pourrait fonder le droit d'*Overseas* à la restitution de la somme qu'elle aurait déjà versée). Si la Chine et l'Australie

⁵³¹ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 223 : « se di due norme incompatibili una è imperativa o proibitiva, l'altra è permissiva, prevale la permissiva. Questo criterio sembra ragionevole, e corrispondente ad uno dei canoni interpretativi più costantemente seguiti dai giuristi, quello di dare prevalenza, in caso di ambiguità od incertezza nell'interpretazione di un testo, all'interpretazione *favorabilis* su quella *odiosa*. In linea generale, se si intende per *lex favorabilis* quella che concede una qualche libertà (o facoltà, o diritto soggettivo), e per *lex odiosa* quella che impone un obbligo (seguito da sanzione), non c'è dubbio che una *lex permissiva* è *favorabilis* e una *lex imperativa* è *odiosa* ». Sur ce que l'adage *in dubio pro libertate* est à même d'expliquer l'essor de l'autonomie individuelle, v. p. ex. J. Kropholler, *IPR*, p. 294.

adoptent l’une et l’autre une règle sur le renvoi qui accepte le renvoi, c’est d’un conflit (positif) de droits et obligations qu’il est question avant l’ouverture d’une action en justice. Constatant que l’Australie renonce, par sa règle de conflit, à créer des droits et obligations d’après sa propre loi, la Chine se réapproprie la vocation de la sienne à y donner naissance. Seulement, constatant que la Chine renonce, par sa règle de conflit, à créer des droits et obligations d’après sa propre loi, l’Australie se réapproprie elle aussi la vocation de sa loi à les créer. Les deux États souhaitent à présent forger deux ensembles de droits et obligations (ou de non-droits et non-obligations) qui, du fait qu’ils sont incompatibles entre eux, sont impuissants à constituer des droits et obligations véritables mais existent tout au plus à l’état de semi-droits et semi-obligations au sens qui vient d’être dit. Après la saisine du juge australien, la Chine accepte de renoncer aux semi-droits et aux semi-obligations qu’elle avançait et cette renonciation est consentie en vue de permettre aux justiciables de bénéficier de droits et obligations réels, ceux que consacre la loi australienne de l’État dont le juge est saisi. Et inversement. Autoriser Mme Neilson et Overseas à trancher le conflit de situations juridiques en désignant à tout moment, avant ou après la survenance du fait dommageable, la loi qui régit l’ensemble des droits et obligations qui en découlent, voilà qui n’est pas de nature à leur permettre de *disposer* des droits ou obligations existants mais, au contraire, constitue un moyen d’*individualiser* ces droits et obligations et de leur permettre d’exister avant et indépendamment de toute action en justice. Si Mme Neilson et Overseas déterminent, dès l’instant où elles entrent en contact, que les conséquences de tout acte prétendument dommageable, dont l’une sera responsable envers l’autre, seront régies par la loi d’Australie, ou qu’elles désignent celle-ci comme applicable dès l’instant où le fait dommageable s’est réalisé ou peu après, elles sauront dorénavant quel est le cadre juridique de référence déterminant leurs droits et obligations. Car la Chine ne souhaitera pas opposer un cadre alternatif de droits et obligations et apportera son appui à la réalisation de ceux que crée la loi australienne. Aussi est-ce enfin de droits et obligations avant le procès qu’il sera question et non, pendant la phase préjudiciaire, de plusieurs semi-droits ou semi-obligations incompatibles entre eux et provoquant le désordre dans la sphère juridique des particuliers intéressés.

Que la volonté des parties ou leurs actes volontaires créent ou concourent à créer un ensemble de droits subjectifs et obligations, cela est vrai, on l’a vu, à propos de la quasi-totalité des rapports de droit. Voilà qui nous conduit au fondement rationnel du pouvoir de désignation.

b) Fondement rationnel du pouvoir de désignation

153. Deux arguments. L’argument positif. Il reste en effet à démontrer que le remède que la volonté privée apporte à la contradiction des volontés étatiques révélée par la situation de renvoi est rationnel en lui-même. C’est d’ailleurs de cette rationalité que dépend son aptitude à être « bilatéralisé », c’est-à-dire consacré par les deux États en conflit de renvoi. Deux arguments peuvent être invoqués, l’un *positif*, l’autre *négatif*.

Le premier invite à se reporter à ce qui a été dit plus haut au sujet du rôle de la volonté individuelle dans le Droit privé, y compris dans le fonctionnement des règles de droit dites impératives⁵³². La naissance d’une relation juridique dépend, avons-nous relevé, pratiquement toujours – en tout cas entre autres conditions – de la manifestation de volonté ou de l’acte volontaire d’au moins une partie privée : contrats, successions, responsabilité civile, mariage, divorce, reconnaissance d’enfant... Autrement dit, l’établissement d’un rapport de droit est toujours *disponible* pour la volonté individuelle, du moins en ce sens que celle-ci n’est jamais obligée de le créer ou de réaliser les actes dont il prend naissance. Au stade antérieur à une telle naissance, le Droit privé ne fait qu’en fixer les conditions ainsi que les effets et suppose que les unes et les autres puissent être connus des personnes de la volonté ou de l’acte volontaire desquelles le Droit fait dépendre la constitution de la relation juridique. Quand bien même les règles organisant les conditions et les effets seraient impératives au sens de non modifiables par l’autonomie individuelle, de non remplaçables par d’autres posées par celle-ci, le Droit, et la volonté étatique dont il procède et qui lui prête appui, ne souhaite, à ce stade, rien imposer à la volonté individuelle mais veut simplement que les personnes privées puissent vouloir, c’est-à-dire se déterminer, en connaissance de cause, à savoir qu’elles puissent créer la relation juridique si elles la *veulent* – ou si elles veulent les actes ou les faits, contrôlables par eux, dont elle prend naissance – et ne pas la créer si elles ne la *veulent pas*⁵³³. Si l’on transporte le poste d’observation à un instant où le rapport juridique est né et qu’il s’agit de le mettre en œuvre, d’abord extrajudiciairement, le rôle de la volonté privée n’en est pas moins fondamental. Une partie est libre de ne jamais vouloir exercer les droits subjectifs que lui reconnaît le Droit objectif et peut en général, s’agissant de prétentions de nature pécuniaire, y renoncer valablement, c’est-à-dire en disposer de manière définitive, lorsque les conditions de leur exercice se sont pleinement réalisées, et ce alors même que les règles qui les lui ont accordées sont qualifiées d’impératives. Il en va de même de la réalisation judiciaire du Droit privé : l’action en justice et la création de la relation juridique procédurale qui en résulte et qui astreint le juge à énoncer une volonté, qui est une volonté de l’État dont il est l’organe, dépend de l’initiative d’une partie, la saisine procédant ici de nouveau de la volonté individuelle. Le juge n’intervient pas et ne veut rien du tout aussi longtemps qu’aucune des parties ne veut qu’il prononce la volonté étatique conforme au Droit et ce quel que soit le caractère, impératif ou non, des règles qu’il mettra en œuvre en la prononçant. Une fois la décision de justice obtenue, le Droit n’oblige pas le particulier auquel elle reconnaît un droit subjectif et le droit corrélatif d’en obtenir la réalisation forcée, à *vouloir* une telle réalisation,

⁵³² *Supra*, n° 44 et 45.

⁵³³ Ce qui suppose qu’elles s’abstiennent d’accomplir les actes volontaires générateurs de la relation non voulue.

et ce quels que soient le nombre et la qualité des dispositions à caractère impératif que la décision a mises en œuvre. Autrement dit, l’exécution d’une décision de justice n’a lieu qu’à l’instigation d’une volonté individuelle.

En somme, la vie du Droit privé, y compris de ce qu’on appelle droit privé impératif, suppose à tout moment décisif – création du rapport juridique, réalisation et extinction extracontentieuse de celui-ci, judiciarisation, exécution forcée – l’impulsion de la volonté privée. Il semble donc que lorsque deux États établissent le cadre juridique régissant conditions, effets et modes d’extinction d’une relation impliquant deux ou plusieurs personnes privées, et que chacun de ces États, dans la vue de leur épargner un conflit international de lois, commence par renoncer à mettre en œuvre sa loi et que chacun, constatant la renonciation de l’autre, est tenté de s’en réapproprier la vocation, l’octroi aux parties du « pouvoir de vouloir » se soumettre à l’un ou l’autre cadre juridique puise sa justification rationnelle dans le rôle universel qu’il prolonge de la volonté individuelle aux déterminations de laquelle les deux États s’accordent en effet à subordonner l’accomplissement du Droit privé lors de toute étape du développement de la relation juridique qui le mobilise, de sa naissance jusqu’à l’épuisement de ses effets.

Les règles en matière de responsabilité civile (y compris objective ou sans faute) supposent, d’une part, *un acte ou une action volontaire*, et donc évitable, c’est-à-dire supposent qu’un sujet, le responsable, ait *voulu* au moins l’action, ou l’omission, dont découle le fait prétendument dommageable, et, d’autre part, la volonté de l’autre partie, la victime, d’être indemnisée. Les cas de subrogation du créancier dans les droits du débiteur mis à part, aucune des législations du monde ne va jusqu’à imposer à la victime de *recevoir* l’indemnisation – du moins si elle est adulte et capable de discernement, c’est-à-dire capable de *vouloir* et de ne *pas vouloir* juridiquement – et à la revendiquer, le cas échéant, en saisissant un juge. Permettre à deux personnes dont l’une est victime et l’autre responsable, ou dont l’une pourrait à l’avenir être victime et l’autre responsable, de désigner la loi qui les régit parmi celles des deux États dont chacun renonce à imposer la sienne au profit de l’autre, prolonge au fond une telle *double volonté privée* dont le rôle dans la création, la mise en œuvre, la réalisation forcée, l’extinction du rapport de responsabilité civile est à chaque instant décisif. Les règles de droit en matière de succession testamentaire permettent à un *de cujus* d’établir ses dernières volontés s’il le *veut*, sans obliger à le faire. Les règles sur la réserve héréditaire, lorsqu’elles existent, ou sur la succession *ab intestat*, permettent au réservataire ou au successible *ex lege* de recueillir une part des biens qu’elles lui offrent s’il le *veut*, sans du tout lui en imposer le bénéfice. Ouvrir au *de cujus* et à ceux qui sont réservataires et successibles *ex lege* d’après l’une et l’autre loi la faculté de choisir entre les lois des deux États dont chacun renonce à la mise en œuvre de la sienne au profit de celle l’autre, valorise la centralité de cette double volonté privée dans la mise en œuvre du droit successoral en ce qu’il a d’universel.

154. Argument négatif. On en vient à la rationalité *négative* du pouvoir de désignation, celle dont la clé est livrée par l’observation de ce qui se passe lors-

que les États A et B dont les règles de conflit se désignent mutuellement ne l'accordent pas. Si ces États adoptent la même attitude à l'égard du dilemme du renvoi – tous deux acceptent le renvoi ou tous deux le répudient – le conflit international de lois, on le sait, demeure entier pour les parties depuis le moment de la naissance de la relation juridique jusqu'au litige⁵³⁴. Si l'État A est prêt à reconnaître la décision rendue par l'État B et inversement⁵³⁵, l'État A et l'État B aboutissent par là en substance à donner efficacité chez eux à la détermination de la loi applicable à laquelle procède une partie en sélectionnant le for. L'option de législation, que l'État A, tout comme l'État B, avait commencé par repousser, finit par s'imposer à lui sous la pression des choses, sauf qu'elle entraîne dans ce cas, par rapport au choix qu'il aurait pu accorder dès la naissance de la relation – *ex tunc* pourrait-on dire – deux inconvénients bien pernicious. Le premier est qu'un tel choix n'élimine le conflit que lorsqu'il s'accomplit par la *saisine d'un juge*, saisine dont on peut dire qu'elle représente la forme que la désignation doit revêtir pour être valable aux yeux du for ; les intéressés sont quant à eux voués à ignorer quelle est la loi choisie tant qu'un litige ne les oppose pas. Cela est, avons-nous dit, contraire à la composante universelle de l'idée du Droit qu'est la prévisibilité et à la *fonction facilitatrice* du Droit privé auquel la prévisibilité est largement asservie⁵³⁶. Le second est que le choix véhiculé par la saisine peut être *unilatéral*, comme l'est naturellement celui du juge qui le véhicule, et être exercé par la partie qui possède moins de titres pour s'en prévaloir, parce que la structure du rapport entraîne qu'elle est la plus forte ou bien la cantonne à un rôle subsidiaire⁵³⁷. Voilà qui contrevient à la composante également universelle du Droit qu'est la *justice* entendue au sens formel comme « tierceté » de celui qui tranche entre deux prétentions incompatibles.

Souscrire à l'autonomie individuelle reviendrait, en définitive, pour chacun des États « co-intéressés », moins à créer un pouvoir de désignation qui n'existe pas que de contrôler et, dirait-on, subjuguer un tel pouvoir qui existe malgré lui du fait de la situation génératrice du renvoi. Au lieu d'en subir l'exercice lorsque la saisine l'incarne, l'État en conflit de renvoi peut en devenir maître en le reconnaissant avant ce moment⁵³⁸. Il peut alors exiger que le choix soit concerté ou effectué par la partie la plus faible du rapport ou par celle qui,

⁵³⁴ Cf. M. Sennettag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 140 ; S. Stojanovic, *Die Parteiautonomie*, p. 28 et note 80 ; K. Siehr, « Konfliktvermeidung im Internationalen Privatrecht », in F. Schwind (Hrsg.), *Österreichische Stellung heute in Europarecht, IPR und Rechtsvergleichung*, Wien, 1989, p. 144.

⁵³⁵ C'est là l'hypothèse à laquelle s'est amorcé notre enquête : *supra*, n° 3.

⁵³⁶ *Supra*, n° 75.

⁵³⁷ C'est le cas d'un héritier dans le domaine successoral : v. également *infra*, n° 229.

⁵³⁸ Rapp. A. Bucher, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », p. 47 : « S'il suffit de déplacer le for de la Suisse dans un pays étranger pour soumettre le rapport de droit à un autre régime juridique qui sera, par la suite, également reconnu en Suisse, pourquoi ne pas autoriser ce choix au niveau de la désignation de la loi applicable en droit international privé suisse ? ».

dans l’économie de celui-ci, occupe une position prépondérante⁵³⁹. En tout état de cause, en octroyant un tel pouvoir, notre communauté étatique parvient à habilitier les deux particuliers à connaître la loi qui façonne leurs droits et obligations en évitant qu’à cet effet ils doivent systématiquement rendre litigieuse la relation à laquelle ils participent. Il semble qu’à ce point de vue également, la synthèse ici avancée permettrait d’évoluer dans la voie du progrès.

Si l’Espagne dénie aux personnes concernées par la succession d’Anthony Denney le pouvoir de trancher le conflit négatif de règles de conflit et insiste pour accepter systématiquement le renvoi tout en se déclarant prête à reconnaître la décision anglaise qui aurait mis en œuvre la loi anglaise, et que l’Angleterre en fait de même, voilà qui aurait pour effet, d’une part, de condamner tout à la fois Anthony Denney à mourir sans savoir quelle loi régit sa succession et les successibles à ignorer quelle loi détermine leurs droits dans celle-ci aussi longtemps qu’un juge n’a pas été saisi et, d’autre part, à permettre à l’un des prétendus ayants droit de choisir, en déterminant le for, entre l’applicabilité de la loi espagnole et celle de la loi anglaise. Un tel pouvoir *unilatéral* remis entre les mains d’un *prétendu ayant droit* et ne pouvant s’exercer que *par la saisine d’un juge* et après l’ouverture de la succession méconnaît les fondements universels des règles successorales et les deux États risquent, en l’entérinant, de commettre un contresens à l’égard de la fonction du Droit privé. Deux solutions alternatives réaliseraient l’une et l’autre une avancée peu contestable. La première consiste à accorder le pouvoir de désigner la loi au profit de laquelle le conflit de renvoi sera tranché, d’abord, et à un stade « présuccessoral », aux *personnes concernées* – spécialement le *de cujus* et d’éventuels réservataires, d’après l’une ou l’autre loi – et, subsidiairement, pour l’hypothèse où le *de cujus* ne s’est pas inquiété de la loi applicable, aux successibles après l’ouverture de la succession. La seconde consiste à accorder un tel pouvoir au seul *de cujus*. On peut bien sûr hésiter entre l’une et l’autre : il suffit de rappeler que, pour certains pays – ceux qui ignorent la réserve héréditaire –, le droit des proches de recueillir une part de la succession dépend de la volonté du *de cujus*, qui peut en effet l’exclure entièrement, alors que, pour d’autres pays – ceux qui connaissent la réserve héréditaire – un tel droit ne dépend que de la volonté des « réservataires » de l’exercer, la volonté du *de cujus* ne pouvant pas l’exclure. Mais il semble bien que, comme on le précisera plus loin⁵⁴⁰, l’octroi au *de cujus* d’un pouvoir unilatéral, et destiné à être exercé *avant* l’ouverture de la succession, de déterminer au profit de quelle loi le conflit de renvoi doit être tranché est plus conforme à la justice et à la prévisibilité que l’octroi à un héritier d’un pouvoir unilatéral à exercer par la *saisine* d’un juge. D’une part, et sous l’angle de la prévisibilité, les États du monde, en édictant des règles successorales, s’attendent à ce que le *de cujus* puisse s’ajuster à elles, donc qu’elles lui soient accessibles, alors que tel n’est pas le cas si la détermination de la loi applicable ne peut s’opérer qu’après son décès. D’autre part, et sous l’angle de la justice, si les héritiers doivent être traités différemment, si l’un d’eux doit être favorisé par rapport à un autre, il est

⁵³⁹ C’est le cas du *de cujus* en matière successorale : v. *infra*, n° 229.

⁵⁴⁰ *Infra*, n° 229.

plus juste que ce soit au *de cujus*, titulaire du patrimoine, de déterminer qui doit l’être et en fonction de ses choix affectifs, plutôt qu’à un prétendant en fonction de son plus grand profit. Dans la quasi-totalité des systèmes juridiques, y compris donc dans les pays qui connaissent une réserve, le *de cujus* détient une certaine liberté de traiter différemment ses proches en disposant de la part non « réservée » – dite parfois, justement, quotité « disponible » – en faveur de l’un d’eux.

Il se peut que les parties n’aient pas désigné – de manière expresse ou à tout le moins non-équivoque – la loi parmi celles qui participent au conflit de renvoi dont elles souhaitent qu’elle gouverne la relation qu’elles allaient nouer ou qu’elles ont nouée. Il convient alors de voir en quelle mesure et sous quelles conditions il serait possible et expédient de remettre la résolution du conflit de renvoi aux attentes des particuliers.

B – Attentes des parties

155. Plan. Les attentes considérées ici traduisent la conviction spontanée des parties, ou d’une d’elles, qu’une certaine loi régit la relation interindividuelle qu’elles ont nouée ou qu’elles vont nouer. Il convient d’abord de distinguer entre les différents types d’attentes que révèle leur analyse (1). On se focalisera ensuite sur celles méritant d’être qualifiées de « légitimes » et ce afin, d’abord, de mieux apprécier l’objection à laquelle se heurte leur emploi à l’égard de situations d’absence de conflit de règles de conflit (2) et, ensuite, de plus sûrement vérifier si une telle objection est recevable lorsque leur intervention n’est sollicitée que pour trancher un conflit négatif de règles de conflit (3).

1. Différents types d’attentes

156. Tentative de classification. Le rattachement unique constituant l’ossature de la règle de conflit classique se justifie, entre autres, dit-on souvent, parce qu’il est, selon les vues de l’État qui le retient, le mieux ajusté aux attentes des justiciables, parce qu’il répond le plus fidèlement à leurs intentions présumées⁵⁴¹. Il s’agit là du sentiment spontané qu’ont ou peuvent avoir les particuliers, selon le *quod plerumque fit*, de l’emprise d’une loi sur la relation à laquelle

⁵⁴¹ B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », p. 275 ; D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, p. 12. À l’égard du rattachement au *domicile* du *de cujus* en matière successorale, v. G. Cheshire / P. North, *Private international law*, p. 58 : « the natural inference is that he submits himself to the law which binds his friends and neighbours. This would be his presumed intention » ; v. déjà J. Westlake, *Ann. IDI*, 1898, p. 218 (« c’est pour ne pas tromper l’attente légitime du *de cujus* »). Sur ce que la *nationalité* du *de cujus* est le rattachement le plus conforme à ses attentes, v. J.-E. Labbé, note sous Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *Forgo*, S. 1882.1.393, pour qui « la loi nationale du défunt... nous la suivons, afin de respecter la volonté probable du défunt » ; v. en général, sur ce qu’en matière de statut personnel, l’application à une personne de sa loi nationale reflète ses attentes spontanées, G. Kegel / K. Schurig, *IPR*, p. 135 et D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, p. 13-14. Au sujet de la correspondance aux attentes individuelles des rattachements que l’on peut retenir en matière délictuelle, v. *infra*, n° 388.

ils entendent ou acceptent de donner naissance et il est, partant, dans une large mesure, fonction de la proximité entre celle-ci et celle-là⁵⁴². C’est ce qu’on peut qualifier d’attentes *abstraites*, en ce sens qu’elles sont propres à la catégorie des justiciables qui sont parties à l’ensemble des situations visées par une règle de conflit de lois abstraite. La recherche des attentes est ici *prospective* et procède par présomptions.

Aux attentes abstraites s’opposent les attentes *concrètes*, celles qu’ont effectivement formées les parties à une relation déterminée dans son individualité historique. L’analyse est ici *rétrospective*. Il peut plus particulièrement être question d’attentes *convergentes*, lorsque les parties dont les expectatives sont à prendre en compte – si elles sont plusieurs – se sont orientées vers la même loi, et d’attentes *divergentes*, lorsqu’une partie s’est orientée vers une loi et l’autre vers une autre loi. Il est capital de noter que les attentes concrètes peuvent être, et sont assez souvent, convergentes à un moment donné, par exemple pendant le temps où la relation entre les parties s’est développée de manière harmonieuse, et ne plus l’être à un moment ultérieur, par exemple lorsque la relation s’est détériorée et est en passe de devenir litigieuse.

Il convient encore de distinguer les attentes qui sont *universelles* car épousant des qualités essentielles du phénomène juridique ; les attentes *objectives* au sens d’*objectivement vérifiables*, celles que l’on peut identifier de manière suffisamment certaine car elles sont révélées par des comportements univoques des particuliers et que, dès lors, deux observateurs non « biaisés » devraient raisonnablement identifier de la même manière ; et les attentes dont la question de savoir vers quelle loi (à les supposer convergentes) elles se sont dirigées peut prêter à controverse, la réponse à une telle question pouvant en conséquence renfermer une part de *subjectivité*, si bien que celle qu’apporte un sujet censé les « localiser » (par exemple un législateur ou un juge) peut être différente de celle que donne un autre sujet (un autre législateur ou un autre juge).

Plus délicate, et plus décisive, est la question de savoir quand les attentes sont *légitimes*. Voilà qui invite d’abord à étudier l’hypothèse où la coordination entre les États A et B est atteinte au niveau de leurs règles de conflit de lois.

2. Attentes et absence de conflits de règles de conflit

157. Attentes légitimes et attentes non légitimes. À l’encontre de l’emploi des attentes comme critère d’identification de la loi applicable il est souvent opposé que les justiciables sont tenus de s’enquérir de la teneur des règles de droit qui en gouvernent les conduites et de s’y conformer, que ce n’est pas, inversement, au droit de se renseigner au sujet des croyances qui ont habité les justiciables et de s’ajuster à elles en élevant au rang de règles juridiques les

⁵⁴² Cf. G. Kegel, *Internationales Privatrecht – Ein Studienbuch*, 4. Aufl., München, 1977 : « Durchschnittsmensch hat ein Interesse daran, nach einer Rechtsordnung beurteilt zu werden, der er eng verbunden ist ».

principes qu’ils ont spontanément observés. Il s’ensuivrait que les attentes ne seraient *légitimes*, et partant dignes de respect, que lorsqu’elles s’appuient sur la *loi* qui est applicable à ceux qui les forment. Voilà qui condamnerait la recherche des expectatives à l’inutilité car de deux choses l’une : ou bien elles sont en adéquation avec la loi désignée comme applicable et le critère qui la désigne suffit pour l’identifier ; ou bien elles ne sont pas en adéquation avec une telle loi et doivent être négligées puisqu’elles ne sont pas légitimes. L’adage « nul n’est censé ignorer la loi » (*nemo censetur ignorare legem, ignorantia legis non excusat*) entraîne notamment que la conviction que la loi n’interdit pas un comportement ne dispense pas la partie de l’observer et ne lui épargne pas les conséquences qui résultent de son inobservation.

En suivant un tel raisonnement, l’on peut notamment hésiter à attacher un prix aux attentes concrètes des parties à une relation internationale AB qui se sont orientées vers l’application de la loi de l’État B alors que les règles de conflit des deux États A et B s’accordent pour les soumettre à la loi de l’État A. La question se pose avec une acuité particulière lorsque leurs expectatives quant à la loi applicable ont été *convergentes* pendant un temps au cours du déroulement de la relation – qu’elles se sont ajustées à la loi de l’État B, laquelle a ainsi reçu un début de mise en œuvre spontanée – et qu’elles *divergent* ultérieurement, car une partie réclame l’applicabilité de la loi de l’État A désignée par les règles de conflit des deux États, tandis que l’autre partie invoque et s’attend à l’applicabilité de la loi de l’État B en prenant appui, précisément, sur les expectatives communes manifestées par leurs conduites antérieures.

S’agissant de la succession d’un Allemand domicilié en Espagne, les règles de conflit des deux États désignent, on l’a vu, la loi allemande⁵⁴³. Supposons que l’épouse survivante soit en possession d’un certain bien et qu’en croyant que la loi espagnole régit la dévolution successorale, elle l’ait remis au légataire particulier conformément à la loi espagnole d’après laquelle un tel legs est valable. Supposons que le légataire ait accepté une telle remise en se fiant lui aussi à la loi espagnole. Les attentes des parties sont à ce moment *convergentes*. Supposons que l’épouse découvre ensuite que la loi allemande régit la succession et que, le legs étant nul d’après celle-ci, parce que, par exemple contraire à un pacte successoral antérieur qui le lui attribuait, elle demande la restitution du bien litigieux. À quoi s’oppose le légataire en invoquant la loi espagnole compétente à ses dires en raison des attentes individuelles. Or, l’on peut penser que, bien que convergentes, ces attentes n’étaient pas *légitimes* en ce qu’elles ne bénéficiaient pas d’une *loi de couverture* qu’un État déclarait applicable et que, dès lors, il n’y a pas, ou il y a peu, de raisons d’écarter la loi allemande – loi qui, justement, d’après l’État espagnol et l’État allemand, correspond aux attentes de la catégorie abstraite que forme l’ensemble des *de cujus* et de leurs successibles impliqués dans des successions hispano-allemandes de ce type – en faveur de celles dont

⁵⁴³ *Supra*, n° 107.

les intéressés étaient pendant un temps convaincus qu’elle les gouvernait. Il en va autrement dans les situations de renvoi.

3. Attentes et conflit négatif de règles de conflit

158. Conflit d’interprétations des attentes abstraites. Attentes universelles.

Les situations donnant lieu à un conflit de renvoi sont celles où l’État A désigne la loi de l’État B – entre autres car il estime que, d’après le *quod plerumque fit*, cette loi est celle dont l’applicabilité est la plus conforme aux attentes naturelles et préjuridiques des parties – et l’État B désigne la loi de l’État A, entre autres car il estime que c’est celle-ci qui est la plus conforme auxdites attentes⁵⁴⁴. Aussi y a-t-il une divergence de vues entre l’État A et l’État B quant à la loi dont l’applicabilité répond mieux aux attentes des justiciables selon le *quod plerumque fit*. On voit à quel point la perception de ce qui traverse l’esprit de la plupart des hommes et des femmes participant à une relation internationale peut être relative, c’est-à-dire subjective. Sur un point, cependant, il ne peut qu’y avoir accord entre les deux États A et B car, sur ce point, les attentes individuelles sont toujours convergentes autant qu’elles sont légitimes car elles ne consistent, pour les justiciables de bonne foi, qu’à s’attendre que le Droit soit du Droit, autrement dit, elles sont fondées sur le concept universel du Droit. Les justiciables ne s’attendent pas à ce que la loi qui gouverne leur relation varie en fonction de la saisine de tel juge ou de tel autre et qu’en dépit de la saisine, ce n’est pas le juge qui déterminera quelle est cette loi, c’est-à-dire quelle est la prétention individuelle en conflit qui mérite la protection du Droit, mais bien la partie qui saisit le juge⁵⁴⁵. Ce mode de détermination de la loi applicable heurte en effet le sentiment de la justice qui est ancré dans tout homme et de toute femme de bonne foi, lesquels ont raison de s’attendre à ce que le conflit international de lois, qui est susceptible d’entraîner un conflit de prétentions individuelles soit, ou bien prévenu par les autorités susceptibles d’édicter des règles générales, ou bien tranché par une autorité impartiale, notamment judiciaire, chargée d’établir une norme individuelle. La thèse – acceptation du renvoi – et l’antithèse – refus du renvoi –, si elles sont bilatéralisées, contreviennent à de telles attentes primordiales et supérieures.

La question est alors de savoir si, pour respecter de telles attentes, lesquelles, en substance, commandent que le conflit de renvoi soit prévenu ou tranché par les deux États, ceux-ci ne pourraient pas s’en remettre à la recherche de la loi en conflit de renvoi vers laquelle les parties se sont concrètement orientées

⁵⁴⁴ Pour ce qui est de la matière successorale, v. *supra*, note 541 ; à propos de la matière délictuelle, v. *infra*, n° 388.

⁵⁴⁵ S. Vrellis, « Conflit ou coordination de valeurs », p. 320. Cf. *John Pfeiffer Pty Ltd. v. Rogerson* [2005] HCA 36, 203 CLR 503, p. 553, pour qui les « reasonable expectations » sont déjouées dans le cas d’une « variable rule which particular parties could manipulate to their own advantage », c’est-à-dire que la possibilité que le choix d’un for, « made unilaterally by the initiating party, should materially alter that party’s substantive legal entitlements to the disadvantage of its opponents », est contraire aux « reasonable expectations ».

– s’il y en a une. Et de fait, si les deux rattachements antagonistes se justifient parce que les États les regardent comme mieux ajustés à ce à quoi s’attend la catégorie des particuliers qu’ils visent et que l’on ne saurait exiger de ceux-ci qu’ils se conforment à l’une *et* l’autre loi ainsi désignées, un critère rationnel de solution d’un tel conflit, qui traduit un conflit entre les perceptions subjectives *étatiques* des attentes *individuelles* abstraites, consiste à vérifier laquelle se trouve confirmée en l’espèce concrète, autrement dit à laquelle des attentes abstraites et subjectivement déterminées par les États répondent les attentes concrètes et objectives des parties. Non moins que les attentes universelles et supérieures dont il vient d’être question, de telles attentes individuelles sont *légitimes* parce qu’au bénéfice d’une *loi de couverture* : chacune des deux lois en conflit est ici en effet déclarée applicable et c’est précisément de cette applicabilité simultanée que découle le conflit. Plus généralement, si le Droit vise à orienter les conduites des humains, on peut penser que celle des deux lois en conflit négatif qui les a déjà orientées détient un *surcroît de vocation à être retenue* par rapport à celle qui n’y est pas parvenue – en tout cas pas encore.

Que l’on se garde d’invoquer à l’encontre d’une telle sollicitation des attentes des parties le principe que « nul n’est censé ignorer la loi ». Car l’ignorance de la loi n’est fautive que si la connaissance de la loi est accessible⁵⁴⁶. Or la situation de renvoi est celle d’une contradiction des lois, laquelle non seulement excuse l’ignorance de la loi mais astreint les parties à une telle ignorance⁵⁴⁷. Loin d’*autoriser* les parties à ignorer et méconnaître la loi qui les régit, l’emploi bilatéral des attentes des parties, ainsi limité, est au contraire un moyen leur permettant de s’extraire d’une telle ignorance, de connaître et observer une telle loi – ou continuer à le faire – car il résout la contradiction entre celles qui sont déclarées *applicables* sans pouvoir être l’une et l’autre *appliquées*. La référence aux anticipations des parties fait ici retrouver au principe *nemo censetur* sa crédibilité et la capacité d’exiger l’obéissance de ceux à qui il s’adresse.

Il convient en effet de ne suivre les attentes que lorsqu’elles sont, d’une part, *objectivement vérifiables*, parce que, notamment, révélées par des comportements concluants, et d’autre part, *convergentes*, car toutes les parties dont les attentes sont à prendre en considération se sont ajustées à la même loi. L’expérience montre que dans un certain nombre d’hypothèses, l’existence de telles attentes convergentes est objectivement vérifiable pour les parties elles-mêmes avant et indépendamment de la saisine de tout juge. Si bien que, dès que les parties s’interrogent sur la loi applicable à un moment postérieur à celui auquel elles ont spontanément mis en œuvre ou accepté la mise en œuvre d’une des lois en conflit sans avoir à l’époque une claire notion de la loi applicable et

⁵⁴⁶ L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, 1964, p. 65-70.

⁵⁴⁷ « A law which a man cannot obey, nor act according to it, is void and no law ; and it is impossible to obey contradictions, or act according to them » : Vaughan, C.J., *Thomas v. Sorrell* [1673] EWHC (KB), cité par L. Fuller, *The Morality of Law*, p. 33.

des enjeux de sa détermination, elles seront dispensées de saisir un juge pour connaître avec une certitude suffisante quelle loi les gouverne : celle-ci est, d’après les règles de conflit de renvoi des deux États, celle qui correspond aux attentes des parties qui, elles, sont, également par hypothèse, rétrospectivement détectables. Voilà qui favorise la continuation du déroulement paisible de la relation ou, en tout cas, une composition amiable d’un éventuel litige. L’imprévisibilité de la loi applicable et l’insécurité préjudiciaire s’en trouvent ainsi dans bon nombre de cas éliminées.

Supposons que, dans l’exemple plus haut, le *de cujus* soit Français domicilié en Espagne. La France renonce à la mise en œuvre de sa loi – de la nationalité du *de cujus* – au profit de la loi espagnole de son domicile. L’Espagne renonce elle aussi à la mise en œuvre de sa loi au profit de la loi française. La loi espagnole valide le legs particulier et reçoit un début d’exécution du fait de la remise par l’épouse du bien qui en fait l’objet et de son acceptation par le légataire. Découvrant par la suite que la loi française, désignée par la règle de conflit espagnole, invalide le legs, l’épouse envisage de demander la restitution du bien au légataire qui se réclame, quant à lui, de la loi espagnole, laquelle est non seulement la loi désignée par la règle de conflit espagnole, mais également celle dont les parties ont, à un moment donné, eu le sentiment spontané qu’elle régissait leurs droits dans la succession. Convergente, une telle attente est légitime, car fondée sur une règle de conflit de lois, de même qu’elle est objectivement vérifiable, car elle s’est extériorisée par le double comportement consistant, pour un particulier, à offrir de remettre le bien litigieux à l’autre et, pour celui-ci, à l’accepter. Or si l’Espagne et la France, à défaut de désignation par les parties de la loi applicable, adoptent comme facteur de solution du conflit de renvoi les attentes communes des parties, il ne sera pas nécessaire de saisir un juge pour savoir comment, c’est-à-dire au profit de quelle loi, ce conflit franco-espagnol de renvoi est tranché. Qu’il soit espagnol ou français, le tribunal saisi résoudra le conflit de renvoi en faveur de la loi espagnole – qu’il retiendra donc comme régissant la relation en question – du fait de sa conformité aux attentes concrètes, légitimes, convergentes et objectivement vérifiables des parties. Le procès peut demeurer à l’état virtuel et la relation juridique peut se réaliser en dehors des prétoires : l’épouse renoncera en définitive à demander la restitution et exercera en revanche le cas échéant les prérogatives que lui accorde la loi espagnole.

Il paraît possible de conclure que lorsque les attentes des parties sont concrètes, légitimes, convergentes et objectivement vérifiables, elles peuvent, à défaut d’exercice du pouvoir de désignation, constituer un critère raisonnable de solution du conflit de renvoi. Lorsque de telles conditions ne sont pas réunies, le critère que fournit l’autonomie individuelle pour arbitrer un jeu de désignations croisées ne saurait fonctionner et il ne reste qu’à se replier sur un critère objectif.

§ 2. Principe de proximité

159. Qualités et travers de la proximité. Le principe de proximité ne suscite pas de perplexités particulières quant à son contenu, et à sa logique de fonctionnement⁵⁴⁸, puisqu’il traduit l’un des éléments les plus fermes de ce qu’il est convenu d’appeler la justice du droit international privé, laquelle consiste largement à soumettre une relation internationale privée à la loi de la communauté étatique à laquelle elle est le plus significativement liée⁵⁴⁹. C’est, en tout cas, l’idée qui sous-tend les règles de conflit classiques génératrices du renvoi, encore que celles-ci s’efforcent d’individualiser, et de valoriser, le facteur qui, du point de vue de chacun des États qui les édictent, est le plus apte à désigner la loi la plus proche à l’égard d’une catégorie *abstraite* des relations privées transfrontalières qu’il souhaite régler⁵⁵⁰.

L’analyse du conflit potentiel de lois en un conflit potentiel de prétentions étatiques – à régir un conflit interindividuel d’abord potentiel – révèle au demeurant peut-être le plus clairement le bien-fondé de la proximité. En effet, la prétention d’un État A à ce que sa propre loi, et partant le mode du *suum cuique tribuere* interindividuel que celle-ci consacre, soient appliqués à la relation privée internationale AB est plus légitime que la prétention d’un État B à ce que sa propre loi, et partant son propre critère de prévention ou solution du litige entre particuliers, soient appliqués à la même relation, dès lors que celle-ci participe plus significativement à la société de A et moins significativement à la société de B, et inversement. Il s’ensuit que la prétention avancée par l’un des particuliers en s’appuyant sur la vocation de la loi de l’État A à régir la relation internationale AB est plus légitime que la prétention avancée par l’autre partie en s’appuyant sur la vocation de la loi de l’État B, dès lors que la relation

⁵⁴⁸ En subordonnant au test de la proximité l’application de la loi du for aux relations interindividuelles prises dans un conflit de renvoi, l’on échapperait au reproche consistant en ce que, « fondé sur la constatation des appréciations divergentes de la localisation... [le renvoi] ne fait qu’ajouter les appréciations abstraites de la localisation qui sont inhérentes aux règles de conflit » (J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 237). On ne peut non plus soutenir qu’ainsi aménagé, le renvoi soit « de nature à modifier notre conception du rattachement juste et utile », s’il est vrai que « la méthode savignienne n’oblige jamais le juge à prendre automatiquement une décision qui s’écarterait de la philosophie qui l’encadre » (G. Goldstein / E. Groffier, *D.i.p.*, p. 82), une telle mise en œuvre sélective du renvoi permettant à l’État qui y souscrit de « tendre à une meilleure localisation du rapport de droit » (É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 201), tandis que, si on l’accepte purement et simplement, l’on ne peut point le soutenir. À propos de la règle de conflit de lois bilatérale et de celle incorporant le principe de proximité, Y. Lequette (« Renvoi », n° 47) déclare que « toutes deux... reposent sur l’idée de proximité » ; cf. F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 93.

⁵⁴⁹ Entre tous, B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 194, pour qui « la règle de conflit de lois... indique par l’entremise d’un rattachement quel est, pour un type donné de question de droit, l’ordre juridique avec lequel celle-ci entretient les liens les plus étroits ».

⁵⁵⁰ Sur une telle nature abstraite, v. A. Flessner, *Interessenjurisprudenz*, p. 92 ; K. Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, Berlin, 1981, p. 200-204 ; G. Kegel, « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », *Festschrift H. Lewald*, Basel, 1953, p. 270.

en cause est plus significativement intégrée au milieu social et économique de l’État A qu’elle ne l’est au milieu social et économique de l’État B.

L’adoption du principe de proximité pure est propre à remédier à la relativité du rattachement qu’un État estime le plus significatif *in abstracto*. C’est là, en effet, sa vertu la plus bienfaisante⁵⁵¹. Celle-ci reflète la supériorité de la justice concrète sur la justice abstraite sous l’angle strict de l’attribution de ce qui revient à chacun. L’objection essentielle que l’on adresse au recours à la proximité sur le plan des règles de conflit de lois est celle-là même que s’attire l’emploi de la justice du cas concret ou équité (*Einzelfallgerechtigkeit*) et se ramène à l’imprévisibilité⁵⁵², et donc à l’insécurité, qu’entraîne sa mise en œuvre⁵⁵³. On évoque aussi la crainte que la proximité à l’état pur ne fournisse aux juges, auxquels elle octroie en effet une bonne part de discrétion, le prétexte normatif pour succomber à la tentation de se replier sur la loi du for⁵⁵⁴. Il semble bien que, si de telles réserves n’apparaissent pas dénuées de fondement en cas de concordance des règles de conflit des États impliqués (A), elles perdent jusqu’à la dernière parcelle de pertinence lorsque la proximité pure est mobilisée en vue d’échapper aux travers d’un conflit de renvoi (B).

A – Proximité et absence de conflit de règles de conflit

160. Prévisibilité perturbée par la proximité. Le défaut de prévisibilité du Droit est, on l’a vu, regrettable en ce qu’il empêche les particuliers de connaître les droits et les obligations résultant des relations qu’ils nouent⁵⁵⁵. Les activités transfrontières des hommes et des femmes et leur développement fécond sont ainsi découragés au mépris de la fonction facilitatrice du droit privé⁵⁵⁶. Sans doute, si la relation se crée malgré une telle imprévisibilité, la voie judiciaire reste ouverte à ceux qui y participent pour que sa teneur soit établie. Mais ce

⁵⁵¹ H. Dietzi, « Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen IPR », *Festgabe zum schweizerischen Juristentag*, 1973, p. 49 s. ; cf. G. Maridakis, « Rapport », p. 46 s.

⁵⁵² En ce sens, p. ex., W. Wengler, « L’évolution moderne du droit international privé », p. 667 ; L. Barnich, « La clause d’exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé », *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruxelles, 2004, p. 67 ; Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.i.p.*, n° 134 ; F.X. Morisset, « Le renvoi de proximité », p. 1727. C’est aussi la critique adressée à la technique du groupement des points de contacts : B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », p. 241. Cf. le Conseil d’État belge, avis n° 29/210/2, Doc. parl., Sén., sess. ord., 2001-2002, n° 2-1225/1, p. 272.

⁵⁵³ C’est bien pour mettre l’idéal de la proximité à l’abri de ces inconvénients majeurs que la tradition encourage un État à sélectionner un rattachement prédéterminé, un seul, en l’incorporant dans une règle de conflit de type classique. Le fait que la loi qu’il désigne puisse ne pas être la plus proche dans certaines espèces constitue la rançon inévitable, donc pour lui acceptable, que la prévisibilité et la sécurité exigent de la justice individuelle-proximité. Pour une telle analyse à propos de l’affaire *Forgo*, v. *infra*, n° 273.

⁵⁵⁴ Ch. Pamboukis, « Les clauses d’exception en matière de conflit de lois et conflit de juridictions », *Rev. hell.*, 1994, p. 476 ; L. Barnich, « La clause d’exception », p. 68 ; cf. P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 124.

⁵⁵⁵ *Supra*, n° 75 et 79.

⁵⁵⁶ *Supra*, n° 75.

serait évidemment grand mal si les justiciables étaient toujours contraints de se faire un procès pour savoir quels sont les effets que leurs actes ou faits engendrent dans leur sphère juridique. Il faut, dans la mesure du possible, qu’ils tiennent cette connaissance directement des règles abstraites⁵⁵⁷, d’origine législative ou jurisprudentielle, ce qui suppose que le contenu de celles-ci leur soit accessibles avant tout potentiel litige de telle sorte que la nécessité d’un procès devienne exceptionnelle, celui-ci pouvant le plus souvent évoluer à l’état virtuel.

Or, lorsque l’État A et l’État B retiennent le même rattachement – et qu’à propos d’une espèce déterminée, celui-ci se réalise, par exemple, au profit de l’État B – la prévisibilité est assurée puisque les parties à la relation en cause sont à même de prévoir que c’est la loi de B qui les régit chez l’un autant que chez l’autre État. Si les États assortissent leurs règles de conflit de la faculté reconnue à leurs autorités judiciaires de retenir une autre loi, et notamment, dans l’exemple, la loi de l’État A, dès lors qu’elles estiment que cette autre loi est celle à laquelle la relation interindividuelle en cause est plus significativement rattachée *in concreto*, l’inconvénient reproché à la proximité apparaît avec éclat. Si les parties ont effectivement prévu l’application de la loi de l’État B désignée par les règles de conflit des deux États – prévision légitime car fondée sur ces règles –, l’usage de la proximité au profit de la loi de l’État A risque de méconnaître une telle prévision et de mettre en déroute l’organisation qu’elle avait le cas échéant inspirée aux parties. À l’instant où les parties s’interrogent pour la première fois sur la loi applicable et qu’un scrupule d’exégète les incite à tenir compte de la disposition, fondée sur la proximité, autorisant les juges de l’État A et de l’État B à retenir une loi autre que celle de l’État B désignée à la fois par la règle de conflit de l’État A et celle de l’État B, la prévisibilité de la loi applicable que leur assure une telle concordance s’en trouve perturbée car plane sur elles le spectre de la proximité.

Reprenons la succession d’un Allemand domicilié en Espagne, dont on sait que les règles de conflit espagnole et allemande la soumettent à la loi allemande de la nationalité du *de cujus*. Si l’Espagne et l’Allemagne ouvrent à leurs juges la faculté d’écarter loi allemande en faveur de la loi espagnole lorsqu’il résulte de l’ensemble des circonstances que la loi espagnole est plus significativement rattachée que la loi allemande, l’incertitude quant à la loi qui crée et façonne les droits, les pouvoirs, les obligations et les charges dans un certain nombre d’hypothèses menace de s’installer pour toutes les parties concernées. Désireux d’établir un testament ou un pacte successoral conformément à la loi allemande,

⁵⁵⁷ *Supra*, spéc. n° 43 et 79. Cf. É. Agostini, *L’application des règles de conflit étrangères*, p. 112 qui déplore la recherche d’une « justice d’espèce... laissant les justiciables sans règle de conduite, pour leur réserver la surprise, peu importe qu’elle soit bonne ou mauvaise, d’un dispositif judiciairement imprévisible » ; cf. B. Audit, « Le droit international privé en quête d’universalité », p. 330 ; G. Droz, « Regards », p. 308 et P. Picone, « Autonomia della volontà », p. 533, qui, à propos de l’art. 29 de la loi de réforme italienne, évoque les « incertezze e insicurezze che solo la pronuncia di un giudice potrà spesso risolvere in via definitiva ».

notre *de cuius* – dont on supposera qu’il a épousé une Espagnole avec laquelle il a vécu en Allemagne d’abord et ensuite en Espagne, où se trouve une part significative de ses biens – hésitera à le faire car il se peut que la loi allemande soit finalement écartée au profit de la loi espagnole par un juge qui devait être saisi par l’un des intéressés. Une fois la succession ouverte, les successibles ne bénéficieront pas non plus d’une certitude raisonnable et seront tentés de faire éliminer l’incertitude par un juge. La litiogisité s’en trouve encouragée. Il se peut bien sûr que la loi espagnole possède réellement des titres plus forts à régir la succession, comme ce serait vraisemblablement le cas s’agissant d’un Allemand qui s’est installé dans sa jeunesse en Espagne, a travaillé dans ce pays, s’y est marié et y a accumulé des richesses. L’on sait cependant que la règle de droit générale et abstraite conduit à se contenter d’une justice qui, dans certains cas, se révèle sous-optimale afin de garantir, dans ces mêmes cas, ainsi que dans bien d’autres, la prévisibilité du Droit, elle-même concourant à nourrir l’idée de justice. Il en va bien différemment dans les situations de renvoi.

B – Proximité et conflit négatif de règles de conflit

161. Prévisibilité et justice plus affinée favorisées par la proximité. Par le rattachement unique prédéterminé qu’il élève à la dignité de facteur de désignation du droit applicable, un État se prive de l’*Einzelfallgerechtigkeit* que viserait la recherche de la loi la plus significativement rattachée *in concreto*. Le renoncement à une répartition des droits et obligations mieux ajustée aux particularités de chaque espèce est consenti par lui au nom de la prévisibilité du Droit⁵⁵⁸. Autant dire qu’il est ordonné à une fin. Or, lorsque loin de le rapprocher de la fin à laquelle il est asservi, un tel sacrifice en détourne l’État qui s’y livre du fait que, la rigidification du rattachement étant le fruit de son appréciation subjective, elle se heurte à celle, procédant d’une appréciation également subjective, que réalise l’État étranger et produit ainsi imprévisibilité pour les justiciables, un tel sacrifice sous l’angle du *suum cuique tribuere* perd sa justification la plus puissante. Il en est d’autant plus sûrement ainsi que l’une des voies pour reconquérir la certitude consiste précisément à s’en remettre à l’identification de la loi de l’État avec lequel la relation interindividuelle présente les liens les plus étroits. Pour paradoxal que cela puisse paraître, la poursuite de la prévisibilité et de la sécurité juridique préjudiciaire peut passer, dans les situations de renvoi, par la quête d’une justice de proximité plus sophistiquée⁵⁵⁹. Il convient, pour mieux le comprendre, de distinguer selon que

⁵⁵⁸ *Supra*, n° 89, et littérature citée. Adde G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., Stuttgart, 1963, p. 181 ; H. Henkel, *Die Einführung in die Rechtsphilosophie*, p. 337 ; H. Kelsen, *Ann. IDI*, 1957, p. 125 ; K. Zweigert, « Die dritte Schule », p. 51.

⁵⁵⁹ Ce qui est au demeurant illustré par l’évolution qu’a vécue le droit international privé des contrats. La recherche des liens les plus significatifs a été adoptée en tant que facteur objectif de désignation de la loi applicable par la Convention de Rome de 1980. Or, s’il y a bien un domaine où l’importance de la prévisibilité du droit est souvent soulignée, c’est bien celle des contrats, qui constituent même l’archétype des situations *ex lege* (v. L. Kramer, « Rethinking Choice of Law », p. 330 ; P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 65). Si l’on remonte assez loin dans la genèse de la Convention de

la loi vers laquelle dirige la proximité pure est suffisamment déterminable à l'avance (1), ou peut en revanche prêter à controverse (2). On dira, enfin, un mot des rapports entre proximité et « lexforisme » (3).

1. *La loi désignée par la proximité pure est déterminable à l'avance*

162. Meilleure justice et plus grande sécurité. Rappelons d'abord que la proximité interviendrait, dans le système ici envisagé, subsidiairement au pouvoir de désignation, si bien que les justiciables peuvent, avant la naissance de la relation et à tout instant ultérieur, se ménager une prévisibilité à toute épreuve, en fixant leurs prévisions avec l'assurance qu'elles seront respectées⁵⁶⁰. À défaut d'accord interindividuel préjudiciaire sur la solution du conflit de renvoi, l'expérience montre que, dans un nombre non négligeable de cas, l'ensemble des attaches par lesquelles une situation donnée est intégrée au milieu social et économique d'un des États « co-intéressés » est objectivement plus significatif que le lien global qui la rattache à la société dont a la charge l'autre État. La façon dont le conflit de renvoi sera tranché par les tribunaux de l'un ou de l'autre État est alors raisonnablement prévisible avant tout procès, l'appréciation de la proximité ne risquant pas de varier selon les préférences subjectives du juge saisi. La saisine peut alors – du moins aux fins de la détermination de la loi applicable – demeurer virtuelle. Aussi bien, le recours à la proximité aboutit à *prévenir*, c'est-à-dire à trancher par avance, dans de telles hypothèses, le conflit de lois, tandis que l'adhésion des deux États à la thèse ou à l'antithèse rendrait l'ouverture d'un procès en toute hypothèse indispensable afin de le voir supprimé. C'est dire que la proximité apporte ici une solution qui n'est pas seulement plus désirable sous l'angle de la justice dite conflictuelle, mais qui l'est également sur le terrain de la sécurité juridique préjudiciaire.

Soit un conflit de renvoi franco-bavarois frappant la succession d'un Bavarois ayant eu son domicile d'origine en Bavière et sa résidence habituelle et son do-

Rome, on découvre que celle-ci naît du moins entre autres du besoin d'assurer prévisibilité et sécurité dans un espace européen caractérisé par un défaut remarquable d'homogénéité quant au rattachement objectif à retenir – lieu d'exécution, lieu de conclusion, pays de nationalité commune, lieu de la résidence du débiteur... – et par l'incertitude préjudiciaire de la loi applicable qu'une telle diversité générerait fréquemment, incertitude qu'il était loisible à un contractant de trancher *a posteriori* et à son profit en saisissant le tribunal d'un État souscrivant à un rattachement désignant la loi pour lui plus favorable. Le recours au principe de proximité a été jugé par les rédacteurs marquer un progrès au regard de la prévisibilité de la loi applicable.

⁵⁶⁰ Cf. P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 65 selon lequel, « dans ces domaines [contrats, régimes matrimoniaux, successions], la clause d'exception qui sacrifie la certitude à la proximité n'est acceptable que si elle trouve sa contrepartie dans la possibilité pour les sujets de droit de rétablir la certitude par un choix de la loi applicable, lui-même à l'abri de toute correction » ; si bien que, pour lui, « [l']e principe de proximité avec... le contrepois de l'autonomie de la volonté, apparaît compatible avec le besoin de certitude, ramené à ses justes proportions » ; en ce sens N. Watté / C. Barbé, « Le nouveau droit international privé belge », p. 900 (« la volonté des parties constitue donc un complément nécessaire au principe de proximité »). Cf. P. Vallindas, *Ann. IDI*, 1957, p. 99 ; P. Picone, « Autonomia della volontà », p. 535 ; I. Viarengo, *Autonomia della volontà*, p. 60.

micile de fait en France. Le *de cujus* a passé plus de soixante ans en France, où il s’est marié avec une Française fortunée, il n’a jamais travaillé ailleurs qu’en France (il a d’ailleurs pendant un temps été au service de l’État français), il tient l’essentiel des biens qu’il laisse à son décès, tous situés en France, du patrimoine, de provenance française, de sa femme décédée peu avant lui⁵⁶¹. Or, il semble certain que, si la France adopte, pour trancher le conflit de renvoi, la proximité concrète et que la Bavière en fait autant, il est, avant la saisine d’un juge, français ou bavarois, raisonnablement prévisible pour tout intéressé que le tribunal devant lequel l’affaire sera portée, qu’il soit français ou bavarois, identifiera la proximité du côté de la loi française, qui détient les titres *objectifs* (au sens de ne se prêtant pas à des appréciations *subjectives* divergentes) les plus sérieux *in concreto*, si que bien la prétention privée fondée sur la loi française paraît en l’espèce et dans l’absolu plus légitime que la prétention privée fondée sur la loi bavaroise. Il n’est pas besoin dans de tels cas pour les justiciables de se faire un procès pour savoir vers quelle loi s’oriente la proximité pure⁵⁶².

D’autres cas sont caractérisés par un équilibre *a priori* des indices pertinents de localisation. Tournons-nous vers ces autres hypothèses.

2. La loi désignée par la proximité pure n’est pas déterminable à l’avance

163. Triomphe de la justice individuelle. L’anticipation de la loi qu’un juge retiendrait s’il était saisi est plus délicate car une telle sélection renferme ici une part de discrétion, c’est-à-dire de subjectivité, de la part de celui à qui elle est confiée. La supériorité d’une règle de conflit de renvoi adoptant la proximité pure sur celle qui accepte le renvoi, tout autant que sur celle qui le refuse n’en est pas moins incontestable et se laisse ici de nouveau constater sur le terrain à la fois de la justice individuelle et de la prévisibilité.

Quant au premier point, alors que la thèse et l’antithèse habilite le plaideur le plus rapide – qui est souvent aussi le plus fort – à trancher en se laissant guider par son plus grand profit au plus grand détriment de l’autre partie⁵⁶³, la synthèse prend soin de s’assurer qu’une autorité judiciaire, dans ces situations d’incertitude objective préjudiciaire, statue sur le conflit international de lois, et détermine quelle est la loi des deux États « co-intéressés » qui possède les titres prépondérants à se réapproprier la vocation à trancher le conflit d’intérêts privés – vocation que chacun des États avait commencé par sacrifier moyennant sa règle de conflit qui désigne la loi de l’autre⁵⁶⁴. C’est en-

⁵⁶¹ Ce sont, bien sûr, les faits de l’affaire *Forgo* : v. *infra*, n° 245.

⁵⁶² Pour une telle lecture des décisions *Forgo*, v. *infra*, n° 273.

⁵⁶³ *Supra*, n° 94. Adde H. Batiffol, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kolléwijn et Offerhaus*, Leyde, 1962, p. 55 (« il n’est pas admissible que la substance des droits des parties dépende du choix de l’une d’elles ») ; A. T. Von Mehren, « Special Substantive Rules for Multistate Problems : Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology », 88 *Harv. L. Rev.* 347 (1974-1975), p. 353.

⁵⁶⁴ Selon J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 57, « rien n’est plus inopportun que... [l’]incertitude juridique » résultant de l’imprécision des rattachements subsidiaires, dont P. Lerebours Pigeonnière entendait laisser à la jurisprudence l’identification (*Précis*, 6^e, n° 259, cité par J. Derruppé).

fin entre les mains d'un juge qu'est remise la balance de la Justice : c'est à lui qu'il revient de jauger le poids des prétentions étatiques à la réappropriation de la vocation de leur loi, d'établir de quel côté penche le *Schwerpunkt* et par cette voie d'établir aussi et, surtout, quelle est, des prétentions incompatibles que lui soumettent les plaideurs – dont l'un se réclame de la vocation de la loi de A et l'autre de celle de la loi de B –, la prétention la plus légitime, celle qui vise à satisfaire l'intérêt privé qui pèse plus lourd et qui est dès lors le plus digne d'être protégé par le Droit. C'est là le triomphe de la Justice.

164. Apport de la décision de justice à la prévisibilité d'espèces futures. Pour ce qui est de la prévisibilité, rappelons d'abord la vérité, déjà plusieurs fois évoquée, d'après laquelle il répond aux prévisions naturelles des justiciables que c'est par la détermination d'un sujet tiers que viendra à être tranchée toute incertitude préjudiciaire objective s'élevant entre eux à propos de l'identification des règles qu'ils doivent observer⁵⁶⁵. On peut même sans doute soutenir qu'une telle conviction spontanée – au nom de laquelle d'ailleurs les humains bien souvent s'épargnent la peine d'étudier au préalable l'ensemble des effets juridiques découlant ou pouvant découler de leurs conduites – est propre à leur ménager une parcelle incompressible de sécurité.

Mais il y a bien davantage. Les situations d'imprévisibilité de la loi applicable dont il est ici question, du fait qu'elles sont tranchées par les *décisions d'un juge* s'inspirant de la justice, et non pas par la *saisine du juge* qu'inspire la maximisation de l'intérêt de la partie qui le saisit, contribuent à la prévisibilité de la loi qui sera appliquée aux relations privées semblables qui surviendront à l'avenir. Par le regard prospectif qu'impose son esprit universel, la norme décisionnelle, se combinant notamment à d'autres normes du même type, participe à la formation progressive d'un principe voué à gouverner les espèces futures, ici les situations analogues quant à la répartition des indices pertinents aux espèces que vise le volet rétrospectif de telles normes. Dans telle situation de renvoi, c'est l'accumulation de tels facteurs qui a été jugée prépondérante, dans telle autre, c'est telle autre combinaison qui l'a emporté... Relayée par le travail d'interprétation de la doctrine, la jurisprudence tendra alors à édifier des sous-catégories d'hypothèses de renvoi et par là même des présomptions : entre le rattachement *x* et le rattachement *y*, c'est en faveur de la loi où se localise le rattachement *z*, ou le cumul des contacts *z*¹ et *z*², que joue présomptive-

pé). Or, il y a quelque chose qui est « plus inopportun » : que la « substance des droits des parties dépende du choix de l'une d'elles » (v. note précédente). On a pu souligner que le défaut d'une sécurité absolue pouvant résulter de la proximité est de nature à encourager les solutions amiables et décourager les litiges (L. Kramer, « Return of the Renvoi », p. 1017), tandis que la certitude de l'existence du conflit de renvoi et de la possibilité pour chacun des intéressés de le trancher en sa propre faveur en saisissant un tribunal plus vite que l'adversaire favorise précisément la saisine, c'est-à-dire l'instauration d'un procès (G. Droz, « Regards », p. 308).

⁵⁶⁵ *Supra*, n° 31 et 94 ainsi que *infra*, n° 390. Cf. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 488, pour qui l'« uniformité et la continuité du traitement juridique d[u] rapport » assure le « respect des prévisions légitimes des parties ».

ment la proximité pure. De telles présomptions constituent autant de repères pour les parties et pour les juges et pourront, lorsqu’elles sont suffisamment identifiables, être consacrées dans des dispositions législatives. Certes, celles qu’élaborent les tribunaux d’un État peuvent être différentes de celles que développent les tribunaux d’un autre État. Lorsque les lois de deux États dont la jurisprudence a mis au point des présomptions divergentes s’affrontent en conflit de renvoi, c’est alors à un niveau supérieur, au niveau du conflit des règles sur le renvoi, que la coordination devra être recherchée. L’expérience montre cependant que les tribunaux des deux États dont les lois sont souvent en conflit de renvoi inclinent à élaborer ensemble un principe, ou une série de principes, pour le trancher⁵⁶⁶. Retenons, en tout cas, que chaque décision mettant en œuvre la proximité tend à accroître le nombre d’espèces dont on peut prévoir avec une certitude raisonnable comment le conflit de renvoi qu’elles suscitent sera tranché par un tribunal, si bien que la nécessité de « saisir pour savoir » décroît à proportion. La justice concrète procurée par le travail de la jurisprudence se met aussi au service de la mise au point d’une justice qui, en sus d’être plus affinée, gagne peu à peu en abstraction et en prévisibilité.

C’est là, avons-nous dit plus haut⁵⁶⁷, le processus naturel de croissance du Droit par une sorte d’autoalimentation à cycle continu : des règles abstraites plus générales aux normes concrètes, de celles-ci aux règles abstraites plus précises, et ainsi de suite. C’est là la tendance invincible du Droit vers le progrès – lent peut-être, mais incessant – sur le terrain à la fois de la justice et de la prévisibilité de ses solutions. La proximité ainsi entendue prend place à l’intérieur de ce processus naturel auquel elle donne son apport. La thèse et l’anti-thèse bloquent une telle évolution et condamnent les deux États en conflit de renvoi à l’involution car elles obligent générations des justiciables à se faire un procès, sans que ceux qu’ont engagés leurs prédécesseurs et les décisions qu’ils ont obtenues aient servi à former un principe que leurs semblables peuvent tenir pour base de leur prévisions et pour norme de leurs conduites.

Il reste à examiner la critique du « lexforisme ».

3. Proximité et « lexforisme »

165. Proximité comme moyen de combattre le *Heimwärtsstreben* que prescrit la thèse. Quant à l’idée que la proximité inciterait les juges d’un État à pencher trop facilement vers la loi de cet État, il semble qu’il s’agit là effectivement d’une dérive à conjurer lorsque la loi étrangère désignée l’est également par l’État qui l’édicte, la prévisibilité et la sécurité qu’assure une telle concordance pouvant être mises à mal par un tel « lexforisme ». Dans les hypothèses de ren-

⁵⁶⁶ C’est alors une règle de renvoi non seulement *bilatéralisable*, mais proprement *bilatérale* – ou *bilatérale* non seulement quant à sa *forme*, mais également quant à sa *source* – qui voit progressivement le jour, car élaborée par les normes décisionnelles prononcées par les organes judiciaires de l’un et l’autre État : v. *supra*, n° 100 et *infra*, n° 372.

⁵⁶⁷ *Supra*, n° 85, 89 et 93.

voilà, qui seules nous intéressent, la mise en œuvre de la proximité aurait, par contraste, pour effet précisément d’endiguer le *Heimwärtsstreben* que favorise et même commande aux juges la thèse de l’acceptation du renvoi⁵⁶⁸. À supposer même que les tribunaux soient enclins à s’emparer de la proximité pour se rabattre sur la loi du for dans les hypothèses d’équilibre des liens – rien ne changerait dans ces situations par rapport à la thèse –, la proximité que préconise la synthèse marquerait une avancée importante dans la lutte contre le « lexforisme » prôné par la thèse dans les hypothèses où la prépondérance des liens que la relation interindividuelle à régler présente avec l’État désigné est à tel point nette qu’elle ne saurait être méconnue par les juges, qu’ils soient de l’un ou de l’autre État « co-intéressé ».

La succession d’un Britannique domicilié en Espagne évolue dans l’imprévisibilité de la loi qui s’y applique et l’acceptation bilatérale du renvoi tout autant que le refus bilatéral ne font que perpétuer une telle imprévisibilité. Pour dissiper celle-ci, la saisine du juge est, dans le système préconisé par la thèse et par l’antithèse, toujours nécessaire mais la décision du juge ne l’est jamais, car la saisine suffit à résoudre le conflit de renvoi et éliminer l’incertitude. Prévisibilité et justice du cas concret sont ainsi malmenées. Il en va différemment dès lors que l’Espagne et l’Angleterre acceptent de faire trancher le conflit de renvoi par appel à la proximité. Notons, d’abord, que les cas dans lesquels les intéressés seraient à même de prédire à l’avance vers laquelle des lois en renvoi pointe la proximité ne sont pas quantité négligeable. Si, par exemple, en raisonnant sur une configuration statistiquement récurrente, les biens successoraux de plus forte valeur sont situés en Angleterre, que le *de cuius* n’a passé en Espagne que les dernières années de sa retraite et sa seconde épouse et les enfants du premier lit, tous Britanniques, n’ont pas d’attaches significatives avec la société espagnole, il est suffisamment prévisible pour le *de cuius* – à l’heure où il commence à s’inquiéter du sort que son trépas imprimera à ses biens – ainsi que pour ses proches, avant et après l’ouverture de la succession, qu’autant un juge espagnol qu’un juge anglais localiseraient le « centre de gravité » des rapports successoraux du côté de l’Angleterre⁵⁶⁹. Du point de vue espagnol, la règle de renvoi retenant la proximité aurait pour effet de réduire le « lexforisme » qu’entraîne la règle qui accepte systématiquement le renvoi à la loi espagnole. Si le *de cuius* s’est installé très tôt en Espagne, qu’il s’est marié à une Espagnole et a exercé l’essentiel de ses activités professionnelles en Espagne, que ses biens ont une provenance majoritairement espagnole et ses enfants ont toujours habité l’Espagne⁵⁷⁰, que ce soit le juge anglais ou le juge espagnol qui tient la balance et effectue la pesée des liens de proximité, celle-ci devrait bien tourner à l’avantage de la loi espagnole. Dans un cas comme dans l’autre, la mise en œuvre du principe de proximité pure aboutit à une solution raisonnablement prévisible – bien plus que la mise en œuvre bilatérale du renvoi ou du refus du renvoi, dont la solution n’est prévisible qu’à partir de l’introduction d’une ac-

⁵⁶⁸ W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 86.

⁵⁶⁹ *Infra*, n° 363.

⁵⁷⁰ Cf. l’affaire *D. Thomas A.*, sur laquelle v. *infra*, n° 352.

tion en justice – et plus juste sous l’angle de l’*Einzelfallgerechtigkeit*, entendre : plus juste non seulement comparée à celle que livrent la thèse et l’antithèse, mais également à celle qui se dégage de l’application d’une règle de conflit de lois à rattachement unique. Et de fait, dans le premier cas, la prétention de l’Angleterre à se réapproprier la vocation de sa loi et à trancher par sa vision de la justice successorale le conflit de prétentions entre l’épouse survivante et les enfants, c’est-à-dire à donner gain de cause à l’épouse dès lors qu’elle se réclame de la loi anglaise, laquelle valide le legs universel fait en sa faveur, est objectivement plus légitime que la prétention de l’Espagne à se réapproprier la vocation de sa loi et prêter main-forte à la prétention des enfants, qui réclament la réserve que leur reconnaît la loi espagnole. Inversement, dans le deuxième cas, c’est la vocation de la loi espagnole, et par conséquent la prétention des enfants à se réclamer d’une telle loi et à recueillir la réserve, qui pèse plus lourd que la vocation de la loi anglaise et la prétention de l’épouse survivante à se réclamer de la vocation d’une telle loi et retenir l’ensemble des biens compris dans la succession. Dans d’autres situations, il sera moins aisé de prédire quelle est la loi au profit de laquelle un tribunal, s’il est saisi, pencherait. Ainsi du cas où le *de cuius* a habité pendant plusieurs décennies en Espagne, que ses biens sont distribués entre l’Espagne et l’Angleterre et que sa seconde épouse est Espagnole alors que ses enfants sont Britanniques. Il est plus conforme au concept universel du Droit que, dans de tels cas d’équilibre des liens et donc d’équilibre du poids des deux prétentions avancées par les particuliers, c’est un juge qui prononce le dernier mot, en s’appuyant sur son appréciation de la justice du cas concret, et non, par exemple, les enfants au détriment de l’épouse, ce à quoi peut aboutir l’acceptation bilatéralisée et le refus bilatéralisé du renvoi. Le tribunal exercera sa discrétion et tranchera de la manière qui lui semble la plus équitable. Il n’est certes pas exclu que le juge espagnol concrétise la proximité au profit d’une loi et que le juge anglais la concrétiserait au profit de l’autre. On sait que, s’agissant de la mise en œuvre d’une clause générale et ouverte, deux juges d’un même pays, et même deux magistrats siégeant au sein d’une même cour, peuvent entretenir deux opinions différentes quant à sa concrétisation. Ce n’est pas pour autant que la solution cesse d’être juste. Notons au demeurant qu’une certaine inclination du juge d’un État à localiser la proximité en faveur de sa propre loi dans ces cas de liens *a priori* substantiellement équivalents n’est pas sérieusement reprochable au mécanisme envisagé par tous ceux qui préconisent une acceptation généralisée du renvoi en matière successorale. Les décisions rendues par les juges espagnols et britanniques sur le fondement de la proximité peuvent servir à mettre au point une directive générale sous la forme, à tout le moins, d’une *présomption*, ou d’une *série de présomptions*, qui dégageraient plusieurs catégories en fonction par exemple des attaches des successibles ou du lieu de situation des biens. De telles présomptions sont susceptibles de faire l’objet d’une disposition législative spéciale sur le renvoi en matière successorale, qui viendrait compléter la disposition législative générale sur le renvoi, laquelle poserait en principe que le conflit de renvoi devrait être tranché au profit de celle des lois en conflit avec laquelle la relation interindividuelle qu’il frappe présente les liens les plus significatifs. Formulée pour le compte de l’Espagne, une telle disposition législative spéciale pourrait, par exemple, énoncer « qu’en cas de conflit de renvoi entre la nationalité et le domicile, il est pré-

sumé que la loi la plus significativement rattachée est celle de l’État où se localisent les attaches prépondérantes des biens de la succession ». On verra plus loin que les juges espagnols et britanniques ont depuis longtemps commencé à établir des principes communs de solution des conflits de renvoi hispano-britanniques, en s’inspirant les uns des normes décisionnelles prononcées par les autres⁵⁷¹.

§ 3. Nécessité d’une généralisation des règles de conflit de renvoi proposées ?

166. Décevant progrès ? On peut être tenté de penser que, si les critères proposés ne procurent à l’État A les bienfaits escomptés que si l’État B y adhère de son côté, le progrès est au fond peu perceptible : il est notoire que, souvent, une solution n’est bienfaisante pour l’État qui l’adopte que si elle est généralisée, les problèmes les plus intraitables, dont celui du renvoi, naissant précisément de ce défaut, encore trop répandu, de généralisation. Il convient, pour mieux apprécier ce point, déjà évoqué à propos des antinomies de règles de conflit de renvoi⁵⁷², de distinguer une fois de plus entre la *forme* (A) et la *substance* (B) de la règle de conflit de renvoi que préconise la synthèse.

A – Forme bilatérale de la règle de conflit de renvoi

167. Une force et non une faiblesse. Ne perdons pas de vue que le défaut congénital et communément dénoncé de la règle de conflit de renvoi que proposent la thèse, laquelle, pour trancher un tel conflit, désigne la loi du for, et l’antithèse, laquelle, pour trancher un tel conflit, désigne la loi étrangère, consiste à ne pas être généralisable et plus particulièrement bilatéralisable, autrement dit, à ne pas prévenir le conflit de lois si elle est bilatéralisée. L’on ne saurait donc sans inconséquence discerner une limite de la règle *bilatérale* de conflit de renvoi en ce qu’elle achève de prévenir le conflit international de lois dès lors qu’elle est adoptée par l’autre État. Autrement dit, *on ne saurait voir une faiblesse de la synthèse en ce qu’elle réussit ce qu’on reproche à la thèse et à l’antithèse de ne pas réussir*. La forme bilatérale de la règle sur le renvoi représente la force de celle-ci et marque une avancée peu discutable.

Notons cependant que la coordination peut parfois être également atteinte lorsqu’un seul État adhère à la bilatéralité de la règle sur le renvoi et que l’autre s’en tient à l’acceptation ou au refus du renvoi traditionnels.

168. Un seul État souscrit à la bilatéralité de la règle sur le renvoi. S’agissant du pouvoir de désignation des particuliers, ceux-ci peuvent en effet fort bien user d’un tel pouvoir, que par hypothèse leur offre la seule règle de conflit de

⁵⁷¹ *Infra*, n° 304 et 372.

⁵⁷² *Supra*, n° 123 s.

renvoi de l’État A, afin de s’ajuster à ce que fait en matière de renvoi l’État B. Si l’État B accepte le renvoi et déclare applicable sa loi, il suffit que les parties désignent la loi de l’État B pour que l’État A entérine chez lui une telle désignation ; si l’État B déclare applicable la loi de l’État A en refusant le renvoi, les particuliers, pour exorciser le conflit, auront le loisir de désigner la loi de l’État A, à laquelle l’État A donnera également efficacité chez lui en vertu de leur choix⁵⁷³. Le pouvoir de désignation se heurte ici d’autant moins aux réserves qui l’entourent du point de vue général, que son exercice par les justiciables est vraiment asservi à la seule suppression du conflit de lois : il s’agit en effet d’un choix pratiquement obligé.

Supposons que l’Espagne édicte une règle de conflit de renvoi autorisant le *de cuius* à désigner la loi au profit de laquelle le conflit de renvoi doit être tranché, alors que l’Angleterre prescrit l’acceptation pure et simple du renvoi. Consultant, à l’aide de ses conseils, les règles de conflit espagnole et anglaise, le *de cuius* constate le conflit hispano-anglais de renvoi, ce qui le conduit, toujours assisté par ses conseils, à consulter également les règles de conflit de renvoi espagnole et anglaise. Il apprend que s’il désignera la loi anglaise, qui est compétente du point de vue anglais pour trancher le conflit de renvoi du fait que la règle de conflit espagnole la désigne, l’Espagne accepte elle aussi que sa succession soit régie par la loi anglaise. C’est alors en désignant cette dernière que le *de cuius* réalise la coordination entre les deux États au sujet de la loi applicable à sa succession ; la désignation de la loi espagnole laisserait en revanche entier le conflit hispano-anglais de lois sous la forme ici de conflit de renvoi.

Il est alors tentant de comparer l’efficacité, sous l’angle de leur aptitude à procurer la coordination, des mécanismes de l’acceptation du renvoi et du double renvoi, d’une part, et de l’octroi aux parties du pouvoir de désignation, d’autre part. L’acceptation du renvoi par l’État A ne parvient à l’harmonie que lorsque l’État B rejette le renvoi mais non lorsqu’il l’accepte. En adoptant le double renvoi, l’État A aboutit à trancher le conflit international de lois lorsque l’État B rejette le renvoi, et aussi lorsqu’il l’accepte, mais non lorsqu’il adhère à son tour au double renvoi. Si l’État A remet aux parties le choix entre les deux lois en conflit de renvoi, l’uniformité peut se réaliser à la fois si l’État B accepte le renvoi, s’il le refuse, s’il recopie la position de l’État A, c’est-à-dire leur ac-

⁵⁷³ Sur ce que, de ce point de vue, « l’option de législation marque un progrès par rapport au renvoi », v. F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 371. Sur l’aptitude de l’option de législation à être facteur d’harmonie, v. A. Von Overbeck, « La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé », *Liber amicorum Baron L. Frédéricq*, Gand, 1965, p. 110 ; S. Stojanovic, *Die Parteiautonomie*, p. 75 ; F. Rigaux, « Préface » à J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, p. 8 ; B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 488 ; H. Batiffol, *Ann. IDI*, 1967, p. 489-490 ; G. Kühne, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, p. 33 ; Y. Loussouarn, « La Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Clunet*, 1979, p. 8 ; F. Boulanger, *Les successions internationales*, n° 104 ; K. Siehr, « Konfliktvermeidung », p. 126 ; G. Droz, « Les régimes matrimoniaux en droit international privé comparé », p. 124-125 ; M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 283-284 ; F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 87 ; cf. V. Heuzé, « La volonté en droit international privé », p. 120 ; D. Bureau, « L’influence de la volonté individuelle », p. 300.

corde lui aussi le pouvoir de désigner la loi au profit de laquelle il doit être tranché et enfin, bien sûr, s’il retient lui aussi directement – c’est-à-dire en dehors du mécanisme du double renvoi – la désignation des parties.

Dans l’exemple sus-évoqué, la coordination entre l’Espagne et l’Angleterre est possible non seulement lorsque l’Angleterre accepte le renvoi, mais également lorsque l’Angleterre le refuse – il suffira au *de cuius* de désigner la loi espagnole – et aussi lorsque l’Angleterre imite la position espagnole sur le renvoi et confie au *de cuius* le pouvoir de le trancher, ou qu’elle retient unilatéralement la *professio iuris* sans l’entremise du double renvoi. Dans ces deux derniers cas, la convergence des systèmes est atteinte si le *de cuius* désigne la loi anglaise tout autant que s’il désigne la loi espagnole, le *de cuius* disposant dès lors au plan international d’un véritable choix.

Il serait donc erroné de croire que l’harmonie des solutions n’est réalisable que lorsque les deux États souscrivent à la bilatéralité de la règle de conflit de renvoi. L’adhésion d’un seul État y contribue de manière non négligeable. Il convient d’examiner l’idée voisine qui regretterait que la règle de conflit de renvoi qu’adopte un État A ne puisse fonctionner que si l’État B, non seulement souscrit lui aussi à la forme *bilatérale*, mais bien adopte le *même* critère de solution du conflit négatif de règles de conflit.

B - Substance de la règle de conflit de renvoi

169. Teneur du critère déterminée unilatéralement ou bilatéralement. Voilà qui conduit d’abord à préciser que la règle de conflit de renvoi peut être de *source* bilatérale (1), et à rappeler ensuite en quelle mesure, en cas d’unilatéralité de source, la diversité des facteurs de solution du renvoi pouvant résulter d’une telle unilatéralité est effectivement génératrice de conflit entre les règles sur le renvoi (2).

1. Règles de conflit de renvoi de forme et de source bilatérale

170. Voie bilatérale de résolution des conflits de renvoi. Nous avons jusqu’ici supposé que la règle de conflit de renvoi, encore que de vocation bilatérale, soit, tout comme la règle de conflit de lois, *unilatéralement* posée par chacun des États participant au conflit de renvoi. Il se peut cependant qu’une telle règle soit, non seulement de *forme*, mais également de source *bilatérale* ou *multilatérale*, c’est-à-dire qu’elle résulte de la concertation interétatique, qui peut être bi-étatique ou multi-étatique. Il convient de distinguer selon qu’une telle voie bilatérale ou multilatérale est empruntée par les organes législatifs des États en conflit de renvoi (a), ou bien à l’initiative et grâce au travail de leurs organes judiciaires (b).

a) Voie bilatérale ou multilatérale législative

171. Coordination interétatique par l’intermédiaire des organes législatifs des États à coordonner. Il peut sembler banal d’observer que les États A et B,

susceptibles d’être souvent engagés dans des conflits de renvoi AB par les personnes privées qui donnent naissance à des relations affectant simultanément leurs milieux socio-économiques, ont la possibilité de conclure une convention *bilatérale* (ou, avec d’autres États, C, D, E, etc., une convention *multilatérale*) ayant pour objet le règlement de tels conflits de renvoi, en fixant ensemble, de commun accord, bilatéralement (ou multilatéralement), le principe neutre et supérieur arbitrant la dualité des rattachements que retiennent leurs règles de conflit de lois unilatéralement posées. Le texte consacrant un tel facteur de solution serait négocié par les représentants de chacun des États, et notamment de leurs organes exécutifs, et soumis ensuite à leurs organes législatifs, qui ont le pouvoir d’adopter et de mettre en vigueur des règles générales et abstraites, y compris d’origine conventionnelle, moyennant – pour ce qui est de ces dernières – ratification des traités qui les comportent. Par l’intervention de leurs organes exécutifs, co-auteurs du texte, et de leurs organes législatifs, qui le coratifient, les deux (ou plusieurs) communautés étatiques s’engagent l’une envers l’autre à mettre en œuvre, en cas de conflit négatif entre les règles de conflit qu’elles posent, le critère de solution que retiennent les règles de conflit de renvoi dont elles portent l’une et l’autre la maternité, règles que l’on peut qualifier de *binationales* ou *bi-étatiques* (ou multinationales ou multi-étatiques). Un tel engagement réciproque se réalise pour le plus grand profit des personnes privées qui bénéficieront, d’une part, de la sécurité juridique que leur apportent de telles règles de source législative, bilatérale ou multilatérale, et, d’autre part, de la justice sous-jacente au facteur « tiers » de solution qu’elles retiennent.

Il ne s’agirait pas d’instruments unifiant les *règles de conflit de lois* dont l’élimination de la diversité ferait disparaître les conflits de renvoi lesquels, on le sait, prennent naissance et s’alimentent à une telle diversité. Bien au contraire, il s’agirait des conventions qui *supposent* la diversité des règles de conflit de lois étatiques et *préservent* une telle diversité et, par là, préservent la *liberté* de chacun des États qui y adhèrent de poser *unilatéralement* les règles de conflit de lois qui lui semblent les plus justes. De telles conventions n’interviendraient, en effet, que lorsqu’une telle diversité génère un conflit de règles de conflit qui est tel que chacun des États désigne la loi de l’autre. On voit mal quelles objections les États pourraient élever au principe de telles règles de conflit de renvoi bilatéralement ou multilatéralement formulées car, contrairement aux conventions portant règles sur le droit applicable, elles ne sacrifient pas – insistons-y – la liberté de chaque État, mais organisent de manière rationnelle le recouvrement de celle à laquelle chacun d’eux a commencé par renoncer pour son propre compte au moyen d’une règle de conflit de lois unilatéralement et librement posée par lui.

172. La Convention de La Haye de 1955 : un échec non concluant. Une Convention faite à La Haye le 15 juin 1955, dont on a pu récemment faire l’apolo-

gie⁵⁷⁴, avait pour ambition de trancher les conflits de renvoi mettant aux prises la loi nationale et la loi du domicile⁵⁷⁵. Faute du nombre requis de ratifications, un tel texte n’est pas entré en vigueur. Plusieurs facteurs sont à même d’expliquer l’échec de l’entreprise sans, croyons-nous, remettre en cause le bien-fondé de son inspiration. D’une part, s’agissant de redistribuer la compétence législative entre les deux États du domicile et de la nationalité dont chacun a spontanément renoncé à l’exercer au profit de l’autre, la règle proposée privilégiait systématiquement la vocation de l’État du domicile à se réapproprier une telle compétence et excluait de ce fait systématiquement la vocation de l’État national à en faire de même. Autant dire que la règle de conflit de renvoi proposée n’était pas *neutre* car elle ne s’en remettait pas à un critère impartial et supérieur par rapport aux lois en conflit et aux rattachements qui les désignaient. On comprend donc que les États, et notamment ceux privilégiant la loi du domicile⁵⁷⁶, aient réchigné à y adhérer.

Ainsi, pourquoi, de quel droit dirait-t-on, s’agissant des successions mobilières de ressortissants britanniques domiciliés en Espagne, l’Espagne, qui a commencé par renoncer au profit de l’Angleterre à les soumettre à la loi espagnole, aurait, elle, le pouvoir de toujours se réapproprier sa vocation à les régir et de toujours faire profiter de la loi espagnole la partie privée que celle-ci favorise, tandis que l’Angleterre serait, elle, toujours privée de la possibilité de recouvrer la vocation de sa propre loi et de faire bénéficier de celle-ci le particulier qui s’en réclame ?

D’autre part, il est permis de penser que les rédacteurs, tout comme les auteurs qui avaient jusque-là pris part au débat sur le renvoi, n’ont pas su de manière convaincante montrer aux États – et notamment à la fois, d’une part, aux gouvernements ayant le pouvoir de soumettre le texte négocié à leurs organes législatifs et, d’autre part, aux organes législatifs eux-mêmes, ayant le pouvoir de l’adopter et de le mettre en vigueur – les enjeux profonds du problème, ce qui eût supposé une déjudiciarisation de la perspective, laquelle ne s’était encore pas présentée à l’esprit. N’ayant pas encore été réellement *plaidée*, il est permis de penser que la cause des règles de conflit de renvoi de source bilatérale ou multilatérale n’a pas encore été *entendue* ; et qu’une révisitation du problème du renvoi devrait conduire tout État à ne pas voir d’inconvénients à se lier par un instrument supranational n’ayant pour objet que les conflits négatifs de règles de conflit et s’en remettant à un critère tiers de solution de ces conflits. Nullement invasif pour les raisons sus-évoquées, un tel texte pourrait

⁵⁷⁴ E. Wiltshire, « Renvoi : The Eternal Conflict – England and Spain », 23 *Int’l Legal Prac.* 48 (1998).

⁵⁷⁵ Convention pour régler les conflits entre loi nationale et loi du domicile, faite à la Haye le 15 juin 1955, dont voici le texte de l’« Article premier » : « Lorsque l’État, où la personne intéressée est domiciliée, prescrit l’application de la loi nationale, mais que l’État, dont cette personne est ressortissante, prescrit l’application de la loi du domicile, tout État contractant appliquera les dispositions du droit interne de la loi du domicile ».

⁵⁷⁶ Et qui auraient souhaité recouvrer la vocation de leur loi matérielle – au profit du particulier qui s’en réclamerait – lorsque cette loi matérielle était la loi nationale de la personne concernée.

avoir une portée générale et fixer matière par matière des présomptions en faveur de rattachements ou facteurs autres que ceux que peuvent opposer en chaque domaine les conflits de renvoi, mais l’emploi des principes de l’autonomie et de la proximité représenterait, pour les raisons que l’on a vues, déjà un progrès pour l’accomplissement du Droit dans les relations privées internationales.

173. Unification des règles de renvoi faisant l’économie de celle des règles de conflit de lois. Il est en tout cas inexact de croire – ainsi que l’on s’obstine à le faire encore aujourd’hui – que seule l’unification des règles de conflit de lois, dont l’avènement à l’échelle planétaire demeure, de l’aveu unanime, peu réaliste, est de nature à faire profiter les parties privées et les sociétés étatiques auxquelles elles appartiennent des bénéfices qui résultent de la prévention et de la résolution du conflit international de lois. De même qu’il est possible de gérer les disparités des lois étatiques dites matérielles, c’est-à-dire des facteurs matériels de solution et d’abord de prévention des litiges entre personnes privées qu’elles consacrent, tout en préservant une telle diversité (c’est en effet l’objectif des *règles de conflit de lois*), il est permis de même de tenir pour possible une gestion et par là une *préservation* des disparités des règles de conflit de lois, c’est-à-dire des critères de solution, et d’abord de prévention, des conflits de prétentions étatiques au sens vu plus haut : c’est là l’objectif des règles de conflit de règles de conflit ou règle de conflit à la deuxième puissance. Et il est bien raisonnable de commencer à travailler sur les cas où les disparités entre les règles de conflit de lois sont telles que chacun des États est prêt à renoncer à la vocation de sa loi, puisque pour bien les « gérer » dans ces cas, il suffit à chacun, on le sait, de modérer le sacrifice initialement consenti⁵⁷⁷. En somme, loin d’être regrettable, la généralisation de l’autonomie et de la proximité en tant que facteurs de solution des conflits négatifs de règles de conflit, comme de tout autre critère bilatéral concevable à cet effet, vise à faire l’économie de la généralisation du rattachement au niveau de la règle de conflit de lois et, partant, à maximiser la liberté de chaque État, en ne comprimant celle qu’il pourrait revendiquer que lorsque, du fait qu’elle entre en conflit avec la liberté revendiquée par ses homologues, elle ne serait de toute façon pas effective, elle ne serait pas liberté du tout⁵⁷⁸.

Il est parfaitement envisageable que la Chine et l’Australie fixent bilatéralement, c’est-à-dire de commun accord, et non pas unilatéralement, chacune pour son propre compte, une règle, qui est donc conventionnelle, « bi-étatique », « co-étatique », et plus exactement sino-australienne, de conflit de renvoi, c’est-à-dire une règle sino-australienne qui n’intervient qu’en cas de conflit sino-

⁵⁷⁷ *Supra*, n° 114.

⁵⁷⁸ *Supra*, n° 108-110. Rapp. le constat de Y. Loussouarn, « La dualité des principes de nationalité et de domicile », p. 296, 329, 333-334 et les interventions de H. Batiffol, *ibidem*, p. 354-355, F. Capotorti, *ibidem*, p. 356, J.A. Carillo-Salcedo, *ibidem*, p. 360, P. Gannagé, *ibidem*, p. 361-362, R. Graveson, *ibidem*, p. 372, A. Philip, *ibidem*, p. 374-375.

australien négatif de règles de conflit. Il peut s’agir d’une règle *générale*, applicable aux conflits sino-australiens de renvoi se produisant en toute matière, ou bien d’une règle *spéciale*, visant uniquement les conflits sino-australiens de renvoi s’élevant dans le domaine de la responsabilité civile ou encore d’un *corps des règles spéciales* ajustées aux spécificités de chaque matière ou, du moins, des matières principales. S’agissant de régler le conflit négatif de règles de conflit, la voie bilatérale permettrait à la Chine et à l’Australie de maintenir, notamment dans les affaires mettant en cause l’une d’elles et d’autres États, les règles de conflit de lois que chacune estime les plus justes, c’est-à-dire, en matière d’actes illicites, pour la Chine, celle qui retient la résidence habituelle commune ou la nationalité commune de la prétendue victime et du prétendu responsable et, pour l’Australie, celle qui désigne la *lex loci delicti* sans dérogation en faveur de la loi personnelle commune. Chacun des États en présence accepterait de se lier par une règle *binationale* de conflit de renvoi pour pouvoir profiter de la liberté, sur le plan des conflits de lois, de continuer à se doter de sa règle (*mono*)-*nationale*. Ainsi, lorsqu’un accident entre deux Thaïlandais survient en Australie, et supposant que la Thaïlande souscrit elle aussi inconditionnellement au *locus delicti*, l’Australie peut bien mettre en œuvre sa règle de conflit de lois qui désigne la loi australienne, loi que la Thaïlande déclare elle aussi applicable, si bien que le conflit australo-thaïlandais de lois est résolu au profit de la loi australienne du lieu de survenance, qui est celle que chacun des États « co-intéressés » estime en général détenir les titres les plus forts. Semblablement, lorsqu’un accident entre deux Chinois habituellement résidant en Chine survient en Allemagne, la Chine peut continuer à désigner la loi chinoise, qui est en l’espèce applicable également du point de vue de l’Allemagne (en vertu du Règlement Rome II)⁵⁷⁹, si bien que le conflit sino-allemand de lois est résolu au profit de la loi désignée par le rattachement qui emporte les préférences de chacun des deux États dont les lois sont en conflit négatif. En revanche, l’unification conventionnelle des règles de conflit de lois chinoise et australienne obligerait l’un ou l’autre État (ou l’un et l’autre) à sacrifier sa propre règle de conflit de lois. Or, un tel sacrifice n’est pas nécessaire dans les deux affaires imaginées, ainsi que dans bien d’autres, et risque même d’ébranler la coordination qui s’est formée spontanément entre l’un d’eux et d’autres États avec lesquels les relations privées transfrontières sont tout aussi nombreuses. On comprendrait, dès lors, que la Chine et l’Australie hésitent à s’y engager : le remède peut bien leur apparaître trop radical, imposer un sacrifice de leur liberté qui est partiellement inutile et même contraproduit par rapport à l’objectif de la coordination. En élargissant la perspective, une convention *multilatérale* réglant les conflits négatifs entre les règles de conflit serait bénéfique pour la Chine, l’Australie, la Thaïlande et l’Allemagne (de même que pour l’Union européenne en général) car elle n’empêcherait par exemple pas l’Allemagne (et tout autre État soumis au Règlement Rome II) et la Chine de continuer à appliquer dans les rapports entre elles la loi personnelle commune, pas plus qu’elle n’interdirait à l’Australie et à la Thaïlande de retenir la loi du lieu de survenance pour ce qui est des relations délictuelles ne mettant en cause que ces deux communautés étatiques. La coor-

⁵⁷⁹ Art. 4 par. 2.

dination multilatérale se ferait en respectant les différences des rattachements et opérerait uniquement lorsque de telles différences se révèlent génératrices de conflits – d’abord négatifs – de règles de conflit. Autrement dit, une telle coordination et la règle multiétatique qui en est issue serait respectueuse du principe que la liberté de chaque sujet, ici étatique, ne soit limitée que dans la mesure strictement nécessaire à assurer la co-existence de sa liberté avec l’égalité de liberté des autres sujets.

Si de telles règles de source législative binationale ou multinationale ne semblent pas avoir été élaborées à ce jour, il n’est pas sûr que l’on puisse en dire autant de celles d’origine jurisprudentielle.

b) Voie bilatérale judiciaire

174. Coordination bi-étatique réalisée à l’initiative et par le travail des juges. Rappelons que si les assemblées législatives de l’État A n’ont pas édicté des règles générales indiquant aux juges de l’État A comment trancher un conflit négatif de règles de conflit l’opposant à l’État B (ou à l’État C, D, etc.), c’est que les juges de l’État A ont pour mission de remédier à une telle lacune, qu’elle soit délibérée ou non, et de forger une telle règle, ou de telles règles, de conflit de renvoi. S’il en va de même de l’État B, il en résulterait que chacun des deux corps judiciaires, de l’État A et de l’État B, se trouverait investi de la tâche de travailler à la coordination des systèmes A et B que réclame le conflit négatif entre leurs règles de conflit, c’est-à-dire de travailler à la coordination des États au nom desquels ils administrent la justice au sujet du règlement de litiges internationaux – plus exactement, ici, binationaux – entre personnes privées. Ce ne sont pas ici les organes législatifs qui poursuivent la coordination mais bien les organes judiciaires. Il est naturel que ceux-ci s’attèlent à leur mission au cours et par le biais de leur travail habituel, qui consiste à œuvrer à la formation de règles générales au départ des litiges concrets, à coup de normes individuelles résultant des décisions qu’ils rendent. Or il se peut que, saisis d’un conflit de renvoi frappant une relation privée rattachée à deux sociétés étatiques A et B, les juges de l’État A s’inspirent, pour le trancher, de ce qu’ont fait les juges de l’État B dans une précédente affaire de renvoi, notamment si elle mettait aussi en cause les lois de A et de B ; saisis d’un nouveau conflit de renvoi AB, les juges de l’État B, peuvent tenir compte non seulement de ce qu’ont fait leurs collègues de l’État B dans des conflits de renvoi AB, mais également de ce qu’ont fait leurs homologues de l’État A. Et ainsi de suite. C’est là une œuvre parallèle accomplie par deux corps judiciaires nationaux, dont chacun de leurs membres apporte sa pierre à l’édification d’une règle qui procède d’un projet conjoint et constitue le produit d’une activité conjointe, chacun y contribuant par des précisions ou touches successives, par des apports partiels au gré des espèces qui lui sont soumises, à l’image de l’entreprise de plusieurs juges nationaux qui, par leurs décisions, mettent au point ensemble – tels des

travailleurs « à la chaîne » – une règle générale d’origine jurisprudentielle⁵⁸⁰. La règle de renvoi qui en résulte est non seulement de *forme* bilatérale mais également de *source* bilatérale, mise au point collectivement par les organes des deux États « co-intéressés », auxquels chacun confie la tâche, non seulement de la mettre en œuvre mais également – et d’abord – de la mettre au point, et ce pour le plus sûr triomphe de l’entreprise de coordination. Il est tentant de parler d’une règle de conflit de renvoi *binationale* ou *bi-étatique de source jurisprudentielle* ou, si l’on veut, de *source bi-jurisprudentielle*.

C’est un processus coopératif de ce type qui semble bien s’être enclenché entre les juges espagnols et britanniques s’agissant d’arbitrer les conflits hispano-britanniques, et spécialement hispano-anglais, de renvoi en matière successorale. Inaugurant un tel mouvement à la faveur de la succession hispano-écossaise *D. Thomas A.* (1900), le juge espagnol, constatant la lacune laissée par son législateur, se prononce résolument au profit de la loi espagnole en appelant aux « principes généraux du droit » ; dans la succession *Larios* (1922), différemment configurée, il préfère en rester à la loi britannique en vigueur à Gibraltar, ne voyant pas de raisons d’appliquer « en l’espèce » la loi espagnole. Dans la cause *in re Duke of Wellington* (1948), c’est le juge britannique qui s’est chargé de la poursuite de l’œuvre. Souhaitant accorder le système anglais avec le système espagnol, il se demande comment son confrère espagnol trancherait un tel conflit de renvoi et examine à cet effet les précédents *D. Thomas A.* et *Larios* ; se laissant également guider par l’unité de la loi applicable à la succession non expressément citée par ceux-ci mais qu’il croit néanmoins compatible avec le droit international privé espagnol, il donne prépondérance à la loi anglaise. Il en va de même de l’affaire *in re Adams* (1985), décidée elle aussi par le juge britannique conformément à la loi anglaise. Le flambeau est, dans l’affaire *Anthony Denney* (1999), repris par le juge espagnol, lequel tient compte des décisions entre-temps rendues par ses partenaires britanniques et du principe de l’unité de la loi applicable qu’elles évoquent, tout en appelant également à la rescousse la volonté du testateur dont il souligne qu’elle devrait être acceptable du point de vue du système anglais et partant propre aussi à susciter la convergence ; et il semble bien que les juges d’Outre-Manche s’en étaient inspirés pour trancher des conflits de renvoi impliquant d’autres pays⁵⁸¹. La coordination entre l’Espagne et le Royaume-Uni et spécialement l’Angleterre, entre systèmes espagnol et anglais, entre ordres juridiques espagnol et anglais, entre collectivités espagnole et anglaise à la faveur des affaires successorales dont les éléments se dispersent au sein des milieux sociaux et économiques espagnols et anglais, se réalise moyennant la recherche d’une coordination par et entre les organes judiciaires de ces États, systèmes et collectivités. Il n’est bien sûr pas surprenant que les juges soient instaurés en agents de la coordination, parce qu’à défaut de dis-

⁵⁸⁰ Cf. R. Dworkin, « Law as Interpretation », 60 *Tex. L. Rev.* 527 (1981-1982), p. 543, qui voit dans chaque juge « a partner of a complex chain enterprise », qu’il partage avec les autres juges, qui sont ses « co-partenaires » et travaillent à un objectif commun. Pour le texte complet du passage pertinent, v. *infra*, note 1904.

⁵⁸¹ Pour un compte rendu des affaires évoquées, v. respectivement, *infra*, n° 352 (*D. Thomas A.*), n° 353 (*Larios*), n° 291 (*Duke of Wellington*), n° 292 (*Adams*), n° 356 (*Anthony Denney*).

positions posées par les législateurs, ce sont bien les tribunaux qui doivent rechercher et organiser la coordination entre les États et les collectivités au nom desquels ils agissent ; et la voie la plus efficace pour eux d’y parvenir et, de ce chef, d’accomplir la mission qui leur incombe, est bel et bien de dialoguer à travers les frontières, de respecter, valoriser et poursuivre ce qu’ont fait leurs « partenaires » étrangers. Il en résulte la mise au point progressive, par des apports paritaires étalés dans le temps – comme il est souvent nécessaire à la formation d’une règle jurisprudentielle –, d’une règle ou un ensemble de règles ou à tout le moins d’un ensemble de principes dont les juges espagnols et britanniques sont les « co-artisans », et qui sont donc de source jurisprudentielle *quasi hispano-britannique*, laquelle source reflète la nature hispano-britannique des affaires qu’ils visent.

Avant que les règles de conflit de renvoi ne soient de source bilatérale ou multilatérale, elles ne peuvent qu’être unilatéralement posées par chacun des États « co-intéressés » pour son propre compte.

2. Règles de conflit de renvoi de forme bilatérale et de source unilatérale

175. Diversité non génératrice de conflit de règles sur le renvoi. Nous avons relevé que la disparité de deux règles de conflit de renvoi unilatéralement posées par les États A et B ne débouche pas forcément sur un conflit de règles de conflit de renvoi, alors que l’identité des positions classiques – thèse et antithèse – entraîne inévitablement un tel conflit et les méfaits qui en résultent sous l’angle de la prévisibilité et de la justice. Le progrès que marque la synthèse est de nouveau peu niable par rapport à la thèse et l’antithèse. Aux illustrations déjà proposées, ajoutons l’exemple d’un État A qui, au plan du conflit de renvoi, reconnaît le pouvoir de désignation aux parties, alors que l’État B, rétif à accorder un tel pouvoir, en appelle directement au principe de proximité. L’harmonie est, semble-t-il, là encore le plus souvent atteinte. Si les liens qui rattachent la situation à l’État B sont manifestement prépondérants, il suffit aux parties, pour se mettre à l’abri du conflit international de lois, de désigner la loi de l’État B. Si les liens qui rattachent la relation interindividuelle en cause aux États A et B sont *a priori* équivalents, l’État B inclinera sûrement à tenir la proximité pour concrétisée au profit de l’État (A ou B), dont les parties auront désigné la loi : le rattachement psychologique, s’il ne peut pas, par hypothèse, du point de vue de l’État B, tenir lieu d’un rattachement géographique, est au moins propre à consolider celui que présente l’État qu’il désigne. Si les intérêts n’ont pas exercé le choix, et que l’État A ou bien se replie sur sa propre loi en acceptant le renvoi ou bien applique celle de l’État B en le refusant, l’État B donnera lui aussi effet à la loi de cet État, respectivement A ou B, s’il s’avère que celui-ci présente des liens prépondérants ou même peut-être, au nom de l’harmonie, dans les situations marquées par un certain équilibre des liens.

Si l’Espagne retient, au niveau du conflit des règles de conflit, la *professio iuris* du *de cuius*, et l’Angleterre s’en remet au principe de proximité, dès lors que les liens que la succession présente avec l’Angleterre sont manifestement plus si-

gnificatifs – parce que le *de cujus* a exercé son activité professionnelle en Angleterre, que c'est en Angleterre que se trouve le siège de sa fortune, que les ayants droit n'ont guère d'attache avec l'Espagne –, le *de cujus*, en désignant la loi anglaise, aboutit à coordonner les deux ordres juridiques et à se ménager une certitude raisonnable qui épargne à ses prétendus successeurs la nécessité de se faire un procès pour connaître la loi régissant leurs droits dans la succession. Si les liens avec l'Espagne sont ostensiblement plus prégnants, le *de cujus* pourra désigner la loi espagnole à laquelle il aura plus facilement accès et s'ajuster aux facilités que celle-ci lui offre et le conflit hispano-britannique de lois est de nouveau souvent exorcisé. Si la distribution des indices pertinents de localisation est *a priori* équilibrée, il pourra choisir la loi espagnole ou la loi anglaise et les organes judiciaires anglais, s'ils devaient être saisis, s'inspireront vraisemblablement d'une telle désignation pour localiser la loi la plus proche et une telle prévision, dans bon nombre de ces espèces en tout cas, permettra une fois de plus à la saisine de rester virtuelle.

176. Diversité génératrice des conflits des règles sur le renvoi : une coordination « à géométrie variable ». Lorsque la différence des facteurs de solution du conflit de renvoi choisis unilatéralement par deux États provoque un conflit entre les règles de conflit de renvoi qui les retiennent, chaque État élèvera d'un niveau la démarche en faisant appel à un critère hiérarchiquement supérieur tout aussi librement sélectionné par lui mais obéissant aux consignes formelles du bilatéralisme. Il a été déjà question plus haut de la structure par degrés à la physionomie pyramidale qui en résulte et nous n'avons qu'à nous y reporter⁵⁸². Il importe de relever ici que tout État préserve de ce fait la liberté de mettre au point la règle de conflit de renvoi qu'il estime la plus conforme à sa vision de la justice de coordination de deux systèmes qu'oppose le télescope négatif des rattachements, autrement dit à sa vision de la « justice de renvoi » ou, s'agissant d'un « rattachement de renvoi » au sens propre et topographique du terme, à son appréciation de la « proximité de renvoi ». La généralisation des critères de résolution du conflit de renvoi n'est donc pas nécessaire pour que la résolution du conflit de renvoi s'opère de manière satisfaisante. L'État A peut bien devoir mobiliser sa propre règle de conflit de troisième niveau pour venir à bout d'un certain nombre de conflits de renvoi qui le mettent en cause aux côtés de l'État B, tout en parvenant à trancher au deuxième niveau l'essentiel de ceux qui l'engagent avec l'État C. La diversité des points de vue sur la justice de coordination qu'entretiennent les différents États tout à tour « co-intéressés » peut être maintenue à la deuxième puissance également, et ce n'est que l'effet qui l'empêcherait d'exister – parce qu'il empêcherait d'exister la liberté dont la diversité découle – qui est supprimé. Ce qui plus est, le système ici envisagé permet à tout État de participer de manière paritaire à une telle suppression et de rester par là à tout instant co-organisateur du processus et co-artisan de la solution sur laquelle il débouche.

⁵⁸² *Supra*, n° 124.

S’agissant des successions mobilières, l’Espagne et l’Allemagne retiennent aujourd’hui⁵⁸³, dans les règles de conflit de lois souverainement et unilatéralement édictées par leurs assemblées législatives, le critère bilatéral de la nationalité du *de cuius*, tandis que la France et l’Angleterre adoptent, dans les règles de conflit de lois librement développées par leurs organes judiciaires, le rattachement tout aussi bilatéral du domicile du *de cuius*. Le conflit hispano-allemand de lois que provoque la succession d’un Allemand domicilié en Espagne est épargné aux particuliers intéressés – *de cuius*, successibles *ex lege*, bénéficiaires du testament, réservataires, etc. – parce que tranché au profit de la loi allemande par les règles de conflit au premier degré posées par les deux collectivités étatiques intéressées. Il n’est, dès lors, pas besoin de s’en remettre aux règles espagnoles et allemandes de conflit de renvoi ou à la deuxième puissance – qui peuvent au demeurant différer entre elles – et rechercher, par exemple, où se localisent les biens de la succession ou l’établissement des ayants droit. Une telle recherche pourrait certes conduire à une justice individuelle parfois plus affinée mais les deux États ont estimé que la nationalité du *de cuius*, selon le *quod plerumque fit*, constitue le centre de gravité des situations successorales et ils peuvent dès lors s’accommoder de la prévisibilité et de la sécurité juridique découlant pour les intéressés d’une telle convergence de vues quant à la justice abstraite dont est porteuse la règle commune qu’ils ont édictée. Le conflit de lois que soulève la succession d’un Français ou d’un Britannique domiciliés en Espagne n’est, quant à lui, pas réglé au moyen des seules règles de conflit de lois française ou anglaise, d’une part, et espagnole d’autre part, si bien qu’il convient de mobiliser, à côté de celles-ci, et pour départager les rattachements qu’elles retiennent, des critères de solution du conflit au degré supérieur. Or, supposons que l’Espagne et la France, dans l’exercice prolongé de leur liberté, s’en remettent l’une et l’autre, chacune pour son propre compte, sur le plan du conflit de renvoi, au domicile des ayants droit, tandis que l’Angleterre privilégie, au même plan et par un choix tout aussi « mono-national », le lieu prépondérant des biens héréditaires. Il s’ensuit que le conflit de renvoi provoqué par une succession mobilière franco-espagnole serait systématiquement résolu au deuxième degré grâce à l’identité du facteur retenu à ce niveau par les deux États intéressés ; et que le conflit de renvoi que suscite une succession mobilière hispano-anglaise n’est en revanche surmonté au deuxième degré que si les ayants droit ont leur domicile dans l’État – Espagne ou Royaume-Uni – où se situe le centre du patrimoine héréditaire ; à défaut, il incombe aux deux États d’appeler à la rescousse un critère de troisième et le cas échéant de quatrième niveau. La coordination au sujet des successions hispano-allemandes – le règlement du conflit de lois hispano-allemand – aboutit en vertu de l’accord spontané des deux pays quant au rattachement au premier degré ; la coordination au sujet des successions hispano-françaises est atteinte en raison de la convergence spontanée des deux pays quant au rattachement au second degré, laquelle surmonte leur divergence au sujet du rattachement de premier degré ; la coordination au sujet des successions hispano-anglaise s’opère en raison de l’entente spontanée des deux pays quant au principe fixé au troisième degré, qui obvie à la mésentente qui les divise quant au cri-

⁵⁸³ Jusqu’à l’entrée en vigueur du Règlement successions.

tère le plus approprié pour trancher le conflit de lois et le conflit de renvoi. Il en résulte que la coordination entre l'Espagne et l'Allemagne se fait plus directement, celle entre l'Espagne et la France, un peu plus laborieusement, et celle entre l'Espagne et l'Angleterre, plus laborieusement encore. Mais il en résulte également que la coordination entre l'Espagne et l'Allemagne n'a lieu que moyennant l'appréciation d'un seul critère (la nationalité du *de cujus*), alors que l'harmonie internationale entre les systèmes français et espagnol s'édifie sur le fondement de trois circonstances de rattachement (nationalité et domicile du *de cujus* et domicile des ayants droit), et que l'entente hispano-anglaise aura exigé que l'on s'intéresse à quatre ou cinq facteurs, voire plus (nationalité et domicile du *de cujus*, domicile des ayants droit, lieu de situation prépondérante des biens héréditaires, au besoin unité de la loi applicable à la succession, etc.). Si bien que le résultat d'une telle coordination sous l'angle de la *justice individuelle* peut être *supérieur* dans les deuxième et troisième cas par rapport au premier cas, et dans le troisième par rapport au deuxième, encore que plus nombreux sont les facteurs pris en compte par la règle globale de coordination qui s'en dégage, le plus élevé est le risque corrélatif de difficultés, c'est-à-dire d'incertitude, quant à la localisation de l'un de ces facteurs. On le voit, la coordination préjudiciaire, et la sécurité juridique qui en découle au profit des personnes privées concernées, peuvent passer par un affinement de la justice qui leur est dispensée par les États qu'elles mettent en rapport en donnant naissance à une relation interindividuelle transfrontalière. Ici il importe surtout de constater que la poursuite de l'objectif de la coordination ne requiert pas la convergence des quatre États sur les mêmes *règles de conflit de renvoi*. La diversité peut être préservée non seulement sur le plan des règles de conflit de lois – c'est le cas entre l'Espagne et la France, d'une part, et entre l'Espagne et l'Angleterre, d'autre part – mais également au niveau des règles de conflit de renvoi – c'est le cas entre l'Espagne et l'Angleterre. Ainsi l'Angleterre peut continuer à penser qu'il vaut mieux surmonter le conflit de renvoi mettant aux prises nationalité et domicile du *de cujus* en s'intéressant au siège du patrimoine héréditaire et elle demeure libre d'appliquer un tel principe aux successions qui génèrent un conflit de renvoi engageant un pays qui adopte le même critère de solution d'un tel conflit. Semblablement, la France et l'Espagne peuvent estimer qu'il est préférable de s'en remettre aux attaches des prétendus ayants droit et sont libres de mettre en œuvre un tel règlement du conflit de renvoi dans les successions franco-espagnoles, ainsi que dans toute autre succession génératrice de conflit de renvoi impliquant l'Espagne ou la France, d'une part, et, d'autre part, un État qui partage la même vue de la justice de coordination à la deuxième puissance.

Ce mécanisme d'ajustement mutuel « à géométrie variable » correspond au demeurant à l'expérience que fait tout un chacun dont la vie quotidienne l'astreint à accorder ses propres déterminations et à coordonner ses propres actions avec celles d'une multitude d'autres. Ces multiples autres sont différents entre eux par tempérament, goûts, inclinations, façon de penser et quant aux vues qu'ils entretiennent sur ce qui est le plus juste, le plus approprié dans une situation donnée. L'entente est trouvée instamment, parce qu'instinctivement, avec certains tandis que, avec d'autres, la recherche d'une « syntonie »

appelle davantage d’efforts et de sagacité, mais ce surcroît de démarches et de réflexion, et la remise en question de soi qu’il suscite parfois, rend une telle expérience parfois plus enrichissante et le résultat atteint plus immédiatement gratifiant.

Conclusions du Titre II

177. Synthèse. Lorsqu'une relation entre deux personnes privées s'inscrit au sein de deux sociétés étatiques A et B, les États A et B, responsables de l'ordre, de la paix et de la prospérité de celles-ci, sont « co-intéressés » au règlement d'une telle relation, c'est-à-dire qu'ils ont un *intérêt commun*, parce qu'un *devoir commun*, une *responsabilité conjointe* – bi-étatique et « co-étatique » –, de prévenir, dans la mesure du possible, en le préservant à l'état virtuel, le litige susceptible de s'élever entre ces particuliers ou, en tout cas, de trancher un tel litige au moyen de décisions de justice contribuant à la formation des règles générales et ayant donc pour mission de conjurer le retour de contestations analogues à l'avenir. Il s'ensuit que l'accomplissement du Droit à l'égard d'une relation internationale privée AB requiert la prévention du *conflit international de lois* entre les États A et B, ou, en tout cas, une résolution de ce conflit qui soit à même de participer au travail de prévention. Le conflit de lois peut s'analyser en conflit entre vocations des États A et B à appliquer leurs lois et par là à prescrire le respect, tout autant qu'à procurer le bénéfice, de leurs visions supposément différentes de la justice des rapports privés, c'est-à-dire un conflit de prétentions étatiques ayant pour objet le règlement du conflit entre prétentions individuelles, étant entendu qu'un État en droit privé n'impose l'observation de sa loi que si un particulier, et notamment celui auquel elle accorde un bénéfice, et spécialement un droit subjectif, prétend s'en prévaloir, car le droit subjectif, étant liberté, suppose celle de son titulaire de l'exercer comme de ne pas l'exercer. L'articulation entre prétentions privées et prétentions étatiques est, sur ce point, analogue à celle qui se rencontre lorsque deux enfants d'un couple se disputent l'utilisation d'un bien : aussi longtemps que les parents sont en désaccord sur comment résoudre le conflit entre les enfants et prétendent chacun le régler à sa manière, celui-ci est voué à persister et il n'est véritablement tranché que lorsque les parents auront surmonté leur mécontentement et il n'est prévenu que lorsqu'ils auront établi avant même que les enfants n'avancent des prétentions incompatibles comment trancher un tel conflit de prétentions, auquel cas celui-ci demeurera le plus souvent potentiel. Et de fait, aussi longtemps que chacun des deux États A et B accepte de concrétiser la vocation de sa loi à l'instigation du particulier qu'elle favorise et qu'il met à la disposition de celui-ci le concours de ses organes judiciaires et d'exécution, le conflit international de lois n'est pas résolu mais est voué à se muer en conflit international de décisions, lequel cristallise – pouvant aller jusqu'à le perpétuer – le litige international entre les particuliers. Les États auront commis un déni international de justice, encourageant les particuliers désireux de mettre un certain ordre dans leur sphère d'activités (qui ne sera pas juridique car il ne sera pas le fruit du Droit), et de bénéficier d'une certaine sécurité (qui ne sera pas juridique car elle n'est pas apportée par le Droit), à recourir à des moyens anti-juridiques de règlement de leurs différends. La persistance d'un

tel état de choses, d’un tel état de non-Droit, aboutit à la longue à dissuader les membres des deux communautés de nouer des relations entre eux, à les pousser à « désinternationaliser » leur vie et leurs activités, à fuir l’international pour se replier sur l’interne, au grand dam de la fonction facilitatrice, incitative même, du droit international privé, qui n’est que la projection dans l’environnement transfrontière de la fonction facilitatrice du Droit privé. Aussi les deux États faillent à leur mission de garantir l’ordre et la paix à de telles relations qui pourtant « co-affectent » leurs milieux sociaux et économiques et en viennent, par rapport à celles-ci, et aux personnes privées qu’elles impliquent, à perdre leur identité d’États en tant que producteurs de Droit ; les règles qu’ils édictent et par lesquelles ils prétendent régir de telles relations interindividuelles « binationales » n’accèdent pas à la qualité de normes juridiques et ces relations cessent logiquement d’être juridiques au sens de gouvernées par le Droit, d’être génératrices de droits subjectifs et d’obligations, car elles ne font que provoquer des conflits irrésolus de prétentions individuelles à des droits subjectifs incompatibles – ce à quoi le Droit est précisément censé remédier – et les particuliers se voient retirer le statut de « justiciables », au sens de méritant justice.

La prévention du conflit international de lois, et l’harmonie interétatique et, par là, interindividuelle qui en résulte et la coordination interétatique qu’elle suppose, appellent la renonciation, par l’un des deux États « co-intéressés », à la réalisation de la vision de la justice des rapports privés qu’il consacre dans sa loi. Et il faut, pour que la prévention aboutisse, que les particuliers soient à même de savoir au moment où ils donnent naissance à la relation et, en tout cas, à tout instant préjudiciaire, quel est l’État dont la loi est applicable et celui dont la loi ne l’est pas. La résolution du conflit « binational » de lois implique que l’incertitude que les deux États laissent persister avant un litige quant à la loi qui est applicable et qui est de nature à encourager sa matérialisation soit résolu par la décision du juge de l’un d’entre eux et d’une manière telle qu’elle puisse contribuer à trancher par avance tout conflit de lois analogue pouvant se produire à l’avenir.

En ce qu’il retient un seul critère pour fonder d’abord l’application de sa loi, tout État, édictant une règle de conflit à rattachement unique, se déclare prêt à renoncer à sa vision de la justice des relations privées au profit de la vision de la justice de l’État au sein duquel ce rattachement se concrétise, et ce à l’égard des espèces qui sont rattachées à sa propre société par l’un des liens non retenus, encore qu’objectivement significatifs. La démarche entreprise par chacun des États est conforme au principe, lui-même gouvernant le processus de naissance du Droit, qui prescrit à un sujet évoluant dans un espace préjuridique et désireux de se coordonner avec un autre sujet pour éviter des conflits avec lui – c’est-à-dire désireux de mettre en place avec lui un état juridique, de soumettre au Droit les relations qui sont susceptibles de les unir et de concourir au bien individuel de chacun et à leur bien commun – de se représenter en législateur universel et, se situant dans une perspective multilatérale, de com-

mencer par ne prétendre vouloir et agir que selon un principe susceptible d’être pris pour norme de la volonté et de l’action universelle et notamment d’être adopté par l’autre sujet « co-intéressé ». Seulement, du fait qu’elle est développée unilatéralement par chaque État qui choisit librement le facteur de la coordination, la règle de conflit bilatérale de l’État A peut bien retenir un critère de coordination, c’est-à-dire de prévention du conflit de lois, autre que celui que retient l’État B. Deux principes différents de coordination se voulant simultanément applicables entraînent que la coordination peut ne pas être encore atteinte. Il s’ensuit la possibilité de conflits de règles de conflit dits positifs et négatifs, auquel cas les deux États – et les deux règles de conflit de lois qu’ils édictent – n’ont pas encore « réglé » et notamment prévenu le conflit de lois, qui s’est converti en un conflit de lois à la deuxième puissance.

Le renvoi recouvre particulièrement la situation où deux États A et B, en élevant chacun au rang de critère de coordination un rattachement différent qui se concrétise en l’espèce au sein de l’autre, ont chacun renoncé au profit de l’autre à la vocation de sa propre loi, c’est-à-dire qu’ils ont chacun été prêt au sacrifice de sa propre conception de la justice en faveur de la conception de l’autre, et ce dans le but de prévenir un conflit de lois et de l’épargner aux particuliers et, par là, de conjurer un litige entre ceux-ci. Élaborées au départ d’une hypothèse contentieuse, et favorisées par l’énoncé du problème comme consistant à déterminer si la règle de conflit d’un État A désigne la seule loi matérielle de l’État B ou bien également sa règle de conflit, la thèse, prescrivant l’acceptation du renvoi et l’application à la relation interindividuelle qui en est frappée de la loi du for, et l’antithèse, prescrivant le refus du renvoi et l’application à cette relation de la loi étrangère, ne seront jamais satisfaisantes pour les communautés étatiques impliquées car, du point de vue de chaque État, elles n’assurent la prévention du conflit de lois que lorsque l’autre État s’en détourne, ce qui est également le cas du compromis, séduisant mais vain, que poursuit le double renvoi. La prévention du conflit de lois se trouvant confiée à la diversité d’attitudes à l’égard du renvoi, à supposer même que les systèmes du monde devaient se distribuer équitablement entre partisans de la thèse, de l’antithèse et du double renvoi, cette diversité en tant qu’instrument d’harmonie ne sera jamais efficace que dans un nombre limité de situations génératrices du conflit négatif de règles de conflit, c’est-à-dire au profit d’une portion seulement des relations privées victimes du jeu des désignations croisées auquel se livrent les règles de conflit des États « co-intéressés ».

LargeMENT dénoncé, le défaut qui est également congénital à la thèse et à l’antithèse tient en effet à ce que, du fait qu’elles n’ont pas de vocation *bilatérale*, les règles pour trancher le conflit de renvoi que l’une et l’autre préconisent sont également contraires au principe constitutif du bilatéralisme, qui lui même semble bien n’être autre chose qu’une manifestation de la loi prépositive gouvernant le processus universel de création du Droit. Et de fait, le bilatéralisme prescrit à un État, qui prend unilatéralement l’initiative de la recherche de la coordination avec un autre État, l’adoption, en cas de conflit de renvoi,

d’un critère, neutre et supérieur, tel qu’il puisse être utilisé par l’autre État en conflit de renvoi pour que celui-ci soit tranché. C’est donc dans une perspective multilatérale que chaque État doit se situer et la règle qu’il adopte ne peut que revêtir une *forme* ou *structure* bilatérale. Il doit s’agir en d’autres termes d’une *règle de conflit bilatérale de renvoi*. La mission de celle-ci consiste à organiser le recouvrement par chacun des États d’une part de la vocation de sa loi initialement sacrifiée par lui au moyen de sa règle de conflit. Du point de vue de l’État qui la pose, il s’agit de faire co-exister la vocation à avancer sa vision de la justice à l’égard des relations privées frappées du conflit de renvoi avec la vocation analogue dont peut se réclamer l’autre État. Le bilatéralisme exige alors de chacun des États qu’il s’abstienne d’adopter comme critère bilatéral de solution du conflit de renvoi le rattachement que retient la règle de conflit de lois de l’autre, parce qu’une telle démarche n’est précisément pas bilatéralisable. Voilà qui disqualifie la manière dont l’idée du règlement subsidiaire, en soi féconde, a été jusqu’à présent le plus souvent conçue. Rien n’empêche en revanche l’État en conflit de renvoi de faire usage d’un facteur de solution dit « matériel », la règle de conflit de renvoi adoptant un tel critère ne cessant pas d’être neutre puisque ce dernier est impartial et tiers par rapport aux deux rattachements en conflit négatif. Bien sûr, l’objectif n’en demeure pas moins « conflictuel » puisqu’il s’agit bien de prévenir un conflit international de lois.

Dans la mesure où la règle de conflit de renvoi, bien que de forme bilatérale, est unilatéralement posée par chacun des États « co-intéressés », celle que pose l’État A peut être ici de nouveau différente de celle que pose l’État B. Des conflits positifs ou négatifs de règles de conflit de renvoi, ou conflits de lois à la troisième puissance, peuvent dès lors surgir, lesquels réclament d’être traités à l’aide d’autres principes bilatéraux. Les critères prenant place à un niveau donné ne pouvant plus être reproposés aux niveaux supérieurs, l’éventail de ceux parmi lesquels chaque État demeure libre de choisir se restreint progressivement à mesure que s’élève le degré auquel la coordination est recherchée. Les critères, géographiques et matériels, n’étant dans aucune manière innombrables ni, à vrai dire, très nombreux, la *regressio ad infinitum* n’est pas une réelle menace d’autant que le principe général de proximité peut bien clore la structure. Aussi chaque État est-il invité à se doter d’un système gradué de rattachements et d’autres critères à même de résorber la contradiction résultant de la diversité des règles de conflit au niveau inférieur. Censée refléter la physionomie de l’organisation du Droit, l’image pyramidale du *Stufenbau* ou construction par degrés traduit bien la diversité et la contradiction des normes qui, lorsqu’elle est génératrice de conflits entre elles, est résolue par des normes tirées d’un échelon supérieur et susceptibles de réconcilier et ramener à une unité les normes inférieures tout en maintenant et valorisant leur diversité. La pyramide est ici édifiée par les deux États A et B et incarne un ordre juridique « binational » ou bi-étatique, comme « binationales » sont les relations privées qui prennent naissance et se développent en son sein et qu’il vise à régir, et culmine par une *Grundnorm* bilatérale, à la position de laquelle chacun des

États contribue par son idée librement conçue de la justice de coordination inter-étatique et par-là interindividuelle. Il en arrive au demeurant ainsi lors d'une négociation entre deux sujets, qui peut bien requérir plusieurs échanges de projets et contre-projets de coordination, c'est-à-dire un ensemble laborieux d'efforts d'ajustement mutuel pour parvenir à l'unité de vues, à l'accord de volontés. Une telle coordination interétatique est ici d'autant plus facile à atteindre que chacun des États a commencé par renoncer au profit de l'autre à sa propre idée de la justice de coordination interindividuelle, celle qu'il dépose dans sa loi de droit privé. Un tel système ménage la diversité de la vision de la coordination et supprime le seul effet qui empêche celle-ci et la liberté dont elle découle d'exister. L'unification des règles de conflit de lois, et le sacrifice qu'elle suppose de la conception que chaque État peut entretenir de la justice de coordination, n'est donc pas nécessaire pour la réussite de l'entreprise aspirant à la résolution du conflit international de lois, entreprise qui peut être couronnée de succès en dépit de la disparité des règles de conflit par le canal d'un système à géométrie variable respectueux des différences et de la liberté qu'elles supposent, laquelle s'en trouve de la sorte « maximisée ». Les dispositions consacrant une cascade de rattachements subsidiaires et sous-subsidiaires qui foisonnent dans les législations contemporaines confirment bien la possibilité de l'adoption par un État du jeu des règles de conflit hiérarchisées dont il est ici question. Bien sûr, les États peuvent s'engager dans des conventions bilatérales ou multilatérales n'ayant pour objet que les conflits d'abord négatifs entre leurs règles de conflit de lois et cela leur permettrait précisément de préserver la diversité de telles règles. Bien judicieuse dans son inspiration, la Convention de La Haye de 1955 avait le défaut rédhibitoire – et largement responsable de l'échec que le texte a rencontré – de privilégier arbitrairement la vocation de l'État du domicile à se réapproprier le champ d'application sacrifié, en excluant systématiquement la vocation *a priori* également respectable de l'État de la nationalité.

Si chaque État demeure libre de choisir le critère de solution du renvoi dans les limites que l'on a dites, nous avons tenu à montrer que l'emploi de l'autonomie des particuliers et du principe de proximité en vue de déterminer quelle est la loi détenant la plus forte légitimité à combler le vide laissé par le conflit d'abstentions, et par là quelle est la prétention individuelle méritant l'appui du Droit, apporterait déjà un progrès au point qu'un instrument universel pourrait avec profit s'en prévaloir. L'un et l'autre critères habilitent chaque État à retenir le meilleur des arguments que l'on n'a jamais cessé de brandir au profit de l'acceptation et du refus du renvoi tout en esquivant la précarité congénitale dont sont affectées les positions traditionnelles. Il semble aussi que, cantonnées sur le terrain des relations interindividuelles victimes d'un conflit de renvoi, l'autonomie et la proximité, non seulement surmontent les réserves qu'elles suscitent sur le plan général – et notamment au plan des règles de conflit de lois – mais elles se révèlent être des remèdes fort efficaces pour satisfaire les intérêts que protègent de telles réserves, intérêts que mettent

justement en péril les situations de renvoi. Le conflit international de lois que celles-ci recèlent et que la thèse et l’antithèse n’éliminent pas, ébranle l’autorité de chacune des lois se désignant mutuellement, car il interdit aux particuliers de prévoir laquelle sera appliquée et les empêche de s’y conformer avec l’assurance qu’ils seront ce faisant « en règle », tout autant qu’il leur empêche de profiter des prérogatives juridiques que leur offre la loi au profit de laquelle le conflit est tranché. En ce qu’elle résorbe la dualité des lois applicables en la ramenant à l’unité, la désignation des parties, loin d’émousser ici l’autorité de la loi, aboutirait au contraire à la rétablir, en évitant que le choix ne soit accompli, unilatéralement et au-dessus du Droit, par la partie la plus rapide au moyen de la saisine d’un juge. Le principe de proximité, au lieu d’aggraver l’insécurité juridique, aurait précisément pour mission de remédier à celle qui accable une situation de renvoi, en travaillant en même temps à une justice de rattachement plus affinée. Le développement de présomptions en faveur de tel lien – ou de telles combinaisons de liens – tiers par la technique du « groupement des points de contact », est en effet susceptible de procurer une certaine prévisibilité. Les critères envisagés non seulement sont respectueux du bilatéralisme en ce qu’ils exorcisent le conflit de lois en supprimant le conflit de renvoi dès lors qu’ils sont bilatéralisés, mais ils y parviennent dans bien des cas même si un des États les entérine tandis que l’autre accepte ou refuse le renvoi à la manière traditionnelle ou bien, tout en se dotant d’une règle bilatérale de conflit de renvoi, avance, pour trancher celui-ci, un autre critère.

Il convient alors de se demander dans quelle mesure le tableau qu’on vient de brosser peut se réclamer du droit positif. Cela fait l’objet de la deuxième partie de l’étude.

Deuxième Partie

La synthèse et le droit positif

178. Droit jurisprudentiel et droit législatif. En prenant pour objet d'analyse les solutions se dégageant des principaux systèmes de droit international privé, il est temps de mesurer la compatibilité avec de telles solutions de ce qu'il nous est arrivé d'appeler « synthèse ». Deux aspects – forme et matière – sont également constitutifs de celle-ci. Prescrit par la quintessence du bilatéralisme, lequel puise lui-même sa raison d'être aux tréfonds rationnels et à la structure universelle du Droit, l'aspect *formel* consiste pour tout État désireux de trancher le conflit de renvoi « co-intéressant » sa loi, à retenir un critère *bilatéral* au sens de *bilatéralisable*, c'est-à-dire un critère tel que s'il est adopté par l'autre État « co-intéressé », la coordination interétatique est atteinte et le conflit international de lois prévenu ou du moins résolu, ce qui est gage de prévisibilité et de justice au profit des particuliers parties à la relation interindividuelle frappée du conflit de renvoi. L'aspect *matériel* est livré par la teneur du facteur de solution du conflit de renvoi que chaque État sélectionne de son côté. Un tel choix étatique renfermant une part de subjectivité, le critère que choisit un État est susceptible à nouveau de différer de celui que retient l'autre, ce qui ne fait que hisser le conflit à un étage supérieur et réclame de nouveaux efforts de coordination, eux aussi devant déboucher sur la mise au point de principes bilatéraux de solution. Les critères substantiels que nous avons avancés en l'état actuel de la réflexion sont, d'une part, le principe de l'autonomie – dans la double composante du pouvoir de désignation et des attentes des parties – et, d'autre part, le principe de proximité, dont nous avons vu qu'il est propre à encourager le développement de présomptions en mesure de dispenser une prévisibilité raisonnable et de faire progresser la justice du droit des relations privées internationales.

Ainsi est-ce à vérifier jusqu'à quel point la synthèse, appréhendée dans ses deux composantes, s'est inscrite dans le droit positif que s'emploie cette Deuxième Partie. Le sens de l'expression « droit positif » appelle une explication liminaire. Le droit vit dans la réalisation des conduites qu'il commande et une telle réalisation, lorsqu'elle n'est pas spontanée, a lieu par la main des organes de contrainte qui eux-mêmes agissent en général à la suite des organes judiciaires et conformément à ce que ces derniers ont décidé. Il s'ensuit – et

nous y reviendrons plus loin – que le droit positif ayant cours à un moment donné se dégage pour l'essentiel de ce que font les juges⁵⁸⁴ ; et pour savoir ce qu'ils feront à l'avenir, il faut bien se pencher sur ce qu'ils ont fait par le passé, aussi longtemps du moins que le législateur ne vienne sciemment à leur imposer de faire autre chose que ce qu'ils ont fait jusque-là⁵⁸⁵. On ne s'étonnera dès lors pas que la plus grande place des développements qui suivent sera réclamée par une enquête jurisprudentielle.

Il ne peut du reste en être autrement pour les pays où le traitement du renvoi n'a jamais fait l'objet d'une disposition législative. Or, deux d'entre eux comptent parmi ceux dont le rayonnement de leur jurisprudence et de leur doctrine a déployé une force d'entraînement sur celles de bien d'autres : la France et l'Angleterre. Le *corpus* des décisions rendues par les tribunaux français et anglais, l'analyse de l'appareil des normes individuelles *posées* par eux, de l'ensemble des solutions *positivement* apportées aux conflits de renvoi individuels qui leur ont été soumis – telle espèce concrète a été tranchée par la loi du for, telle autre par la loi étrangère – forment alors la base la plus ferme pour rechercher l'attitude envers le conflit de renvoi qui se dégage du droit positif de ces pays⁵⁸⁶. Mais il y a davantage. Du fait de la richesse de l'expérience accumulée en France et en Angleterre et de l'universalité du problème qu'elle s'est attachée à résoudre, la jurisprudence de ces deux pays, et plus exactement l'interprétation qu'elle a paru suggérer aux auteurs convoqués lors des processus législatifs ou associés à ceux-ci, a inspiré les dispositions législatives trouvant place dans les systèmes de nombreux autres pays.

Prenons, en effet, garde qu'en matière de renvoi, comme souvent en droit international privé, l'intention de la loi a été le plus souvent de se rallier à l'intention de la jurisprudence, à l'*esprit de la jurisprudence* ; si bien que découvrir la *voluntas iudicorum* contribue à éclairer la *voluntas legis*. Parfois, l'esprit de la jurisprudence que le législateur a cru, sous l'impulsion de la doctrine, pouvoir y discerner ne s'est révélé par la suite que partiellement correspondant à la réalité. L'expérience espagnole est saisissante. Le législateur de ce pays s'est après un temps risqué à établir une disposition sur le renvoi dont l'essentiel était censé refléter les enseignements tirés des décisions rendues jusque-là⁵⁸⁷. Seulement, les tribunaux confrontés ultérieurement au problème n'ont pas hésité à aller au-delà de la lettre employée par le *Código civil* en révé-

⁵⁸⁴ Dans la mesure toutefois où les décisions qu'ils rendent sont à même de modifier le réel dans le sens qu'elles prescrivent : une décision de justice irréalisable n'est pas une décision de justice et elle ne renferme dès lors pas du droit et à plus forte raison pas du droit positif. *Supra*, n° 97 s.

⁵⁸⁵ *Infra*, n° 218 et 434.

⁵⁸⁶ Le droit positif sera entendu de manière à y englober non seulement les règles de droit actuellement en vigueur mais aussi celles qui l'ont été à un moment donné. La pertinence d'une telle précision se mesure surtout à l'égard de la jurisprudence, puisque certaines décisions de justice, et notamment les plus anciennes, au premier rang desquelles celles rendues dans l'affaire *Forgo*, s'appuient sur une règle de conflit désormais périmée : *infra*, n° 242.

⁵⁸⁷ *Infra*, n° 349 (et les notes y relatives).

lant ce qu'avait de hâtif et d'abusivement général la lecture que l'intelligence législative avait fait du travail judiciaire⁵⁸⁸. C'est alors, pour ces pays également, la solution se dégageant de la jurisprudence – moins *praeter legem* que *praeter litteram legis* – qui livre la clé d'accès au droit positif en ouvrant la prévision de ce que feront les juges à venir et de ce à quoi doivent par conséquent se tenir les justiciables. On aurait tort de se fier aux formules législatives en les isolant des normes individuelles qui les ont mises en œuvre, au besoin en les corrigeant. Il faut surtout se garder de qualifier de droit positif la codification d'une opinion doctrinale qui, fût-elle autorisée et largement partagée, n'a toutefois pas eu d'appuis significatifs par les tribunaux, avant ou après qu'elle ait été codifiée, c'est-à-dire qui ne s'est pas fondée sur la pratique antérieure et n'a pas eu d'impact sur la pratique ultérieure, en un mot qui est demeurée étrangère à la vie du droit.

Avant de se pencher sur les solutions jurisprudentielles (Titre II), passons en revue les solutions législatives (Titre I).

⁵⁸⁸ *Infra*, n° 370.

Titre I

Compatibilité de la synthèse avec les solutions législatives

179. Souplesse des formules législatives. Toutes les codifications contemporaines du droit international privé consacrent au renvoi plusieurs dispositions. Celui qui se livre à l'étude des formules qu'elles emploient ne manquera pas d'être frappé par leur caractère progressivement nuancé, assorti de précisions, de distinctions et d'aucuns signalent la marge importante de liberté qu'elles laissent en définitive, et en dépit des apparences, aux tribunaux⁵⁸⁹. Autant dire que l'histoire législative de la réponse qu'appelle le « problème » qui nous occupe tend en général à désamorcer une velléité de réglementation rigide dans le sens de la thèse ou de l'antithèse. C'est là, a-t-on constaté récemment, « l'élément de nouveauté le plus important en la matière »⁵⁹⁰. Notons aussi que le caractère systématique de notre discipline autorise et même, parfois, impose – comme il arrive en droit interne – de tirer la « règle » qu'édicte un système donné, du jeu simultané de deux ou plusieurs dispositions inscrites dans la loi générale, ou bien de l'action conjointe d'une de ces dispositions, d'une part, et, d'autre part, d'un principe qui, s'il ne fait pas lui aussi l'objet d'une règle écrite, n'en est pas moins positivement consacré, par la jurisprudence notamment⁵⁹¹. C'est dire que d'autres dispositions que celles intitulées « renvoi » et d'autres principes peuvent englober parmi les situations auxquelles ils sont applicables les relations privées internationales frappées d'un conflit négatif de règles de conflit et concourir à résoudre un tel conflit.

On se demandera dans quelle mesure les États qui se sont dotés d'une codification en la matière autorisent, pour arbitrer le jeu des désignations croisées, le recours au principe de proximité (Section I), d'abord, et à l'autonomie des parties, ensuite (Section II). On se penchera enfin sur ce que l'on peut re-

⁵⁸⁹ Cf. F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 236 et O. Hartweg, *Der Renvoi*, p. 139.

⁵⁹⁰ A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 185 ; cf. *ibidem*, p. 130 : « La position aujourd'hui la plus commune ne consiste pas... à l'accueillir ou à l'exclure de manière absolue mais plutôt à l'utiliser de façon sélective, dans une perspective éminemment fonctionnelle ».

⁵⁹¹ Cf. H. Batiffol, *Problèmes de base*, p. 293, note 11 : « l'interprétation d'une règle donnée est solidaire de l'ensemble du système parce que celui-ci tient son unité de sa fin ». D'après A. Bucher / A. Bonomi, p. 113, « [l]e renvoi peut résulter du texte d'une règle de conflit, mais il peut également être déduit d'une interprétation conforme à l'esprit et au but de certaines dispositions de la LDIP » ; en ce sens ég. A. Heini, in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. Aufl., Zürich, 2004, ad Art. 14, n° 9.

garder comme l'une des manifestations de cette autonomie : la validité des actes (Section III).

Section I : Principe de proximité

180. Clause générale de proximité. De plus en plus nombreux sont les législateurs qui ont inséré dans leur loi sur le droit international privé une disposition générale incorporant la proximité à l'état pur, disposition qu'il est convenu d'appeler « clause échappatoire » ou « d'exception »⁵⁹². Dans les pays rétifs à toute codification générale, la doctrine a montré les bienfaits d'une telle clause⁵⁹³. Le propre de celle-ci tient en ce qu'elle permet aux juges de l'État qui l'adopte de donner effet à une loi, du for ou étrangère, autre que celle désignée par sa règle de conflit, lorsqu'il ressort des circonstances de l'espèce que la loi désignée, étrangère ou du for, n'y est que faiblement rattachée et que cette autre loi l'est davantage. On connaît la source des hésitations que suscite un tel instrument sur le plan des principes : imprévisibilité des solutions et insécurité, de même que menace de « lexforisme »⁵⁹⁴. Seulement, on a pris conscience au cours du premier volet de cette étude que l'imprévisibilité, l'insécurité et le « lexforisme », loin d'être aggravés si l'intervention de la proximité pure est circonscrite aux hypothèses de renvoi, seraient, sinon éliminés, en tout cas amenés par une telle intervention⁵⁹⁵. En effet, le refus bilatéral du renvoi et son acceptation bilatérale – cette dernière revenant par ailleurs à un « lexforisme » généralisé – sont générateurs d'incertitude, et c'est précisément pour combattre pareille incertitude que l'on mobiliserait la proximité, laquelle réduirait à sa portion congrue l'empire que prétendrait exercer la loi du for sur les relations interindividuelles frappées du conflit négatif⁵⁹⁶.

⁵⁹² C'est notamment le cas de la Suisse (art. 15 LDIP), du Québec (art. 3082 CCQ), de la Slovénie (art. 2 de la loi sur le d.i.p. du 30 juin 1999), de la Lituanie (art. 1.11 al. 3 du Livre premier du Code civil adopté en 2000), de la Corée du Sud (art. 8 de la loi coréenne sur le d.i.p. de 2001), de la Belgique (art. 19 Code d.i.p.), de l'Ukraine (art. 4 de la loi sur le d.i.p. entrée en vigueur le 1 septembre 2005). Cf. l'art. 1186, al. 2 du Code civil russe de 2001 et l'explication qui en est donnée par S. Lebedev (et al.), « New Russian Legislation on Private International Law », *Yearbook P.I.L.*, 2002, p. 125.

⁵⁹³ Notamment en France, P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 116, s'est déclaré favorable à admettre une « clause d'exception quasi-généralisée », y compris en matière de statut personnel, régimes matrimoniaux et successions. V. ég. P. Rémy-Corlay, « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit.*, 2003, spéc. p. 39, pour qui « [à] certaines conditions la clause d'exception peut devenir une pièce du conflit de lois – mécanisme correcteur mais non perturbateur ».

⁵⁹⁴ C. Dubler, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, p. 101 s. ; K. Kreuzer, « Berichtigungsklauseln im internationalen Privatrecht », *Festschrift I. Zajtay*, Tübingen, 1982, p. 295 ; F. Knoepfler, « Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé », *Hommage R. Jeanprêtre*, Neuchâtel, 1982, p. 128 s. ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 88 ; W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé », p. 668.

⁵⁹⁵ Cf. K. Siehr, « Konfliktvermeidung », p. 124.

⁵⁹⁶ S'il est donc vrai que le « degré de prévisibilité maintenu » en dépit de la clause d'exception « dépendra de la manière dont la clause est rédigée ainsi que de l'usage qui en est fait » (B. Audit, « Le

Si la clause de proximité paraît bien ici respectueuse des consignes de prudence qui en entourent le maniement, peut-on aller jusqu'à professer que les hypothèses de renvoi constituent l'un des terrains les plus propices à son action ? Plusieurs facteurs conduisent à le penser. Il est d'abord piquant de constater que l'origine historique de la clause est liée au débat sur le renvoi puisqu'elle a été proposée pour la première fois – au sein notamment de l'Institut de droit international – comme outil destiné à trancher un conflit de renvoi, outil jugé bien plus efficace que l'application systématique, aux relations inter-individuelles frappées par un conflit de renvoi, de la loi du for⁵⁹⁷. Aussi est-ce en quelque sorte inscrit dans le code génétique de la clause d'être appelée à la rescousse pour résoudre un conflit négatif de règles de conflit. L'observation est ensuite récurrente que la majorité des législations y ayant souscrit ont en même temps penché au profit de l'exclusion du renvoi ou à tout le moins d'une limitation considérable de celui-ci⁵⁹⁸. Exemple à cet égard est le cas de

droit international privé en quête d'universalité », p. 332 ; P. Wautelet, « Le Code de droit international privé ou l'avènement d'un droit international privé 'flexible' », *Rev. fac. dr. Univ. Liège*, 2006, p. 356 s.), en « faire usage » dans les situations de renvoi contribue à « maintenir », ou plutôt à rétablir, une certaine prévisibilité.

⁵⁹⁷ Le concepteur, et premier partisan, de la clause d'exception a été semble-t-il G. Maridakis (*Ann. IDI*, 1957, spéc. p. 50-52 ; cf. C. Dubler, *Les clauses d'exception*, p. 22 ; A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 266 ; A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 134-135, pour qui « [l']aptitude d'une disposition de ce genre à subroger le renvoi semble... confirmée par son origine historique »). En même temps qu'il formula le réquisitoire le plus implacable contre l'admission du renvoi au sein de l'Institut de droit international, l'auteur grec proposa le principe de proximité en tant qu'instrument pour recueillir les bénéfices escomptés mais pour lui illusoire du renvoi (notamment en vue d'« éliminer » les « perturbations produites dans la vie internationale des individus par le foyer pathogène » causé par le fait que « certains pays admettent comme point de rattachement la nationalité et d'autres reconnaissent le domicile » : *Ann. IDI*, 1957, p. 42) sans tomber dans ses apories. Les trois exemples formulés par G. Maridakis montrent bien qu'il avait précisément en vue les cas de conflits entre règles de conflit, négatifs d'abord (exemple n° 1, p. 49 : « un Danois, domicilié à Rome, meurt en laissant des biens situés à Athènes » ; exemple n° 2, p. 51 : « un ressortissant danois, domicilié à Athènes, vient à mourir et tous ses biens, du moins leur plus grande partie, se trouvent en Grèce »), mais également positifs (exemple n° 3, p. 52 : « un ressortissant grec, domicilié à New York, meurt en laissant des biens situés pour une grande part à New York »). Aussi bien, la clause est née comme proposition de synthèse entre la thèse et l'antithèse (cf. P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 66). Au sein de l'Institut, l'idée de G. Maridakis s'est heurtée aux réserves liées à l'imprévisibilité : v. observations de R. Ago, *Ann. IDI*, 1957, p. 57, A. Makarov, *ibidem*, p. 71, P. Vallindas, *ibidem*, p. 99, J. De Yanguas Messia, *ibidem*, p. 114. Seulement, il semble que ces auteurs n'aient pas réalisé que la clause avait été pensée pour les cas de conflit de règles de conflit, ce qui n'apparaissait en effet pas dans la rédaction suggérée par le rapporteur, dont la teneur était la suivante : « [i]l est désirable que les règles de d.i.p., stipulant que l'état de la personne physique et ses rapports de famille et de succession sont régis d'après le droit en vigueur dans l'État de la nationalité ou du domicile (résidence habituelle), souffrent une exception dans les cas où les circonstances particulières imposent le droit d'un autre État comme étant le plus approprié ». S'apercevant de la solidarité unissant, dans l'idée de G. Maridakis, le refus du renvoi et la clause d'exception, F. De Visscher, *ibidem*, p. 103 lui suggéra d'adopter une formule qui « marquerait clairement le rapport entre le problème du renvoi et ce principe d'interprétation ». W. Wengler, *Ann. IDI*, 1961, p. 84, estima de son côté que « cette découverte pouvait se révéler d'une grande importance » (ainsi C. Dubler, *Les clauses d'exception*, p. 22).

⁵⁹⁸ A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 132 : « Les législations et les projets de loi enfermant une clause de la sorte... assument généralement une attitude défavorable

la Belgique : s'il s'est montré hostile à une acceptation systématique du renvoi, le législateur de 2004 a préféré ne pas se passer des ressources de la clause échappatoire et, qui plus est, a laissé entendre que celle-ci peut aboutir à cette uniformité que l'on confie ailleurs et un peu désespérément à celle-là⁵⁹⁹. Rappelons au passage que c'est ce qu'avait indiqué le législateur helvétique vingt ans auparavant⁶⁰⁰. Enfin, bien des auteurs discernent l'objectif principal de la clause en l'apport à l'uniformité qu'elle est à même de fournir⁶⁰¹. Il semble dès lors raisonnable de l'exploiter là où la règle de conflit n'y aboutit pas elle-même, avant tout dans les cas de conflit négatif. Le cercle des auteurs qui appellent de leurs vœux un tel usage ne cesse d'ailleurs de s'élargir⁶⁰². La clause

à l'égard du renvoi » ; v. en effet l'art. 14 de la LDIP suisse, l'art. 3080 du Code civil québécois, l'art. 15 du Code belge de d.i.p., l'art. 1.14 du Code civil lithuanien et l'art. 2.4 de la loi de d.i.p. ukrainienne.

⁵⁹⁹ L. Barnich, « La clause d'exception », p. 68-69.

⁶⁰⁰ *Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf*, Zürich, 1979, p. 60. Pour P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 89, « [die Materialien] gehen klar von der Möglichkeit der Beachtung eines Renvois im Rahmen von Art. 15 aus, bzw. davon, dass mit der Ausnahmeklausel unter Umständen das gleiche Ziel erreicht werden könnte wie mit dem Renvoi ».

⁶⁰¹ A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 133 : « la doctrine s'accorde à attribuer à l'uniformité internationale une position de rang parmi les finalités de justice conflictuelle que la clause d'exception a pour mission de réaliser » ; C. Dubler, *Les clauses d'exception*, p. 100 : « le premier objectif qu'on devrait avoir en vue, lors de l'application de la clause d'exception, est celui de l'uniformité ou harmonie internationale » (cf. *ibidem*, p. 118 : « le renvoi, tout comme les clauses d'exception, est un mécanisme visant essentiellement à assurer l'uniformité des solutions ») ; H. Dietzi, « Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen IPR », *Festgabe zum schweizerischen Juristentag*, 1973, p. 58 ; G. Goldstein / E. Groffier, *Droit international privé*, p. 87 ; F. Vischer, « Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts », *Rev. dr. suisse*, 1971, p. 76 ; M. Keller / D. Girsberger, *Zürcher Kommentar*, ad Art. 15, n° 73 ; A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 191 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 180.

⁶⁰² C. Dubler, *Les clauses d'exception*, p. 119 : « En guise de conclusion, on peut retenir qu'en ce qui concerne la coordination des systèmes, les clauses d'exception sont aptes par leur mécanisme à remplacer le renvoi » ; G. Goldstein / E. Groffier, *Droit international privé*, p. 83, pour qui la clause « peut, dans certains cas, remplacer avantageusement le renvoi » (ég. *ibidem*, p. 173 et 177) ; I. Schwander, « Einige Gedanken zum Renvoi », p. 414 : « Es wird sich de lege ferenda m.E. zu Recht die Frage stellen ob diese Funktion des renvoi als Ausnahmebehelf nicht ebenso gut von einer allgemeinen Ausnahmeklausel erfüllt werden kann » (cf. *ibidem*, p. 418 ; v. du même auteur *IPR, Allgemeiner Teil*, n° 336 et n° 381) ; M. Keller / K. Siehr, *Allgemeine Lehren*, p. 475 : « Sicher erscheint uns..., dass eine Ausweichklausel... auch Funktionen des Renvois übernehmen kann » ; G.A.L. Droz, « Regards », p. 318 : « en effet une telle clause devrait suffire à régler les problèmes épineux que peut provoquer le rejet du renvoi » ; E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 130 : « el reenvío puede ser utilizado para aplicar la ley más próxima y la más estrechamente vinculada con la sucesión internacional. Dicho de otro modo, el reenvío puede suponer una 'vía de escape' para aplicar la ley más próxima » ; A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 281 : « una de las modernas técnicas de sustituir la función del reenvío o, en su caso, de flexibilizar y adaptarlo a los objetivos concretos de su aplicación son las 'cláusulas de excepción' ». Cf. ég. F. Vischer, in *Freiburger Kolloquium über den schweizerischen Entwurf zu einem Bundesgesetz über IPR*, Zürich, 1979, p. 76 ; F. Rigaux, *ibidem*, p. 83 s. ; Bundesamt für Justiz (Hrsg.), *Bundesgesetz über das IPR – Darstellung der Stellungnahmen auf Grund des Gesetzesentwurfs der Expertenkommission und des entsprechenden Begleitberichts*, Berne, 1980, p. 40 (Université de Genève) et p. 40 (Université de Bâle) ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 89 s. ; K. Siehr, « Renvoi : A Necessary Evil », p. 208 ; L. Chedly, « Le rejet inopiné », p. 229. Déjà P. Lagarde, « Le prin-

aurait ici en substance le même effet que l'acceptation du renvoi en ce que sa mise en œuvre, dès lors qu'elle ne consolide pas la vocation de la loi étrangère désignée, conduit à retenir la loi du for ; mais, contrairement à l'admission du renvoi, elle n'y amènerait qu'une fois vérifiée la plus grande intensité du degré d'insertion de la relation interindividuelle en cause dans le milieu de l'État du for⁶⁰³. Bilatéralisable, cet emploi conditionnel du renvoi auquel inviterait la clause présente l'avantage décisif de permettre au for de réaliser l'uniformité lorsqu'elle est utilisée par l'État étranger désigné et souvent même lorsque le seul for l'entérine. Ainsi maniée, la clause échappatoire se dégagerait au surplus, à l'égard des hypothèses de renvoi, du qualificatif « d'exception » dont elle est affublée car elle aura été muée en substance en un principe subsidiaire s'ajoutant au nombre croissant des règles de rattachement « en cascade »⁶⁰⁴ qui, au dernier échelon, s'en remettent à la proximité pure.

Quid des législations où cohabitent clause échappatoire et disposition favorable au renvoi, du moins en certaines matières ? S'agissant d'une espèce ayant trait à l'une d'elles, la clause, qui est d'application générale, peut fort bien être sollicitée. Et de fait, la disposition admettant le renvoi comporte bel et bien une règle de conflit – de conflit négatif de règles de conflit – qui prétend le trancher au profit de la loi du for. Une fois celle-ci désignée par une telle règle de conflit (de renvoi), rien ne dispense de soumettre une telle issue au contrôle exercé par la clause, laquelle peut, lorsque l'ensemble des circonstances pointe résolument vers la loi de l'État étranger que désignait la règle de conflit du for, commander un retour – ou, si l'on préfère, un nouvel « envoi » – vers la loi

cipe de proximité », p. 160, signalait que « le principe de proximité intervient pour régler le conflit de systèmes ».

⁶⁰³ Pour A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 133, « le renvoi lui-même représente un élément qui peut et doit être pris en considération à l'intérieur de ce procédé [la clause d'exception] » et « il s'agit de surcroît d'une des circonstances auxquelles il faudrait attribuer la plus grande importance puisque la réalité et l'effectivité des liens que la situation à régler peut présenter avec une loi qui, de son côté, n'entend pas la régir se trouvent inévitablement mises en question ». Pour F. Knoepfler, « Utilité et dangers », p. 121, en revanche, il est impossible d'affirmer que « par [l]e simple fait [que la règle de conflit étrangère désigne la loi suisse du for] le rattachement est plus fort avec la Suisse », puisque « la qualité de 'rattachement beaucoup plus étroit' ne doit pas dépendre du simple énoncé de la règle étrangère ». C'est, on s'en souvient, la critique non infondée que l'antithèse adresse à la thèse (*supra*, n° 20). Ce n'est donc qu'après vérification de ce que la loi du for est effectivement la plus *proche* que l'on peut affirmer que « die Rückverweisung fungiere als Ergänzung und Korrektur der unvollkommen wertenden inländischen Kollisionsnorm » (Ch. Lindenau, *Die Einführung des Renvois*, p. 76). Pour L. Barnich, « La clause d'exception », p. 68-69, l'idée que la clause échappatoire pourrait, en partie du moins, remplacer le renvoi « laisse sceptique car le renvoi ne conduit pas nécessairement à l'application d'une loi qui présente 'des liens très étroits' avec la situation ». Or c'est le caractère « mécanique » du fonctionnement du renvoi qui l'empêche de parvenir à l'harmonie des solutions ; en retenant un critère supérieur, la recherche des liens les plus étroits, la clause dispose de ressources adéquates pour y aboutir. Cf. L. Chedly, « Le rejet inopiné », p. 312, qui regrette que la clause d'exception n'ait pas été incorporée dans le Code tunisien, car elle « aurait permis, même en cas de rejet global du renvoi, de revenir à loi du domicile dans le cas où il s'avèrerait que la loi nationale n'entretenait que des liens artificiels avec le rapport juridique, alors que la loi du domicile entretient des liens étroits ».

⁶⁰⁴ Cf. K. Siehr, « Renvoi – A Necessary Evil », p. 208.

étrangère. Il se peut bien sûr, et il arrive même souvent, que la loi du for que désigne la disposition admettant le renvoi soit celle dont la vocation à se réapproprier la maîtrise de la relation privée concernée se fonde sur les liens les plus significatifs. Seulement, ce n'est pas, dans ces cas, en vertu de la seule disposition sur le renvoi que la loi du for est déclarée applicable, mais en vertu du double constat que la règle de conflit étrangère la désigne et que la clause ne trouve en l'occurrence pas à jouer car la loi du for est bel et bien la plus étroitement rattachée. Il est significatif que la jurisprudence des pays dont il est question préfère parfois justifier le retour à la loi du for dans des situations de conflit négatif de règles de conflit en prenant appui plutôt sur la clause d'exception que sur la seule disposition admettant le renvoi⁶⁰⁵ : la première justification est généralisable, c'est-à-dire conforme au bilatéralisme, alors que la seconde ne l'est pas.

Il reste à préciser que le libellé restrictif exigeant des liens « beaucoup plus étroits » avec une loi et « ténus » avec l'autre ne devrait pas dresser un obstacle insurmontable à l'application de la clause aux hypothèses de renvoi. D'une part, ces superlatifs n'ont d'autre but que d'empêcher que ne soient perturbées la prévisibilité du droit et les prévisions des parties. Or l'emploi de la proximité, relayée par les attentes individuelles – elles aussi, on le verra, cautionnées par la clause – est suggéré ici en vue de parer à l'imprévisibilité et de réduire le *forum shopping*, c'est-à-dire pour œuvrer d'abord à ce que la saisine du juge puisse se maintenir à l'état virtuel : *cessante ratione condicionis legis, cessat eius dispositio*. D'autre part, l'usage que les tribunaux, et notamment la cour suprême du pays qui le premier l'a consacrée dans sa loi générale, à savoir la Suisse, ont fait jusque-là de la clause, montre que, si le résultat qu'elle permet d'atteindre est raisonnable, c'est avec une bien moindre rigueur qu'est vérifiée la mesure de l'écart entre les deux lois rivales qu'elle requiert sous l'angle de l'« étroitesse » des liens⁶⁰⁶. Enfin, du point de vue du pays dont la disposition sur le renvoi accepte celui-ci, la clause échappatoire, si elle joue effectivement, ne fait en définitive que reconduire à la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for : autant dire qu'elle n'habilite pas à « échapper » aux règles de conflit du for au profit d'une loi que celles-ci ne désignent pas, mais bien à échapper à la règle de conflit de renvoi du for au profit de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois du for, loi qui non seulement est en général aisément identifiable par les parties mais qui répond au surplus aux appréciations, certes abstraites, de l'État du for. Autrement dit, il n'est pas ici question d'une

⁶⁰⁵ Dans la première affaire où il a fait usage de la clause d'exception (ATF 118 II 79), le Tribunal fédéral aurait pu justifier l'application de la loi suisse en se réclamant du renvoi en vertu de l'article 14 al. 2 LDIP, mais il a préféré fonder le recours à la loi du for sur l'observation que « de tous les liens, le plus fort est manifestement celui qu'ils ont avec la Chaux-de-Fonds » (p. 83).

⁶⁰⁶ V. notamment la jurisprudence suisse sur le sort consécutif au démariage des avoirs de prévoyance professionnelle : ATF 131 III 289 ; ATF du 8 mars 2007, 5C_297/2006 et les autres affaires citées in « Le sort international des avoirs de prévoyance professionnelle à la suite du démariage – Réflexions à l'occasion d'une réforme », *RSDIE*, 2013, p. 351 s.

fuite vers l'inconnu, mais à tout prendre, d'une fuite intra-système, et à bien y réfléchir, et plus exactement, non pas d'une fuite mais d'un retour, vers justement la règle de conflit de lois.

Il est des législateurs qui ont assorti d'une clause de proximité les règles qu'elles ont posées dans une matière particulière. Il en va notamment ainsi des règlements que l'Union européenne a adoptés dans deux matières qui nous intéressent de près : successions et responsabilité non contractuelle.

181. Clause spéciale de proximité : le Règlement « successions ». Entité supranationale chargée par les États qui lui ont donné naissance de coordonner leurs actions au sujet, entre autres, du règlement des relations privées internationales et, d'abord, de prévenir les litiges interindividuels pouvant s'élever de ces relations, l'Union européenne a posé des règles de conflit de lois en matière successorale, qui sont donc non seulement de *structure* mais également de *source* multilatérale et plus exactement supranationale. Lorsqu'elles entreront en vigueur, c'est-à-dire à l'égard des successions qui s'ouvriront à partir du 17 août 2015, les nouvelles dispositions européennes suffiront en général à prévenir, en les « réglant » à l'avance, les conflits engageant les lois des États dits « membres » et plus exactement des États membres *liés* par le Règlement « successions » qui comporte de telles règles⁶⁰⁷ : c'est en ce sens large que l'expression « État membre » est ici utilisée, tandis que les expressions « État non membre » ou « État tiers » désignent tout État *non lié*, y compris les États de l'Union européenne qui, en ayant la faculté, ont préféré ne pas souscrire aux nouvelles dispositions communes, c'est-à-dire le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark⁶⁰⁸. Par conséquent, les conflits de renvoi impliquant deux États membres – les conflits « intraeuropéens » de renvoi – n'auront plus en la matière l'occasion de se produire, la coordination intraeuropéenne des systèmes se réalisant en vertu des règles européennes de *conflit de lois*, ce qui dispense de recourir aux règles européennes de *conflit de renvoi*. Il s'ensuit que le contentieux pouvant s'engager entre particuliers à propos d'une succession intraeuropéenne sera, sous l'angle de la loi applicable, le plus souvent *prévenu* par l'opération des règles de conflit de lois, et la transmission des biens *mortis causa* se fera, sous cet angle, de manière sûre, rapide et peu onéreuse, ce qui profitera, d'une part, aux intéressés, qui pourront compter sur un espace véritablement juridique, c'est-à-dire gouverné par le Droit et non par la loi du plus fort, et d'autre part et par conséquent, aux deux sociétés étatiques dont ils relèvent et à la société européenne en général. Il est vrai que chacun des États membres aura dû à cet effet sacrifier entièrement, c'est-à-dire pour toute succession transfrontière, intraeuropéenne ou en partie extraeuropéenne, son

⁶⁰⁷ Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

⁶⁰⁸ Cf. considérants 82 et 83 du Règlement.

propre point de vue sur la justice de coordination interétatique, encore qu'il ait pu participer à l'élaboration du point de vue européen sur la justice de coordination, point de vue qui s'imposera désormais à lui et qu'il se devra de mettre en œuvre.

Le conflit franco-espagnol de lois susceptible de s'élever de la succession d'un Français domicilié et habituellement résidant en Espagne qui possède des biens, meubles et immeubles, en France et en Espagne, et décède après le 17 août 2015, sera résolu par avance, c'est-à-dire prévenu, par la règle de conflit de lois européenne, qui est de source entre autres franco-espagnole (franco-italo-allemano-austro-lituanosuédo... etc.). La France et l'Espagne ont en effet accepté de confier à l'Union européenne la tâche de régler les conflits entre leurs lois et d'en coordonner le champ d'application respectif ; ces deux États membres ont pu de manière égalitaire participer au processus de mise au point des règles supranationales. En simplifiant un peu, la nouvelle règle européenne retient la résidence habituelle du *de cuius* quels que soient la nature et le lieu de situation des biens de la succession (article 21 paragraphe 1), tout en autorisant le *de cuius* à désigner pour l'ensemble de celle-ci la loi d'un État dont il tient la nationalité (article 22). L'Espagne aura renoncé à la règle de conflit posée par le législateur espagnol et inscrite à l'article 9-8 du Code civil espagnol de 1974 désignant la loi de la nationalité *de cuius* et la France aura renoncé aux règles de conflit, développées par ses organes judiciaires au départ du Code Civil français et précisées au cours du temps, désignant la loi du dernier domicile du *de cuius*, pour les meubles, et la loi de situation pour les immeubles⁶⁰⁹. Ayant cours aujourd'hui, la dualité de telles vues unilatérales, française et espagnole, de la coordination entraîne que, pour ce qui est de la succession d'un Français domicilié en Espagne, la coordination franco-espagnole n'est pas encore réalisée par les règles de conflit bilatérales de lois unilatéralement posées par la France et l'Espagne. Si bien que pour épargner aux justiciables – *de cuius*, successibles, réservataires éventuels... – les méfaits d'un tel défaut de coordination, c'est-à-dire l'insécurité et l'injustice qui peuvent en résulter, il faut que la France et l'Espagne en appellent à des règles de conflit de renvoi, règles que les tribunaux français et espagnols se sont non sans succès efforcés de développer⁶¹⁰. L'avantage du régime actuel auquel l'Espagne et la France devront en contrepartie renoncer, et qui est une conséquence du transfert de souveraineté qu'elles ont consenti, tient en ce que chacun de ces deux États peut aujourd'hui ce qu'il ne pourra plus demain, c'est-à-dire mettre en œuvre ses règles de conflit nationales censées mieux refléter sa propre idée de la justice de coordination à l'égard des successions qui intéressent, en sus de son milieu, celui d'un État, membre ou non membre, qui partage la même idée de la coordination. Par exemple, l'Espagne et l'Allemagne s'accordent aujourd'hui pour soumettre à la loi allemande la succession des Allemands domiciliés en Espagne et à la loi espagnole celle des Espagnols domiciliés en Allemagne sans en principe conférer au *de cuius* une faculté de désigna-

⁶⁰⁹ *Infra*, n° 349 pour les règles de conflit espagnoles et n° 242 pour les règles de conflit françaises.

⁶¹⁰ *Infra*, n° 279 s. pour la jurisprudence française et n° 369 s. pour la jurisprudence espagnole.

tion de la loi applicable⁶¹¹. L'Union européenne leur prescrira de mettre en œuvre un principe différent de coordination hispano-allemande.

Il se peut que la succession ne soit pas purement interne à l'Union européenne – entendue ici comme formée par l'ensemble des États membres liés par le Règlement – c'est-à-dire qu'il se peut que ses éléments se distribuent au sein des milieux d'un État membre (ou de plusieurs États membres), d'une part, et d'un État tiers (ou de plusieurs États tiers) – Brésil, États-Unis, Québec, Liban, Turquie, Royaume-Uni – d'autre part. Une telle succession est, dès lors, susceptible de générer un *conflit de lois* européen-brésilien, européen-américain, européen-québécois, européen-libanais, européen-turc, européen-britannique. Or l'État tiers impliqué peut bien entretenir sa propre idée du critère mieux à même de coordonner son ordre et l'ordre d'un autre État et notamment ici de l'Union européenne, et consacrer une telle vision dans une règle de conflit bilatérale qu'il développe pour son propre compte et qu'il pose unilatéralement. Deux visions unilatérales du meilleur critère de coordination entre les sujets-États (ou sujets-entités supra-étatiques) qui les avancent peuvent, on le sait, différer et une telle différence peut en l'occurrence entraîner des conflits positifs ou négatifs de règles de conflit qui révèlent que la coordination n'est pas encore atteinte et, par conséquent, que l'antinomie internationale de lois n'est pas encore épargnée aux justiciables. C'est dire que ces derniers peuvent se trouver face à un *conflit de renvoi* européen-brésilien, européen-québécois, européen-libanais, européen-turc, européen-britannique... Côté européen, deux dispositions du Règlement peuvent être convoquées pour gérer ce conflit de renvoi et déterminer au profit de quelle loi – de l'État membre ou de l'État tiers – il doit être résolu : la clause spéciale de *renvoi* inscrite à l'article 34 et la clause spéciale de *proximité* figurant à l'article 21 paragraphe 2.

Commençons par observer que la disposition européenne intitulée « renvoi » prescrit de trancher le conflit de renvoi en faveur de la *loi de l'État tiers* dans la mesure où le *de cuius* a désigné celle-ci du moins en tant que loi nationale (article 34 paragraphe 2) : on y reviendra⁶¹². À défaut de *professio iuris*, c'est d'un conflit de renvoi de type classique qu'il s'agira et le texte en question énonce que, pour l'arbitrer, il faut considérer que le Règlement, lorsqu'il « prescrit l'application de la loi d'un État tiers... vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé » (article 34 paragraphe 1). Cet appel aux *règles de droit international privé* de l'État tiers a déjà conduit les commentateurs à se demander si ce sont les seules

⁶¹¹ *Supra*, n° 107.

⁶¹² Voici le texte de l'article 34 : « 1. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un État tiers, il vise l'application des règles de droit en vigueur dans cet État, y compris ses règles de droit international privé, pour autant que ces règles renvoient : a) à la loi d'un État membre ; b) à la loi d'un autre État tiers qui appliquerait sa propre loi. 2. Aucun renvoi n'est applicable pour les lois visées à l'article 21, paragraphe 2, à l'article 22, à l'article 27, à l'article 28, point b), et à l'article 30 ».

règles de rattachement ou également les *règles sur le renvoi* qui sont visées. Les deux lectures comptent déjà l'une et l'autre des partisans prestigieux⁶¹³. L'un et l'autre modèle de renvoi auxquels elles se rapportent sont affectés de défauts bien connus de ces auteurs ainsi que des rédacteurs de la clause, défauts qui tiennent à ce que l'une et l'autre position ne parviennent pas à la coordination – à la « cohérence au niveau international » poursuivie par le Règlement à l'article 34 – et empêchent de la sorte les intéressés de « connaître à l'avance la loi applicable », dès lors qu'elles sont également adoptées par l'État tiers⁶¹⁴. Notons cependant que l'idée proposant de consulter également la règle de l'État tiers sur le conflit négatif de règles de conflit confirmerait que la clause européenne de renvoi n'est pas incompatible avec le fait que, tout comme lorsque le conflit de renvoi implique la loi de l'État tiers de la nationalité en vertu de la désignation de *de cuius*, ce conflit classique de renvoi puisse, du point de vue de l'État membre et de l'Union européenne, être parfois tranché au profit de la *loi de l'État tiers*. C'est-à-dire que la prise en compte du renvoi à laquelle invite l'article 34 peut aboutir à la résolution du conflit négatif par application de la *loi étrangère*, notamment si cela favorise la coordination entre le système européen et celui de l'État tiers.

Or il semble bien qu'un tel résultat puisse être atteint moyennant le jeu conjoint de la clause de renvoi et de la clause de proximité. La règle européenne de conflit de lois, à défaut de désignation par le *de cuius* de la loi de l'État de sa nationalité, retient comme facteur de rattachement de principe la résidence habituelle, mais la loi ainsi désignée est susceptible d'être écartée « à titre exceptionnel », lorsqu'« il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que, au moment de son décès, le *de cuius* présentait des liens manifestement plus étroits avec un État autre que celui dont la loi serait applicable en vertu du paragraphe 1 »⁶¹⁵. On peut bien, comme le prescrit la clause de renvoi, prendre en compte la *règle de droit international privé* de l'État tiers et constater qu'elle désigne la *loi d'un État membre* et ensuite, en vertu de la clause de proximité, soumettre le retour à la loi de l'État membre au test qu'elle recouvre et, par conséquent, ne pas retenir en définitive cette loi mais revenir à la loi de l'État tiers lorsqu'il résulte de « l'ensemble des circonstances de la cause », que le *de cuius* au moment de son décès « présentait des liens manifestement plus étroits » avec celui-ci. Autrement dit, le retour à la loi de l'État membre qu'en-

⁶¹³ A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 350, penche pour la « seconde alternative », tandis qu'A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n° 650 / 2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, 2013, p. 517, est favorable à la première.

⁶¹⁴ Considérants 37 et 57 du Règlement.

⁶¹⁵ Il est sûrement permis d'entendre ces « liens » comme se rapportant également aux liens du *de cuius* par ses biens, c'est-à-dire à la situation de ses biens, et aussi à ses liens affectifs et familiaux, ce qui nous conduit aux liens de ceux qui ont vocation à lui succéder. Cf. l'exemple imaginé par A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 294 (« tous ses parents résident au Portugal, pays où sont également situés tous ses biens »).

visage la clause de renvoi peut fort bien être contrôlé par la clause de proximité ; celle-ci peut dans certaines espèces de renvoi – probablement la majorité – confirmer la pertinence du retour à la loi de l'État membre, et dans d'autres espèces, s'y opposer ou, si l'on préfère, commander un « contre-retour » à la loi de l'État tiers. Les commentateurs ont au demeurant relevé qu'un élément à prendre en compte pour mettre en œuvre le test de proximité est le constat de l'existence du *conflit négatif de règles de conflit* que révèle la mise en œuvre de la clause de renvoi⁶¹⁶. On peut même préconiser que, dans l'appréciation de la proximité, l'on se penche également sur les principes ou règles dont l'État tiers s'inspirerait de son côté pour trancher le conflit négatif, c'est-à-dire que l'on prenne en compte tout à la fois la *règle de conflit de lois de l'État tiers* et la *règle de conflit de renvoi de l'État tiers* dans la mesure où la règle de conflit de renvoi de l'État tiers est *bilatéralisable*⁶¹⁷ : l'une et l'autre sont bien des *règles de droit international privé* de l'État tiers au sens de la clause européenne de renvoi. C'est là, on le sait, une version du « renvoi intégral » qui ne souffre pas du défaut rédhibitoire qui affecte la manière dont il est communément entendu – qui suppose que l'État désigné accepte ou refuse le renvoi de manière inconditionnelle – et qui consisterait à rechercher la *bilatéralité effective* du principe de solution de conflit négatif à retenir.

Décédé après le 17 août 2015 sans laisser de dispositions de dernière volonté, un Britannique habituellement résidant et domicilié – au sens du droit anglais – en Angleterre laisse un appartement de vacances en Espagne. La règle de conflit hispano-européenne que comporte l'article 21 paragraphe 1 du Règlement désigne la loi anglaise de la résidence habituelle pour l'ensemble de la succession. L'article 34 paragraphe 1 prescrit quant à lui de considérer les « règles de droit international privé » anglaises et la règle de conflit de lois anglaise s'en réfère, pour l'immeuble espagnol, à la loi espagnole du *situs*. La clause de proximité de l'article 21 paragraphe 2 autorise à écarter la loi qui serait applicable « en vertu du paragraphe 1 ». Or lorsque celui-ci désigne la loi d'un État tiers dont les « règles de droit international privé » désignent la loi d'un État membre, on peut considérer que l'article 21 paragraphe 1, lu conjointement avec l'article 34, désigne, par le truchement de ce dernier, par « disposition interposée » pour ainsi dire, la loi de l'État membre désignée par la règle de droit international privé de l'État tiers, en l'espèce la loi espagnole. C'est donc bien la loi espagnole qui pourrait être soumise au test de proximité et au besoin écartée lorsqu'il résulte de l'« ensemble des circonstances de la cause qu'au moment de son décès, le défunt présente des liens manifestement plus étroits » avec un autre État et notamment ici le Royaume-Uni et spécialement l'Angleterre, qui est à la fois le pays de la nationalité et de la résidence habituelle du *de cujus*. Dans la mesure où les successibles sont tous britanniques et l'essentiel des biens de la succes-

⁶¹⁶ A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 133 ; A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 521.

⁶¹⁷ Comme l'est celle qui se dégage, par exemple, de la jurisprudence anglaise et américaine : v. *infra*, 287 s., 306 s. et 435.

sion se trouve en Angleterre, on peut penser que, s'ils sont autorisés à mettre en œuvre le test de proximité, les juges hispano-européens seraient enclins à conclure que la loi avec laquelle le *de cuius* « présentait les liens manifestement les plus étroits » est bien la loi anglaise, l'Espagne n'étant pour lui et ses proches qu'un lieu de villégiature. Une telle conclusion se confirme au demeurant dès lors qu'ils consultent la « règle de droit international privé » sur le conflit de renvoi tirée de la jurisprudence anglaise laquelle, dans des hypothèses de Britanniques domiciliés en Angleterre et laissant un immeuble en Espagne, a pour l'essentiel, en tenant compte aussi de ce qui se dégage de la jurisprudence espagnole, retenu la loi britannique et le plus souvent la loi anglaise⁶¹⁸. Le conflit européen-britannique de renvoi sera régi du point de vue hispano-européen et britannique au profit de la *loi anglaise*, si bien que la « cohérence au niveau international » du règlement de la succession est retrouvée en dépit de la diversité des règles de conflit de lois.

Une telle articulation entre la clause de renvoi et la clause de proximité à propos des successions rattachées tout à la fois à l'Union européenne et à un État tiers valorise les vertus de chacune tout autant qu'elle en neutralise les limites, limites que les commentateurs n'ont pas manqué de rappeler. Employée à l'égard des successions génératrices de conflits de renvoi, la clause européenne de proximité n'alimente pas l'insécurité juridique mais s'efforce au contraire de remédier à celle que laisse subsister le conflit de renvoi⁶¹⁹ et loin de « l'emporter sur la recherche de l'uniformité », elle y serait en revanche asservie⁶²⁰. Il est des affaires où, à l'instar de celle que l'on vient de donner en exemple, notamment lorsque le *de cuius* est habituellement résident dans l'État dont il tient la nationalité et le conflit de renvoi n'a pour objet que certains immeubles, les « liens manifestement les plus étroits » du *de cuius* le rattachent à l'État tiers. Si bien que l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que les juges de l'État membre et de l'État tiers, s'ils sont autorisés à trancher le conflit négatif entre règles de conflit par recours au principe bilatéral de proximité, le concrétiseront au profit de la même loi de telle sorte que la nécessité de « saisir pour savoir » s'efface corrélativement ; en cas d'équilibre des liens, le test de proximité retire au plaideur le plus rapide, et restitue au juge, le pouvoir de déterminer la loi au profit de laquelle le conflit de renvoi sera tranché et ce par une recherche plus fine de la justice et plus respectueuse des attentes communes et universelles des justiciables de bonne foi, lesquels s'attendent, et ont le droit de s'attendre, à ce que toute incertitude objective préjudiciaire quant au droit applicable soit arbitrée par un juge et non par la course de vitesse qui

⁶¹⁸ *Infra*, n° 290 et 292.

⁶¹⁹ A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 291 (« Le plus grave défaut de la clause d'exception est lié à l'insécurité qu'elle engendre »).

⁶²⁰ A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 521, à propos de l'exclusion du renvoi dans les hypothèses visées par l'article 34 paragraphe 2.

débouche sur la saisine de celui-ci⁶²¹. Ainsi mise en œuvre, et parce qu'elle s'en remet à un principe tiers et propre à favoriser la convergence des États dont les règles de conflit de lois se désignent mutuellement, la clause de renvoi parvient vraiment à la coordination entre l'Union européenne et l'État tiers et à la résolution et, dans un certain nombre d'espèces, à la prévention du conflit international de lois en épargnant aux particuliers les désagréments de celui-ci.

Il semble donc que l'articulation ici proposée des deux clauses est bien compatible avec la *littera legis* et satisfait à la *ratio legis* de l'une et de l'autre ainsi qu'aux finalités générales du Règlement, lequel s'efforce de prescrire l'application d'« une loi prévisible, avec laquelle [la succession] présente des liens étroits »⁶²² et, pour ce qui est des successions mettant en cause l'Union européenne et les États tiers, de réaliser la « cohérence au niveau international »⁶²³, afin de réduire le nombre de celles dont la dévolution se fera de manière contentieuse, c'est-à-dire afin de diminuer les litiges et d'empêcher que ceux-ci soit tranchés par un coup de force d'une partie contre l'autre.

Il se peut bien sûr que la clause de proximité pointe vers la loi de l'État membre, c'est-à-dire qu'elle avalise le retour vers la loi de celui-ci que désigne par hypothèse la règle de droit international privé de l'État tiers. Il en va ainsi de la succession d'un Français (Allemand, Suédois, Hongrois, etc.) qui, la retraite venue, s'installe en Turquie avec son épouse, également française, et y décède peu après sans faire de testament et laissant des biens surtout en France, où vivent ses enfants, et un immeuble et un modeste compte bancaire en Turquie. Si, par application de l'article 34, la France accepte inconditionnellement le renvoi et tient la loi française pour applicable et que la Turquie accepte elle aussi inconditionnellement le renvoi et tient la loi turque pour applicable, le conflit franco-turc de lois n'est pas prévenu car, avant toute procédure, deux lois sont applicables et ceux qui ont vocation à succéder et s'interrogent sur la loi qui régit une telle vocation, les conditions et l'étendue de celle-ci, demeureront sans réponse, c'est-à-dire évolueront « en toute insécurité juridique » ; un tel défaut de coordination des systèmes franco-européen et turc ne peut que générer une « incohérence au niveau international »⁶²⁴ et chacun des intéressés, dûment informé, pourra être tenté de courir vers le for afin de s'assurer l'application de la loi qui lui est plus favorable. Si la France soumet le retour à la loi française au test de proximité de l'article 21 paragraphe 2, elle adopte une attitude au sujet du conflit franco-turc et européen-turc de renvoi que la Turquie pourra bien adopter à son tour. La loi française sera certes en l'espèce appliquée mais non pas unique-

⁶²¹ Sur ce que « le recours à la clause d'exception permet de parvenir à une solution plus conforme aux attentes » des personnes concernées, v. A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 291. Le fait de s'attendre à ce qu'en cas d'incertitude objective préjudiciaire du droit applicable, ce soit la sagesse d'un *juge* qui tranche le conflit de lois et non pas la *course vers le juge*, répond à une attente universelle, qui consiste en définitive à escompter que le droit soit du droit (*supra*, n° 158 et *infra*, n° 390).

⁶²² Considérant 37.

⁶²³ Considérant 57.

⁶²⁴ Pour paraphraser les considérants 37 et 57.

ment parce que la règle turque de conflit de lois la désigne mais également parce que la proximité confirme la pertinence en l'espèce d'une telle désignation.

182. Clause spéciale de proximité (suite) : le Règlement « Rome II ». Le Règlement Rome II, qui, en matière d'obligations non contractuelles, unifie les règles de conflit de lois des États membres qui l'ont adopté⁶²⁵, comporte lui aussi deux dispositions susceptibles d'être convoquées pour gérer un conflit de renvoi, lequel ne peut ici de nouveau qu'opposer la loi d'un État membre et la loi d'un État tiers⁶²⁶ : il s'agit, d'une part, de la clause de renvoi inscrite à l'article 24 et, d'autre part, de la clause de proximité trouvant sa place à l'article 4 paragraphe 3⁶²⁷. La première exclut que, lorsque la règle européenne de conflit de lois désigne la loi d'un État tiers et que la règle de conflit de lois de l'État tiers désigne la loi d'un État membre, un tel conflit de renvoi soit à trancher par application systématique de la loi de l'État membre ; la clause de proximité soumet de son côté la loi désignée par la règle européenne de conflit de lois (qui peut être la loi d'un État tiers), au contrôle de la proximité et permet de donner efficacité à une loi autre que celle qui est ainsi désignée lorsqu'il « résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits » avec cette autre loi (qui peut être celle d'un État membre). On peut penser – et c'est bien ce qui a été proposé par certains⁶²⁸ – que le constat que, s'agissant de la loi d'un État tiers, la règle de conflit de celui-ci estime que le fait dommageable présente dans l'abstrait « un lien plus étroit » avec un État membre, n'est pas dénué de pertinence ; et que la clause de proximité invite en ces circonstances à prendre en considération d'autres indices concrets de localisation et vérifier si le fait dommageable entretient un « lien manifestement plus étroit » avec l'un des deux États en conflit de renvoi plutôt qu'avec l'autre. Permettant à l'Union européenne de recourir, à la faveur des relations non contractuelles les plus significativement insérées dans son système économique et social, la vocation de la loi européenne que la règle de conflit européenne sacrifie au profit d'un État tiers, une telle interprétation du jeu conjoint de la clause d'exception et de la clause de renvoi est propre à favoriser la recherche, d'une part, de la « sécurité du droit applicable » et de la « prévisibilité de l'issue des litiges », menacées par le conflit de

⁶²⁵ Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »).

⁶²⁶ Ou, bien sûr, les lois de deux États tiers.

⁶²⁷ « Article 24 : Exclusion du renvoi. Lorsque le présent règlement prescrit l'application de la loi d'un pays, il entend les règles de droit en vigueur dans ce pays, à l'exclusion des règles de droit international privé » ; « Article 4(3) : S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique ».

⁶²⁸ A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 315 : « le large emploi fait par les deux règlements [Rome I et Rome II] de clauses d'exception, générales et spéciales, permet dans quelque mesure de tenir compte, le cas échéant, du renvoi dans le cadre du procédé de mise en œuvre de celles-ci ».

renvoi, et, d'autre part, de la « justice en fonction du cas individuel » et du meilleur « équilibre des intérêts du responsable et la victime » : autant d'objectifs poursuivis par le Règlement, dont la lettre et l'esprit sont – est-il permis de conclure – pleinement respectés dès lors que l'on tranche le conflit de renvoi par appel à l'analyse bilatérale que prescrit la proximité⁶²⁹.

Supposons qu'un accident du type de celui en cause dans l'affaire *Neilson* se produise non pas en Chine mais bien au Royaume-Uni, qui a lui aussi adopté le Règlement Rome II. La règle de conflit européenne inscrite à l'article 4 paragraphe 2 de celui-ci désigne la loi australienne en tant que loi de la résidence habituelle de la victime et du siège de la société responsable au moment du fait dommageable, tandis que la règle australienne de conflit de lois désigne la loi britannique du lieu de l'accident⁶³⁰. Si le Royaume-Uni refuse le renvoi et que l'Australie en fait autant, les intéressés seraient plongés dans l'incertitude à propos de la loi régissant les conséquences du sinistre et chacun pourrait être tenté de le trancher au profit de la loi qui lui est plus bénéfique en transformant la saisine d'un juge en un instrument d'injustice. Heureusement, ni le Règlement Rome II ni la jurisprudence australienne n'imposent un tel résultat. La clause européenne de proximité inscrite à l'article 4 paragraphe 3 peut bien tirer d'affaire car elle invite à vérifier si l'ensemble des circonstances ne fait pas ressortir que le fait dommageable présente un lien manifestement plus étroit avec un État autre que l'Australie et notamment avec le Royaume-Uni. En effet, l'une de ces « circonstances » peut bien être que la règle de conflit de lois australienne désigne la loi du Royaume-Uni : circonstance en soi parfaitement *insuffisante* pour conclure que le Royaume-Uni est l'État le plus fortement rattaché – c'est là, on le sait, l'une des faiblesses de la thèse pro-renvoi – mais sans doute *suffisante* pour en tirer l'incitation à mener une analyse plus poussée de la configuration concrète de l'affaire, analyse qui peut par ailleurs confirmer la vocation prépondérante de la loi australienne à la régir. Le modèle de solution du conflit de renvoi ainsi consacré est propre à remédier d'un coup à tous les défauts de ceux que livre la tradition et à stimuler la convergence des deux Pays en présence ; et il est assez évident que la Cour suprême d'Australie s'est précisément inspirée d'un examen de « l'ensemble des circonstances » pour trancher au profit de la loi australienne le conflit sino-australien de renvoi que soulevait l'affaire *Neilson*⁶³¹. Voilà que, dans bon nombre de situations, la « sécurité juridique du droit applicable » et la « prévisibilité des décisions » sont garanties à un degré raisonnable. Ainsi, par exemple, si la victime est britannique et n'était, au

⁶²⁹ V. considérant 6 : « Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale, quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite » ; considérant 14 : « L'exigence de sécurité juridique et la nécessité de rendre la justice en fonction de cas individuels sont des éléments essentiels d'un espace de justice » ; considérant 16 : « Le recours à des règles uniformes devrait améliorer la prévisibilité des décisions de justice et assurer un équilibre raisonnable entre les intérêts de la personne dont la responsabilité est invoquée et ceux de la personne lésée ».

⁶³⁰ V. pour un aperçu du développement des règles de conflit australiennes en la matière, *infra*, n° 421.

⁶³¹ V. pour les motifs de la décision, *infra*, n° 419.

moment des faits, que temporairement résidant en Australie et que la société responsable déploie l'essentiel de ses activités au Royaume-Uni, on peut penser que le lien du fait dommageable avec le Royaume-Uni est manifestement plus étroit et prophétiser que le juge saisi, britannique ou australien, inclinera à trancher le conflit britannico-australien de renvoi au profit de la loi britannique. Un degré comparable de prévisibilité, mais au profit cette fois-ci de la loi australienne, offre le cas de figure, semblable à l'affaire *Neilson*, dans lequel la présence de la victime, australienne, sur sol britannique n'est due qu'à un déplacement temporaire d'une durée limitée (de quelques semaines par exemple) et que la société responsable n'a pas seulement son siège en Australie mais y exerce l'essentiel de ses activités. Dans un cas comme dans l'autre, la « prévisibilité de la décision » à rendre conduira la victime et le responsable à ne pas la solliciter, c'est-à-dire à maintenir la décision, et la saisine du juge, dans un état virtuel, et le règlement extra-judiciaire qu'aura encouragé une telle prévisibilité tournera à l'avantage de tous, particuliers et collectivités intéressés. Lorsque le pronostic sur lequel débouche la prise en compte de l'« ensemble des circonstances » est incertain, la « justice en fonction du cas individuel » est néanmoins garantie parce que le juge – britannique ou australien – se voit restituer la responsabilité de l'administration d'une telle justice et ici de la résolution du conflit international de lois, et il cherchera le bon « équilibre des intérêts » de la victime et du responsable que suggèrent les circonstances de l'affaire en exorcisant le spectre de l'injustice résultant du choix unilatéral de la loi applicable par la partie la plus véloce.

En revenant aux codifications nationales, il est des pays où c'est la disposition elle-même sur le renvoi qui, sinon encourage, du moins autorise le recours à la proximité pour trancher entre les deux lois concurrentes.

183. Le « sens » de la « Sinnklausel ». L'article 4 par. 1 de l'EGBGB allemand, au libellé résolument original, énonce que le renvoi est accepté dans la mesure où il ne se révèle pas incompatible avec le « sens » (*Sinn*) de la règle de conflit – et rejeté, doit-on conclure, au cas contraire⁶³². Ce texte laborieux a attisé les plus vives controverses⁶³³. Selon l'opinion largement dominante, il faudrait, pour chaque catégorie de règles de conflit, rechercher si le jeu du renvoi est ou non conforme à leur finalité. *Quid* de la règle de conflit traditionnelle, à rattachement unique, seule envisagée ici ? Il semble certain que le « sens » profond de ce type de règle consiste, on l'a vu, à trancher un conflit international de lois

⁶³² « Art. 4 : Rück- und Weiterverweisung... (1) Wird auf das Recht eines anderen Staates verwiesen, so ist auch dessen Internationales Privatrecht anzuwenden, sofern dies nicht dem Sinn der Verweisung widerspricht ». La suite de la disposition énonce que « Verweist das Recht des anderen Staates auf deutsches Recht zurück, so sind die deutschen Sachvorschriften anzuwenden ». La raison d'être de ce dernier « Satz » consiste à exclure que la désignation qu'effectue la règle de conflit étrangère doive être entendue comme une *Kollisionsnormverweisung*, c'est-à-dire à écarter la *foreign-court theory*, laquelle avait eu les faveurs du *Deutsches Rat für IPR* dans son projet de 1974 : v. M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 36.

⁶³³ Cf. M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 12, « ein sehr unklares Bild über das Verständnis der Sinnklausel » résulte de l'examen des opinions doctrinales émises pour en élucider le « sens ».

et, dans la mesure du possible, à le prévenir, en l'épargnant aux personnes participant aux relations privées qu'il menace de frapper. La doctrine allemande s'accorde en effet pour apercevoir ce « sens » en l'harmonie des solutions et « l'importance prééminente traditionnellement attribuée par le droit international privé allemand à la recherche de la coordination avec les systèmes juridiques étrangers » a été encore récemment soulignée⁶³⁴. C'est d'ailleurs parce qu'ils connaissent bien l'inefficacité à cet égard de l'acceptation du renvoi tout autant que de son refus que les auteurs éprouvent de la peine à assigner une portée véritable et nouvelle à la *Sinnklausel* – que certains se résignent à qualifier d'« énigme » (« *Rätsel* »)⁶³⁵ – et persistent plutôt, s'agissant de sa mise en œuvre, à se diviser entre, peut-on dire, adversaires du renvoi et adversaires du refus du renvoi au gré des convictions de chacun. Or si la disposition en cause prescrit d'accepter le renvoi dans la *mesure* où une telle acceptation sert à l'harmonie et de le refuser dans la *mesure* où un tel refus y concourt davantage⁶³⁶, il n'est pas abusif d'avancer que le recours à la proximité, loin d'être incompatible avec la *Sinnklausel*, serait au contraire plus respectueux de celle-ci que l'acceptation pure et simple du renvoi suggérée par la doctrine probablement majoritaire⁶³⁷ ou son refus pur et simple recommandé par d'autres voix⁶³⁸, l'une et l'autre attitude aboutissant en substance à la disqualifier. Il semble en tout cas que les tribunaux qui convoqueraient la proximité dans ce but ne puissent pas vraiment être accusés d'infidélité à la lettre de l'article en question pas plus qu'à son esprit.

184. Les virtualités de la « prise en compte » du renvoi. D'après l'article 12-2 du Code civil espagnol de 1974, la « référence au droit étranger doit s'entendre comme faite à la loi matérielle, sans tenir compte du renvoi que ses règles de conflit peuvent faire à une loi autre que la loi espagnole »⁶³⁹. Un juge confronté à une situation de renvoi au premier degré, que doit-il tirer, au juste, de cette formule sinieuse ? Dictionnaire de la *Real Academia* à l'appui, le Tribunal suprême a tenu à marquer la différence qui sépare la démarche consistant à « appliquer » le renvoi de celle qui revient à en « tenir compte »⁶⁴⁰. L'article 12-2

⁶³⁴ A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 364.

⁶³⁵ G. Kegel / K. Schurig, *IPR*, § 10 V.

⁶³⁶ Pour bien des auteurs, la *Sinnklausel* a été essentiellement motivée par la préoccupation de l'uniformité : K. Ebenroth / P. Eyles, *IPRax*, 1989, p. 12 ; E. Jayme, *IPRax*, 1989, p. 157 ; G. Kegel, *Soergel Kommentar*, Art. 4 *EGBG*, n° 21 ; E. Lorenz, « Renvoi und ausländischer *ordre public* », p. 562. Cf. les travaux parlementaires (BT-Drucks. 10/504, p. 38).

⁶³⁷ En ce sens les auteurs cités par M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 95-96, note 2.

⁶³⁸ Par exemple G. Mäsch, « Renvoi – Plädoyer », p. 293 pour qui le « sens » d'une règle de conflit devrait toujours faire pencher au profit du refus du renvoi.

⁶³⁹ « La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el envío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española ». Sur l'histoire de ce texte, *infra*, note 1484.

⁶⁴⁰ Notamment dans l'arrêt *Lowenthal*, STS, 15 nov. 1996, *Aranzadi R.J.*, 1996, R. 8212 : v. *infra*, n° 355.

n'oblige pas, en a-t-il conclu, à retenir purement et simplement et donner efficacité à la loi espagnole sur la seule constatation du conflit de renvoi, mais il lui en donne la *faculté* et plus exactement lui ouvre la possibilité de sortir de l'impasse en s'inspirant d'autres principes, déduits d'autres dispositions législatives voire du système en général, sur le fondement desquels – on s'y attardera plus loin⁶⁴¹ – les hauts magistrats comme les juridictions inférieures ont en effet, à propos de la même matière, tranché le conflit de renvoi tantôt en faveur de la loi espagnole, tantôt de la loi étrangère. Il semble bien – on y reviendra également⁶⁴² – que la proximité concourt à expliquer une telle jurisprudence, à laquelle la doctrine espagnole s'est en substance majoritairement ralliée⁶⁴³. Et de fait, il est certain qu'en vérifiant que la loi espagnole détient une vocation prépondérante à l'emporter et en s'en tenant, si tel n'est pas le cas, à la loi étrangère, le juge espagnol s'adonne bel et bien à une *prise en compte* du renvoi, c'est-à-dire de la *situation de renvoi* : une fois constaté le jeu des désignations croisées auquel se livrent les règles de conflit de lois espagnole et étrangère, il s'efforce de mettre en œuvre, pour l'arbitrer, un critère complémentaire et supérieur, alors qu'une insensibilité au conflit de règles de conflit le conduirait à s'épargner une telle peine.

L'article 13 al. 1 de la loi italienne de 1995 consacre une formule similaire quoique énoncée de manière positive, et plus directe, puisqu'elle prescrit qu'« il [soit] tenu compte du renvoi » fait à la loi italienne⁶⁴⁴. Une lecture restrictive du type de celle dont l'opportunité s'est fait jour dans l'abondante jurisprudence espagnole n'a pas été explicitement suggérée pour l'instant en Italie, où les décisions ayant dû se prononcer sur une situation de renvoi depuis l'entrée en vigueur de la « loi de réforme » sont rares. Mais il n'est pas déraisonnable que l'on tire parti en Italie également de l'expérience ibérique, plus développée sur ce point, ainsi que de la réflexion qu'elle a stimulée, et ce d'abord pour réaliser que retenir la loi italienne du seul fait que la règle de conflit étrangère la désigne reviendrait davantage à une *application* de la règle de conflit étrangère qu'à une simple *prise en compte* de celle-ci et du renvoi qu'elle opère. Il est vrai qu'à la ramener à son sens primitif, une telle « prise en compte », après l'avoir incité à vérifier que la règle de conflit étrangère désigne la loi italienne, laisserait au juge italien une certaine marge de manœuvre quant à la marche à suivre ultérieurement, car elle constituerait le présupposé d'une nouvelle règle, dont il faut cependant bien admettre qu'elle resterait à

⁶⁴¹ *Infra*, n° 370 s.

⁶⁴² *Infra*, n° 371.

⁶⁴³ Très nettement, M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 200 : « Literalmente el art. 12.2 CC solo prohíbe el reenvío de segundo grado, pero no obliga a aplicar el reenvío de retorno. Es una regla facultativa, no obligatoria. Por eso su aplicación requiere una justificación » ; v. aussi S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 154.

⁶⁴⁴ « Art. 13 – 1. Quando negli articoli successivi è richiamata la legge straniera, si tiene conto del rinvio operato dal diritto internazionale privato straniero alla legge di un altro Stato : a) se il diritto di tale Stato accetta il rinvio ; b) se si tratta di rinvio alla legge italiana ».

mettre au point mais dont la bilatéralité assurerait qu'elle puisse également désigner la loi étrangère et, surtout, être adoptée par l'État « co-intéressé ». Sans doute la proposition est-elle audacieuse ; elle ne partage pas moins avec celle que vient d'avancer une doctrine autorisée, consistant à lire dans la filigrane de l'article 13 al. 1 une préférence pour le « double renvoi », la conviction qu'il est possible qu'un juge italien tout à la fois *tienne compte du renvoi fait à la loi italienne* et retienne au final la *loi étrangère* désignée par la règle de conflit italienne, autrement dit, la conviction que l'application par le juge italien de la loi étrangère à une situation de renvoi au premier degré n'est pas incompatible avec le respect de la directive lui prescrivant de « tenir compte du renvoi »⁶⁴⁵. Surtout, la lecture dont il est ici question nous semble cautionnée, outre l'exemple espagnol, par l'idée que soutient une doctrine tout aussi autorisée d'après laquelle l'harmonie des solutions doit, particulièrement en Italie, être tenue pour un principe général de portée également pratique et propre à orienter l'interprétation des formules législatives et au besoin à les infléchir⁶⁴⁶. Quoi de plus naturel et de plus légitime que d'interpréter la nouvelle disposition italienne sur le renvoi de manière à la rendre conforme à la fonction que l'on s'accorde pour lui assigner, celle d'assurer l'harmonie par-delà la diversité des règles de conflit de lois ? Ce serait au demeurant renouer avec l'esprit de la retentissante codification de 1865, dont les initiateurs de la réforme de 1995 se sont vigoureusement réclamés et dont on sait qu'elle aspirait à donner l'exemple aux autres États en proposant des solutions dont la bilatéralité parfaite, universellement célébrée, les rendait apte à être érigées en règles générales⁶⁴⁷. Et de fait, entre l'extrême de l'*exclusion du renvoi* que professaient les *preleggi* de 1942 – largement taxées à cet égard de dogmatisme – et l'extrême opposé de l'*acceptation du renvoi*, il y a bien un sain et juste milieu. Pour s'en convain-

⁶⁴⁵ A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 164 ; C. Campiglio, « Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 382.

⁶⁴⁶ En ce sens, avec beaucoup de vigueur, P. Picone, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, p. 37, pour qui à l'harmonie revient une « portata anche pratica » car elle peut « influenzare concretamente, attraverso deroghe ed eccezioni, il modo di operare delle singole norme di conflitto ». S'agissant de l'art. 13 de la « loi de réforme », v. du même auteur, « La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia », in P. Picone, *La riforma*, p. 159. En faveur de l'idée que « le but de la règle » (de l'art. 13) est « la recherche de l'harmonie juridique sur le plan international », v. A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 164, qui s'en prévaut cependant pour avancer son interprétation favorable au « renvoi double ». Rappelé par P. Picone dans les « observations » qu'a stimulées la lecture de l'ouvrage de A. Davì (« Considerazioni sulle finalità del 'rinvio' nel diritto internazionale privato contemporaneo », *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1203), le défaut – rédhibitoire – du « renvoi double » est identique à celui qu'A. Davì, comme bien des auteurs avant lui, reproche à l'acceptation classique du renvoi, ou « renvoi simple » – et qu'il tient pour rédhibitoire –, c'est-à-dire, précisément, de ne pas atteindre l'« harmonie juridique » si l'État désigné y souscrit de son côté. D'après A. Davì (*op. cit.*, p. 168), le « renvoi double » serait néanmoins préférable au « renvoi simple » en ce qu'il parvient à la coordination à la fois avec les systèmes qui suivent le « renvoi simple » et avec ceux qui refusent le renvoi. Seulement, le « renvoi simple » habilite lui aussi les systèmes qui y adhèrent à se coordonner avec les systèmes appartenant aux deux autres catégories, c'est-à-dire avec ceux qui refusent le renvoi et avec ceux qui suivent le « renvoi double ».

⁶⁴⁷ *Supra*, n° 105.

cre, il suffirait de prendre au sérieux, en en saisissant la *Zweckrationalität*, le principe, aussi cher à la tradition italienne, de l'égalité entre *loi du for* et *loi étrangère* et d'en faire bénéficier les relations interindividuelles menacées par un conflit de renvoi en les répartissant de manière égalitaire, c'est-à-dire en attribuant à la vocation de la loi du for et à celle de la loi étrangère (vocation à se réapproprier celle que sacrifiaient leurs règles de conflit) ce qui revient à chacune (*suum cuique tribuere*). Non vraiment, la combinaison de l'esprit et de la lettre du système du droit international privé italien ne s'oppose à la bilatéralité de la règle italienne de conflit de renvoi, la rédaction de l'article 13 laissant – vient-on d'écrire – de « la place pour des réflexions ultérieures et pour une évolution éventuelle des idées en la matière »⁶⁴⁸.

185. Renvoi-équité. Il est des textes qui semblent proprement inviter à l'emploi de la proximité pour trancher entre la loi du for et la loi étrangère qu'oppose un conflit de renvoi. Selon l'article 14 par. 2 du Code civil fédéral mexicain, le renvoi ne doit être suivi que si « les circonstances le font apparaître opportun »⁶⁴⁹. Ces « circonstances » sont, est-on sans doute fondé à penser, du moins entre autres, celles qui rattachent la relation privée en cause aux milieux sociaux et économiques du for, comparées aux liens par lesquels une telle relation s'inscrit dans la trame de la société étrangère. Semblablement, l'article 35 de l'ancienne loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963, en vigueur encore aujourd'hui en Slovaquie, énonce que c'est l'objectif d'un « règlement raisonnable et équitable » qui doit inspirer la solution du conflit de renvoi, et ce en vue de parvenir à une « décision juste dans le cas litigieux ». Or l'un des moyens les plus sûrs pour atteindre une telle « décision juste » consiste bien à vérifier quelle est des deux lois en conflit de renvoi celle qui possède la propension plus légitime à se réapproprier la vocation sacrifiée par sa règle de conflit, et ce afin de déterminer laquelle des deux prétentions que sont susceptibles d'avancer les parties privées est mieux fondée en ce qu'elle se réclame de la loi dont le titre à gouverner leur rapport est le plus respectable. Il s'agit là de ce que l'on a qualifié de « renvoi-équité »⁶⁵⁰, et il est en effet peu discutable qu'appliquée aux conflits de lois, la justice du cas concret prescrit d'identifier quelle est des communautés étatiques qu'affecte une relation interindividuelle celle où se localise son *Schwerpunkt*. Ajoutons que l'équité ainsi entendue n'est pas non plus étrangère à la solution que propose le *Second Restatement*. Celui-ci recommande en substance d'appliquer aux espèces donnant lieu au renvoi-retour la *loi du for* mais dans la seule mesure où l'application d'une telle loi est « oppor-

⁶⁴⁸ A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 165.

⁶⁴⁹ « Artículo 14... II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado ».

⁶⁵⁰ A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 145 ; R. Bystricky, « Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé », *Rec. cours*, 1968, t. 123, p. 453.

tune et praticable » et, logiquement, d'en rester à la loi étrangère lorsque c'est l'application de cette dernière qui l'est⁶⁵¹.

Il est vrai que l'autonomie des parties pourrait elle aussi jouer un rôle. Penchons-nous vers celle-ci.

Section II : Autonomie individuelle

186. Plan. La composante subjective de l'analyse à laquelle invite la clause échappatoire semble bien, du point de vue des États qui la consacrent, susceptible d'être appelée à la rescousse en vue de justifier que l'on tranche le conflit de renvoi au moyen de l'autonomie individuelle (§ 1). Le caractère facultatif – dans l'optique des plaideurs – de la disposition écrite admettant le principe du renvoi ou celui de son exclusion aboutirait de même à remettre la solution du conflit négatif de règles de conflit aux déterminations ou aux attentes des particuliers (§ 2). L'application, du moins par voie d'analogie, du principe, communément admis et largement codifié, de l'incompatibilité entre le jeu du renvoi et la *professio iuris* reconnue aux justiciables conduit au même résultat (§ 3).

§ 1. Composante subjective de la clause échappatoire

187. Pouvoir de désignation et attentes des parties. La proximité dont la clause échappatoire autorise la prise en compte est – affirme-t-on souvent – non pas seulement *objective*, ou *géographique*, mais également *subjective*, ou *psychologique*, en ce sens qu'un élément concourant à la définir est livré par les prévisions des parties⁶⁵². Or dans les hypothèses de renvoi, la proximité objective que traduisent les rattachements retenus par les règles de conflit de l'État A et de l'État B est *a priori*, et dans l'abstrait, également significative. La com-

⁶⁵¹ Restatement Second, Conflict of Laws (1971), § 8(2) : v. R.S. Barish, « Comment : Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-Law », 30 *Am. U. L. Rev.* 1049 (1980-1981), p. 1089.

⁶⁵² Pour la Suisse, v. H. Dietzi, « Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel », p. 61 ; F. Vischer, « Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts », p. 75-76 (v. ég. du même auteur, « La loi fédérale de droit international privé – Introduction générale », in F. Dessemontet (dir.), *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, 1988, p. 15 et « General Course of Private International Law », *Rec. cours*, 1992, t. 232, p. 106) ; *Message du Conseil du 10 novembre 1982 sur la loi fédérale sur le droit international privé*, Bern, 1982, p. 46, et *Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf*, Zürich, 1979, p. 60 ; A. Bucher, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht*, Basel, 1975, p. 244 ; A. Von Overbeck, « L'article 8 du projet néerlandais et la clause d'exception », *N.I.P.R.*, 1994 (num. spécial), p. 42 ; R. Meyer, « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions – Suisse », in D. Kokkini-Iatridou (éd.), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, Dordrecht (etc.), 1994, p. 313 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 178-179. Pour le Québec, v. G. Goldstein / E. Groffier, *Droit international privé*, p. 86-87. Pour la Belgique, v. P. Wautelet, in *Le Code de droit international privé*, Bruxelles, 2005, spéc. p. 27 ; N. Watté / C. Barbé, « Le nouveau droit international privé belge », pour lesquels « il semble que le législateur incite ainsi à s'interroger sur les attentes légitimes des parties » (p. 882), même si « la prévision des parties ne suffit pas à elle seule » (p. 883).

posante subjective peut alors contribuer à faire pencher la balance du côté de l'une ou de l'autre des lois en présence.

Ce sont essentiellement les situations où, au moment du *différend*, les parties sont tentées de se réclamer l'une d'une loi et l'autre de la loi rivale, c'est-à-dire d'exprimer des représentations individuelles *divergentes* quant au droit régissant leur relation, qu'il nous faut ici considérer. Deux cas de figure sont envisageables. Il se peut, en premier lieu, que, renseignés sur l'existence d'un conflit négatif opposant les règles de conflit des États A et B, et souhaitant être fixés sur la loi qui la gouvernera, les intéressés se soient expressément déterminés au profit de l'une ou de l'autre des lois en conflit. C'est donc à une véritable *désignation* qu'ils se sont livrés. Il se peut, en second lieu, que les particuliers n'aient pas eu conscience du conflit de renvoi mais qu'ils se soient spontanément orientés vers l'une des lois, en commençant par exemple à mettre en œuvre les situations juridiques – droits et obligations – qui en résultent. Il y a lieu d'avancer que, dans un cas comme dans l'autre, leurs prévisions quant à l'applicabilité de la loi qu'ils ont désignée, pour le premier cas, ou aux prescriptions de laquelle ils ont conformé leurs conduites, pour le second, en sus d'être convergentes, sont également *légitimes* et *objectivement vérifiables* au sens antérieurement exposé⁶⁵³ : légitimes au sens propre et plus rigoureux du terme car elles reposent soit sur la règle de conflit de l'État A, soit sur la règle de conflit de l'État B que celle-ci désigne et qui désigne à son tour la loi de l'État A⁶⁵⁴, c'est-à-dire qu'elles sont au bénéfice d'une « loi de couverture » ; *objectivement vérifiables*, car de telles attentes ne sont pas restées dans le « for intérieur » de ceux qui les ont développées mais elles ont été manifestées par eux au moyen d'une déclaration conjointe ou révélées par leurs comportements concrets.

S'il est généralisé, un tel emploi de l'autonomie individuelle aboutirait à l'uniformité dont nous avons vu que la conviction chez les législateurs et les auteurs se répand qu'elle constitue l'un des objectifs pouvant être poursuivis au moyen du principe de proximité pure⁶⁵⁵. Voilà aussi pourquoi les formules restrictives qui le consacrent ne sauraient en entraver l'usage dans le scénario envisagé : loin de se déployer à l'encontre de la sécurité juridique ou de déjouer les expectatives des parties, la clause d'exception aurait précisément pour but d'assurer à celles-ci, en prévenant à leur avantage un conflit de renvoi, une prévisibilité objective raisonnable de la loi qui les régit – et ce au moment où elles s'en inquiètent – par la satisfaction des prévisions subjectives qu'elles ont pu former et exprimer à un stade antérieur. Il s'ensuit non seulement que l'appel à l'autonomie comme moyen de trancher un conflit négatif

⁶⁵³ *Supra*, n° 156 s.

⁶⁵⁴ F. Vischer, « Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts », p. 86, parle d'« attentes des parties de bonne foi ». Cf. M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 104 (« schützenswert ist nur berechtigtes Vertrauen ») et P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 178.

⁶⁵⁵ *Supra*, n° 180.

est parfaitement concevable du point de vue des systèmes intégrant la clause échappatoire, mais il semble même que les situations de renvoi comptent parmi les cas exemplaires d'exploitation de sa composante subjective⁶⁵⁶. Il est exact – ainsi que d'aucuns l'ont observé – que l'on aboutit de cette manière à élargir la zone laissée à l'autonomie individuelle au-delà de ce que le législateur a établi dans la partie dite « spéciale » de ces codifications⁶⁵⁷ ; seulement, l'embarras dont ce constat est la source pour ces auteurs ne semble pas vraiment fondé dès lors que l'autonomie est cantonnée aux situations de renvoi et ce pour les raisons que nous avons passées en revue⁶⁵⁸.

L'utilisation ici envisagée du principe de proximité est de nature à rendre service, on l'a dit, lorsque les parties inclinent à se réclamer, au moment du différend, l'une d'une loi, l'autre de l'autre loi, et à plus forte raison lorsqu'elles se réclament devant le juge de la même loi, c'est-à-dire lorsque leurs attentes *judiciaires*, à l'instar de leurs attentes antérieures, *préjudiciaires*, sont elles aussi convergentes. Dans ce dernier cas, cependant, le recours à l'autonomie comme moyen de trancher le conflit de renvoi semble pouvoir se justifier autrement, y compris du point de vue des codifications qui ignorent la clause échappatoire.

§ 2. Caractère facultatif de la règle sur le renvoi

188. Dispositions favorables et contraires au principe du renvoi. Parmi les systèmes au droit international privé codifié, on en compte un certain nombre dont la disposition sur le renvoi est favorable à celui-ci, tandis que d'autres législations comportent une règle générale qui y est contraire. Il s'agit, pour les uns et les autres, le plus souvent de textes de principe, qui sont assortis de dérogations, parfois qualifiées d'exceptions, dont on rencontrera d'ailleurs plus

⁶⁵⁶ Pour le législateur belge, la clause d'exception « peut aider à résoudre la problématique des droits acquis à l'étranger » : L. Barnich, « La clause d'exception », p. 66 ; cf. déjà F. Rigaux, « La méthode des conflits de lois », p. 36. La même idée a été soutenue en Suisse : P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 182 ; C. Dubler, *Les clauses d'exception*, p. 116 ; I. Schwander, *IPR, Allgemeiner Teil*, n° 350 ; A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 188. Or, sans entrer ici dans la question délicate de la place qui revient à la notion de « droits acquis » dans la théorie générale de notre discipline (v. pour la présentation du débat, D. Boden, *L'ordre public*, p. 548), on relèvera que s'agissant de situations *ex lege* – c'est-à-dire surgissant de la manifestation de volonté des personnes privées, de leurs actes ou de leurs faits sans l'intermédiaire d'une autorité –, dès lors que les parties, confrontées à une situation de renvoi, choisissent une loi et écartent l'autre, elles ont « acquis » des droits subjectifs et contracté les obligations corrélatives selon une loi désignée soit par la règle de conflit du for soit par la règle de conflit de l'État désigné par la règle de conflit du for. Or respecter ces « droits acquis » revient à donner efficacité à la loi choisie, c'est-à-dire au choix de loi qui a été fait, ce qu'autoriserait la clause d'exception selon l'opinion évoquée.

⁶⁵⁷ C. Dubler, *Les clauses d'exception*, p. 96 ; M. Keller / D. Girsberger, *Zürcher Kommentar*, ad Art. 15, n° 77 ; K. Kreuzer, in *Lausanner Kolloquium über den deutschen und den schweizerischen Gesetzesentwurf zur Neuregelung des IPR*, Lausanne, 14.-15. Oktober 1983, Zürich, 1984, p. 19 ; cf. P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 179.

⁶⁵⁸ *Supra*, n° 149 s. et 153.

loin les principales et les plus largement acceptées⁶⁵⁹. Il convient ici de confronter ces dispositions législatives à l'idée selon laquelle les règles de droit international privé seraient d'application *facultative* pour les justiciables, c'est-à-dire selon laquelle les parties, et notamment les plaideurs, auraient le pouvoir de ne pas invoquer de telles règles ou de s'accorder expressément sur leur exclusion, en liant le juge saisi du litige qui les oppose. Situons-nous d'abord dans la perspective des systèmes qui consacrent l'acceptation du principe du renvoi (A) et raisonnons ensuite pour le compte de ceux dont la disposition générale rejette un tel principe (B). C'est ce qui nous conduira à nous demander si, une fois admis le caractère facultatif de la règle sur le renvoi dans un cadre *judiciaire*, il ne serait pas expédient de l'admettre également dans un cadre *pré-judiciaire* (C).

A – Caractère facultatif de la disposition admettant le principe du renvoi

189. Deux cas de figure. L'hypothèse est ici qu'un des États dont les règles de conflit se livrent au jeu des désignations réciproques a édicté une disposition admettant le renvoi et que les parties à un litige mettant en cause une situation de renvoi s'accordent pour solliciter la mise en œuvre de l'une des lois en conflit. Cet accord doit-il – ou à tout le moins peut-il – être respecté par le juge de cet État ? Distinguons selon qu'il porte sur la loi du for, laquelle est désignée en l'occurrence par la *règle de conflit de renvoi* du for (1), ou bien sur la loi étrangère, laquelle est désignée par la *règle de conflit de lois* du for (2).

1. L'accord porte sur la loi du for désignée par la règle de conflit de renvoi du for

190. Légimité du retour à la loi du for renforcé par l'adhésion des parties. Lorsque les parties confrontées à un conflit négatif de règles de conflit ont convenu de l'application de la loi du for, il semble bien que le juge est tenu d'appliquer celle-ci et d'écarter la loi étrangère pourtant désignée par la règle de conflit du for. Bien sûr, on peut soutenir qu'une telle issue est commandée précisément par la disposition admettant le renvoi et que l'accord des parties n'y apporte pas grand-chose. On est néanmoins fondé à observer qu'ici de nouveau, la circonspection à laquelle incite l'acceptation du renvoi au sein même des pays ayant finalement penché à son profit perd l'essentiel de sa raison d'être lorsque la loi du for n'est pas seulement celle que désigne la règle de conflit étrangère mais également celle qui a emporté l'adhésion expresse et conjointe des plaideurs. Car ainsi « conditionné », le jeu du renvoi – et plus exactement l'application de la loi du for à l'espèce donnant lieu au renvoi – est

⁶⁵⁹ *Infra*, n° 195 s. et 203 s.

le fruit de l'opération d'un critère universalisable et donc conforme au bilatéralisme.

Il est sans doute plus intrigant d'explorer la possibilité pour les plaideurs de se réclamer devant le juge de la *loi étrangère* désignée par la règle de conflit du for et ce *en dépit* de la disposition du for admettant le principe du renvoi.

2. *L'accord porte sur la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois du for*

191. Loi étrangère et renvoi. Supposons que les systèmes ici envisagés s'opposent, en vertu d'une disposition législative ou bien d'une prise de position suffisamment ferme de leur jurisprudence, à l'idée que les règles de conflit soient d'application *facultative* pour les justiciables, c'est-à-dire à l'idée que ces règles n'opèrent que lorsqu'au moins un des plaideurs les invoquent. Une fois exclu que les parties puissent généralement échapper à l'emprise de la règle de conflit du for désignant une loi étrangère, peut-on au moins leur reconnaître le pouvoir d'invoquer à leur avantage la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for en excluant de la sorte le jeu du renvoi, lui aussi par hypothèse prévu par une disposition du for ? Il ne s'agirait de toute évidence pas d'admettre le caractère facultatif de la règle de conflit de lois du for prise dans sa branche désignant la loi étrangère, mais en quelque sorte, au contraire, d'affermir au moyen de l'autonomie individuelle la force obligatoire d'une telle branche, en consacrant le caractère facultatif *de la règle du for acceptant le renvoi à la loi du for*. Admettre un tel caractère facultatif reviendrait pour le for à reconnaître aux particuliers participant à des relations frappées d'un conflit de renvoi, la *faculté* de choisir entre l'application de la règle de conflit *de lois*, et par là de la loi matérielle étrangère, et l'application de la règle de conflit *de renvoi*, et par conséquent de la loi matérielle du for. Autrement dit, les parties se verraient accorder par le for le *pouvoir de trancher elles-mêmes le conflit négatif de règles de conflit* en désignant la loi qui les gouverne.

Il est piquant de constater que non seulement aucun des arguments que l'on oppose communément au caractère facultatif de la règle de conflit *de lois* n'est susceptible d'être brandi à l'encontre du caractère facultatif de la règle de conflit *de renvoi* admettant le renvoi mais, bien au contraire, que ces arguments plaident pratiquement tous en faveur d'un tel caractère facultatif. Autrement dit, *les intérêts que viserait à satisfaire l'impérativité de la règle de conflit de lois du for sont mieux servis par la « facultativité » de la règle admettant le renvoi que par son impérativité.*

192. Critiques adressées au caractère facultatif des règles de conflit et non pertinence de ces critiques à l'égard de la règle sur le renvoi. Il est d'abord inconcevable d'étendre au caractère facultatif de la règle admettant le renvoi le reproche, souvent adressé au « système des règles de conflit facultatives », de

« ne tenir aucun compte » du « principe de l'harmonie des décisions »⁶⁶⁰. Au contraire, la non-impérativité de la règle sur le renvoi sied davantage que son impérativité à la coordination des systèmes. En effet, dès lors que l'État du for et l'État étranger attribuent chacun à leur règle admettant le renvoi un caractère impératif, *deux lois* sont désignées et le conflit de lois subsiste alors que lorsque les deux règles sur le renvoi sont l'une et l'autre facultatives pour les parties au sens que l'on vient d'indiquer – et que la faculté de choisir est effectivement exercée par elles – une *seule loi* est déclarée applicable à leurs relations, si bien que, le conflit étant éliminé, la coordination disparaît.

La crainte que le caractère facultatif de la règle de conflit ne compromette la reconnaissance à l'étranger de la décision prononcée par le juge du for n'est pas non plus transposable s'agissant d'une règle admettant le renvoi⁶⁶¹. Car l'hostilité envers la décision du for que l'on peut redouter résulterait de ce qu'une telle décision a mis en œuvre la loi du for, tandis que l'admission du caractère facultatif de la règle sur le renvoi entraînerait ici précisément la mise en œuvre de la loi étrangère. On peut au contraire penser que l'application de cette dernière a pour effet de faciliter l'accueil de la décision du for par l'État étranger qui l'édicte, ne serait-ce que parce qu'il ne pourra pas y opposer l'ordre public matériel.

Loin d'« étendre le domaine de la *lex fori* dans une mesure peu souhaitable »⁶⁶² – autre réserve manifestée à l'égard de la théorie dite des règles de conflit facultatives –, le caractère facultatif de la règle admettant le renvoi évite précisément le « lexforisme » auquel conduit l'impérativité d'une telle règle. Une règle de conflit de renvoi facultative échappe également au reproche de « condui[re] à abandonner complètement l'idée que la répartition des espèces internationales que le droit international privé fait entre ordres juridiques a une valeur objective »⁶⁶³. À l'opposé, la facultativité de la règle de renvoi a pour effet de « répartir les espèces » donnant lieu au renvoi entre la loi du for et loi étrangère selon un critère rationnel, alors que l'impérativité de la règle sur le renvoi aboutit à revendiquer pour la loi du for la totalité de ces espèces.

On ne saurait non plus invoquer le principe de la non-disponibilité des droits⁶⁶⁴ car, on l'a vu, chacune des lois en conflit de renvoi a déjà « disposé » en faveur de l'autre des « droits » qu'elle prévoit⁶⁶⁵, ni soutenir qu'une règle de renvoi facultative méconnaît certains objectifs sous-jacents à la règle de conflit

⁶⁶⁰ En ce sens A. Von Overbeck, « La théorie des 'règles de conflit facultatives' et l'autonomie de la volonté », *Festschrift F. Vischer*, Zürich, 1983, p. 258.

⁶⁶¹ Cf. Th.M. De Boer, « Facultative Choice of Law », p. 342.

⁶⁶² A. Von Overbeck, « La théorie des 'règles de conflit facultatives' », p. 262 ; N. Boschiero, « Norme di diritto internazionale privato 'facoltative' », *R.D.I.P.P.*, 1993, p. 567.

⁶⁶³ A. Von Overbeck, « La théorie des 'règles de conflit facultatives' », p. 262.

⁶⁶⁴ En ce sens p. ex. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 701 ; D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, Tübingen, 1994, p. 63.

⁶⁶⁵ *Supra*, n° 151.

ou les intérêts publics ou collectifs ou des tiers⁶⁶⁶. En effet, la conséquence du caractère facultatif est ici de nouveau l'application de la loi étrangère et on ne voit pas bien quels sont les intérêts publics ou collectifs ou des tiers que l'impérativité de la règle admettant le renvoi protégerait mieux que sa facultativité, l'harmonie des solutions que cette dernière favorise étant, on l'a vu, asservie à l'intérêt public d'éviter que les justiciables aient recours à la justice privée.

Il est exclu que le caractère facultatif de la règle sur le renvoi encourage les parties à « frauder la loi » en leur permettant de s'accorder sur un certain résultat et d'occulter l'élément d'extranéité qui déclenche l'application de la loi étrangère⁶⁶⁷ ainsi transformant la juridiction du for « en un très attractif centre de *forum shopping* »⁶⁶⁸. Au contraire, au lieu d'exploiter la possibilité de manœuvres unilatérales de l'une au détriment de l'autre – possibilité que leur ouvre la situation de renvoi relayée par l'impérativité de la règle prévoyant l'application de la loi du for –, les parties, grâce au caractère facultatif d'une telle règle, seraient à même d'exorciser tout artifice frauduleux.

Enfin, et surtout, puisque reconnaître le caractère facultatif de la règle admettant le renvoi revient, ainsi qu'on l'a dit, à remettre entre les mains des parties le choix entre l'une et l'autre lois se désignant mutuellement, il y a lieu de croire qu'une telle facultativité est mieux ajustée à l'intérêt légitime qu'ont les particuliers à la prévisibilité de la loi applicable ainsi qu'à la justice du cas concret⁶⁶⁹. Autant dire que l'avantage tout à la fois brandi par les tenants de la théorie des règles de conflit facultatives⁶⁷⁰ et contesté par ses contempteurs⁶⁷¹ se réalise ici effectivement. Aussi la commodité qui pour le juge résulte de l'application de la loi du for n'est-elle pas érigée en une *fin en soi*, ainsi que le porte en revanche à croire l'impérativité de la règle admettant le renvoi⁶⁷², mais elle est reléguée au rang de simple *effet* de la mise en œuvre d'un facteur de solution du conflit de renvoi, effet incontestablement heureux mais simple effet néanmoins⁶⁷³.

Nombre de décisions jurisprudentielles citées parmi celles ayant exclu le renvoi peuvent, semble-t-il, être expliquées de la sorte : les parties au litige

⁶⁶⁶ D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, p. 65 ; N. Boschiero, « Norme di diritto internazionale privato 'facoltative' », p. 567 ; pour une discussion Th.M. De Boer, « Facultative Choice of Law », p. 367.

⁶⁶⁷ A. Von Overbeck, « La théorie des 'règles de conflit facultatives' », p. 260.

⁶⁶⁸ B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 701.

⁶⁶⁹ G. Kühne, *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, p. 33 ; Th.M. De Boer, « Facultative Choice of Law », p. 366.

⁶⁷⁰ A. Flessner, « Fakultatives Kollisionsrecht », *RabelsZ.*, 1970, p. 547 s. ; F. Sturm, « Fakultatives Kollisionsrecht : Notwendigkeit und Grenzen », *Festschrift K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 349.

⁶⁷¹ A. Von Overbeck, « La théorie des 'règles de conflit facultatives' », p. 259.

⁶⁷² *Supra*, n° 26.

⁶⁷³ F. Sturm, « Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht », p. 652.

ayant plaidé conformément à la loi étrangère, le juge n'a pas ressenti le besoin de s'en écarter par le biais du renvoi. Il en sera question à point nommé. *Quid* du point de vue des États dont la disposition générale sur le renvoi exclut celui-ci ?

B. Caractère facultatif de la disposition refusant le principe du renvoi

193. Caractère facultatif de la règle de conflit en cas de renvoi. La question est ici de déterminer si la disposition générale excluant le principe du renvoi que consacrent maintes législations est facultative pour les parties. Est-il vraiment raisonnable de leur retirer la possibilité, dans les situations de conflit négatif de règles de conflit, de s'accorder valablement sur la loi matérielle du for qui est désignée par la règle de conflit étrangère, c'est-à-dire d'« exclure l'exclusion » du renvoi, ou, de manière positive, d'en vouloir l'acceptation ? Il ne semble pas que les critiques que l'on adresse au caractère facultatif des règles de conflit soient plus convaincantes à l'égard du caractère facultatif de la règle *excluant* le renvoi qu'elles ne le sont à l'égard du caractère facultatif de la règle *admettant* le renvoi. L'argument regrettant la méconnaissance de l'harmonie des solutions perd toute sa pertinence car le caractère facultatif de l'exclusion du renvoi sert un tel objectif plus directement et efficacement que son impérativité. Au même sort est voué l'argument condamnant l'élargissement non désirable du champ d'efficacité de la loi du for car l'élargissement qui découle de la facultativité de la règle excluant le renvoi produirait l'effet parfaitement désirable et désiré d'atteindre la coordination des systèmes. Les intérêts publics, des tiers ou collectifs sont eux aussi mieux satisfaits par une règle qui, compte tenu de la renonciation que consent l'État étranger à la vocation de sa loi au nom de l'harmonie, à savoir au nom de la résolution des conflits d'intérêts privés, favorise l'accord amiable des parties et l'harmonie qui en résulte. Aussi la facultativité de l'exclusion du renvoi contribue-t-elle à désamorcer le *forum shopping*.

Il paraît possible de conclure que les arguments avancés à l'encontre de la théorie des règles de conflit facultatives, loin de s'opposer au caractère facultatif de la disposition excluant le principe du renvoi, s'opposent plutôt à l'impérativité – et plaident donc pour la facultativité – d'une telle disposition.

C. De la facultativité judiciaire à la facultativité préjudiciaire

194. Facultativité préjudiciaire. Il faut bien reconnaître que si l'on accepte le principe du caractère facultatif de la règle sur le renvoi – qu'elle admette ou refuse le renvoi – dans un cadre *judiciaire* lorsqu'une action est déjà ouverte, il n'y a pas vraiment de raison de ne pas entériner un tel caractère à un instant *antérieur* du développement d'une relation juridique. Tous les bienfaits que procure la facultativité de la disposition sur le renvoi seraient en effet plus visibles et plus entiers si l'on était prêt à les recueillir avant toute judiciarisation.

Il est vrai qu'une telle issue peut souvent s'appuyer sur d'autres dispositions législatives et notamment sur celles qui excluent le renvoi en cas de loi désignée par les parties.

§ 3. Exclusion du renvoi en cas de loi désignée par les parties comme moyen de coordination

195. Un principe répandu. Un nombre désormais important de codifications consacre expressément le principe selon lequel, lorsque les parties désignent une loi étrangère, le renvoi le cas échéant opéré par la règle de conflit étrangère au profit de la loi du for doit être négligé⁶⁷⁴, c'est-à-dire que le conflit de renvoi doit être, dans ces circonstances, tranché au profit de la loi étrangère. Le bien-fondé d'un tel principe ne semble pas contesté non plus dans les pays où il ne résulte pas d'un texte législatif⁶⁷⁵. L'hypothèse plus directement visée est celle d'une règle de conflit à rattachements multiples édictée par l'État A qui reconnaît elle-même aux intéressés un pouvoir de désignation tandis que la règle de conflit à rattachement unique de l'État B dont la loi a été désignée par eux ne la leur accorde pas (A). Il est naturel de se demander si un tel principe ne serait pas également applicable aux hypothèses dans lesquelles les parties, confrontées à une situation de renvoi provoquée par deux règles de conflit classiques, désignent pour les régir une des lois en présence en écartant l'autre (B).

A – Conflit de renvoi entre une règle à rattachements multiples de l'État A et une règle à rattachement unique de l'État B

196. Conditions de l'hypothèse. Le cas de figure dont il est question ici présente un certain nombre de caractéristiques. D'une part, le système de droit international privé de l'un des États en conflit de renvoi – nous supposons qu'il s'agit de l'État A – est codifié. D'autre part, la règle de conflit de lois de cet État est à *rattachements multiples* et laisse aux parties ou l'une d'elles le choix entre les lois que désignent ces différents rattachements ; autrement dit, l'autonomie individuelle est consacrée déjà au niveau du *conflit de lois* par l'un des États, ici l'État A. En troisième lieu, cet État se dote également d'une règle de *conflit de renvoi* – de source elle aussi législative – qui *exclut le renvoi* lorsque la loi étrangère applicable l'est en vertu de sa désignation par les intéressés. Enfin, la règle de conflit de l'autre État en conflit de renvoi – ici l'État B – retient un seul rattachement. Distinguons deux sous-hypothèses suivant que l'État B refuse le renvoi dans une telle situation (1) ou bien l'accepte (2).

⁶⁷⁴ V. à titre d'exemple l'art. 4(2) *EGBGB*, l'art. 13.3 de la loi de réforme italienne de 1995, l'art. 15 de la loi ukrainienne, l'art. 1.24 du Code civil lithuanien.

⁶⁷⁵ Pour la France, v. p. ex. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 490 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 190 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 163.

1. *L'État dont la règle de conflit est à rattachement unique refuse le renvoi*

197. Refus du renvoi, prévisibilité du droit et prévisions des parties. Si les parties ont désigné la loi de l'État B en prenant appui sur la règle de conflit à rattachements multiples de l'État A, suivre la désignation que prononce la règle de conflit de l'État B au profit de la loi de l'État A irait – dit-on – à l'encontre des prévisions des parties, dont il est raisonnable d'estimer qu'elles se fondent sur les règles matérielles de la loi choisie, à l'exclusion des règles de droit international privé. La prévisibilité du droit et la sécurité juridique seraient de ce fait mises à rude épreuve. L'acceptation du renvoi se solderait par une dénaturation de la finalité de la règle dite « d'autonomie »⁶⁷⁶. Le refus du renvoi s'imposerait donc. Mais faut-il voir en ce refus du renvoi une indifférence de l'État A envers la résolution, et d'abord la prévention, d'une antinomie internationale, envers l'harmonie préjudiciaire de solutions ?⁶⁷⁷ La conviction répandue que, dans un cas de conflit négatif de règles de conflit, c'est à l'acceptation du renvoi qu'est confiée la coordination, et non pas au refus du renvoi, c'est-à-dire la conviction que, dans ces circonstances, c'est la mise en œuvre de la *loi du for* et non pas de la *loi étrangère* qui est plus propre à assurer l'harmonie, porterait en effet à le croire, le renvoi étant ici refusé par l'État A.

Voilà qui serait cependant une conclusion bien hâtive. Non seulement raisonner de la sorte signifierait passer outre le fait que les règles permettant aux parties de choisir entre les lois désignées par plusieurs rattachements sont elles aussi communément appelées « règles de conflit de lois », ce qui laisse supposer qu'elles visent bel et bien à trancher un conflit international de lois⁶⁷⁸. Ce serait aussi méconnaître le service que rend à la prévisibilité du droit la prévention d'un tel conflit, la coordination des systèmes : pas de prévisibilité du droit – pas plus que de respect des prévisions des parties – sans harmonie préjudiciaire de solutions. Et de fait si la loi de l'État B est désignée par la règle de conflit de l'État A en vertu de la désignation qu'ont faite les parties, l'existence d'un conflit de renvoi suppose nécessairement que la règle de conflit de l'État B désigne la loi de l'État A, ce qui implique à son tour et tout aussi nécessaire-

⁶⁷⁶ Pour F. Sturm, « Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht », *Festschrift zum 50jährigen Jubiläum des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht an der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967, p. 175, il s'agit d'un principe généralement reconnu (« allgemein anerkannt »). Entre tous, v. B. Ancel, note sous Cass. (1^{re} Ch. civ.), 24 janv. 1984, *Mari Magni, Rev. crit.*, 1984, p. 637 ; H. Batiffol, note sous Trib. civ. Orléans, 27 févr. 1951, *Rev. crit.*, 1953, p. 362 ; A. Bucher / A. Bonomi, *D.i.p.*, p. 113 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 198 ; L. Chedly, « Le rejet inopiné », p. 319 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 125 ; M.A. Jagmetti, *Die Anwendung fremden Kollisionsrechts durch den inländischen Richter*, Zürich, 1961, p. 89 ; O. Hartwig, *Der Renvoi*, p. 115.

⁶⁷⁷ En ce sens p. ex. F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, p. 218, pour qui lorsque l'option de législation favorise une politique matérielle, « la coordination passe au second plan » ; B. Ancel, note sous Cass. (1^{re} Ch. civ.), 24 janvier 1984, *Mari Magni, Rev. crit.*, 1984, p. 637 : « le souci de la coordination des systèmes passe après le respect des prévisions raisonnables des intéressés » (mise en italique en original).

⁶⁷⁸ Pour quelques développements à cet égard, v. *infra*, n° 215.

ment que la règle de conflit de l'État B ne prévoit pas pour sa part d'option de législation (ou qu'une telle option n'a pas été régulièrement exercée du point de vue de l'État B). Il s'ensuit que si l'État A *se désintéresse* vraiment de l'harmonie de solutions en *refusant* le renvoi et que l'État B en fait autant en *refusant* lui aussi le renvoi et mettant en œuvre la loi matérielle de l'État A, la prévisibilité du droit et la sécurité juridique préjudiciaire sont parfaitement compromises⁶⁷⁹ : à tout instant préjudiciaire, les intéressés sont condamnés à ignorer s'ils sont ou seront régis par la loi de l'État B qu'ils ont désignée ou qu'ils souhaitent désigner en prenant appui sur la règle de conflit de l'État A, ou bien par la loi de l'État A que désigne la règle de conflit de l'État B. Une telle incertitude, lorsqu'elle s'accompagne du constat qu'elle sera résolue non pas par un juge, mais par la saisine d'un juge et par conséquent par le plaideur qui le saisit, est au surplus susceptible – avons-nous dit – de contrarier les attentes légitimes et universelles des intéressés.

Loin d'être assurées par le refus bilatéral du renvoi, la prévisibilité et la sécurité juridique dans les situations de renvoi provoquées par l'exercice du pouvoir de choisir conseilleraient précisément aux parties de ne pas en user⁶⁸⁰ et, peut-être, à l'État de ne pas l'accorder⁶⁸¹.

Résidant de manière stable en Suède, un Italien propriétaire de biens en Italie et en Suède s'interroge sur la loi applicable à sa succession. Grâce à des spécialistes du droit international privé des deux pays, il découvre, d'une part, que la règle de conflit italienne, tout en retenant le rattachement à la nationalité du *de cuius*, lui permet de désigner dans ses dernières volontés la loi de sa résidence habituelle, ici la loi suédoise⁶⁸² ; et que, d'autre part, la règle de conflit suédoise retient la loi de la nationalité du *de cuius* sans l'habiliter à en sélectionner une autre⁶⁸³. Le choix par notre Italien de la loi suédoise provoquerait ici une situation de renvoi : la règle de conflit italienne désignerait la loi suédoise et la règle de conflit suédoise la loi italienne. Troublé par la perspective d'un tel conflit négatif, notre *de cuius* interroge ses conseils sur la solution qui lui serait apportée. Ainsi que le lui signale son avocat italien, l'Italie semble refuser le renvoi et ce en vertu d'une disposition⁶⁸⁴ dont on avance qu'elle se justifie par l'observation que lorsque le *de cuius* désigne la loi suédoise de sa résidence, il pense à la loi matérielle suédoise et non également à la règle de conflit suédoise, si bien que faire intervenir celle-ci aboutit à déjouer une telle attente. Seulement, si la Suède

⁶⁷⁹ *Supra*, n° 78 s.

⁶⁸⁰ K. Siehr, « Konfliktvermeidung », p. 129-130 ; A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 304 ; O. Hartenstein, *Die Privatautonomie im internationalen Privatrecht*, citée *supra*, note 528.

⁶⁸¹ Sur ce point v. P. Picone, « Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti », p. 525, note 32 et p. 535, qui envisage la possibilité que le législateur limite l'efficacité du choix aux cas où ce choix permet d'aboutir à l'harmonie de solutions.

⁶⁸² Voir en effet l'art. 46 al. 2 de la loi de réforme italienne.

⁶⁸³ H. Tiberg / F. Sterzel / P. Cronhut, *Swedish Law – A Survey*, Stockholm, 1994, p. 362 ; cf. L. Carlson, *The Fundamentals of Swedish Law*, Lund, 2009, p. 182.

⁶⁸⁴ Article 13 al. 1 de la « loi de réforme », dont il a été question *supra*, n° 184.

refuse elle aussi le renvoi – ce que l'on supposera pour un instant et dont on supposera que le spécialiste suédois le signale aussi à notre protagoniste – ce dernier se trouvera face à l'incertitude préjudiciaire la plus entière quant à la loi régissant sa succession : le juge de chaque État, s'il est saisi, appliquera la loi matérielle de l'autre et aussi longtemps que les intéressés ignoreront quel est le juge saisi (ce que le *de cuius* est voué à ignorer à jamais), la loi applicable à la succession est destinée à demeurer mystérieuse. S'il en est ainsi, et qu'il se soucie réellement de la prévisibilité du droit et souhaite former des prévisions qui seront effectivement respectées, le *de cuius* ferait mieux de ne pas profiter du pouvoir de désignation que l'Italie lui reconnaît mais non la Suède, et d'en rester à la loi italienne désignée en vertu du rattachement objectif privilégié par les deux États. Loin de permettre au *de cuius* de prévoir, c'est bien l'exercice d'un pouvoir de désignation accordé par un État mais pas par l'autre qui, en provoquant le jeu des désignations croisées qui marque la situation de renvoi, le plonge dans l'imprévisibilité et conduit à un résultat contraire à ses attentes⁶⁸⁵. Cela montre l'imprudence que commettrait une personne qui, souhaitant désigner la loi d'un État qui présente des attaches avec la relation qui l'implique, ne se préoccupe pas de vérifier qu'une telle désignation est valable du point de vue de cet État. C'est précisément parce qu'il possède des attaches, par sa personne et ses biens, avec les milieux de deux communautés étatiques que notre Italien – comme le ferait toute personne raisonnable à sa place – consulte les règles de conflit des deux États et s'abstient de désigner la loi suédoise en sachant que, s'il la désigne, il n'aura finalement aucune certitude qu'elle sera appliquée. Tout cela, bien sûr, change si la Suède devait accepter en l'espèce de trancher le conflit de renvoi par sa propre loi.

Lorsque le Règlement européen en matière de successions sera en vigueur, c'est-à-dire pour les successions qui s'ouvriront à partir du 17 août 2015, il en ira de même, par exemple, de la succession d'un Américain habituellement résidant (au sens du Règlement) et domicilié (au sens du droit américain) en France et possédant des biens meubles tant aux États-Unis qu'en France et des immeubles en France. La règle de conflit de lois de source européenne ayant cours en France lui permettrait de choisir le droit américain de sa nationalité à l'égard de l'ensemble de sa succession ; une règle de conflit de renvoi de source européenne énonce qu'un conflit franco-américain de renvoi devrait être tranché au profit de la loi américaine dans la mesure où celle-ci a été désignée par le *de cuius*⁶⁸⁶. Seulement, si les États-Unis refusent le renvoi et appliquent la loi française, le *de cuius* hésitera à désigner la loi américaine et à organiser sa succession conformément à celle-ci. L'ordre européen ne peut pas prétendre tout seul assurer la prévisibilité du droit applicable aux particuliers impliqués dans une relation privée europeo-américaine parce que celle-ci est, justement, pour partie américaine et il faut bien prendre en compte ce que fait ou pourrait faire l'ordre américain, et c'est là tout le sens de la coordination des ordres juridiques. Et si une cour new-

⁶⁸⁵ Cf. A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 304 : « Dans certaines hypothèses, [la *professio iuris*] peut même devenir une source disharmonie et donc d'incertitude ».

⁶⁸⁶ *Supra*, n° 181.

yorkaise rend une décision sur le fondement de la loi française applicable en raison du domicile du *de cujus* et excluant le renvoi, et que la France accepte de reconnaître une telle décision, elle aura procuré au *de cujus* l'illusion qu'il pouvait choisir la loi américaine en coopérant à déjouer une telle volonté pourtant régulièrement manifestée. Ici de nouveau, les choses changent si les États-Unis devaient retenir de leur côté la loi américaine en suivant la désignation faite par le *de cujus*.

2. *L'État dont la règle de conflit est à rattachement unique accepte le renvoi*

198. Refus du renvoi comme moyen de coordination. Dans une situation de renvoi donnée, le refus du renvoi par un État est, on le sait, tout aussi nécessaire à l'harmonie des solutions que l'est l'acceptation du renvoi par l'autre État. Autrement dit, le refus du renvoi par l'État A ne parvient à assurer aux parties prévisibilité et sécurité que s'il s'accompagne de l'acceptation du renvoi par État B dont la loi a été choisie. Or le refus du renvoi qu'oppose l'État A lorsque les parties désignent la loi de l'État B peut fort bien être précisément ce refus qui, en se combinant avec l'acceptation du renvoi par l'État B, permet aux deux États A et B d'aboutir à l'harmonie préjudiciaire et, par là, à la prévisibilité de la loi applicable. Pour s'en convaincre, envisageons les choses du point de vue des deux États.

Il est permis de penser que lorsque, s'agissant d'une relation privée frappée d'un conflit de renvoi entre lui et l'État B, l'État A déclare applicable la loi matérielle de l'État B dans la mesure où celle-ci fait l'objet d'une désignation par les parties, *l'État A est en train d'avancer une solution au conflit de renvoi consistant à faire trancher un tel conflit par la désignation des parties*. On sait qu'un tel facteur est *bilatéralisable* car si l'État B l'adopte de son côté, les deux États désignent la même loi et le conflit de lois – en la forme ici d'un conflit de renvoi – est véritablement résolu et notamment prévenu. Loin de receler une indifférence ou une désaffection quelconque de l'État A pour la coordination, le *refus* du renvoi commandé par l'autonomie des parties reconnue par lui devient, de son point de vue, précisément le moyen le plus sûr pour assurer l'harmonie qui y aboutit. L'État A *confie* donc en quelque sorte au *refus* du renvoi la poursuite de la coordination *en s'attendant à ce que l'État B dont la loi a été choisie y mette du sien en l'acceptant*.

Il convient alors de se situer dans l'optique de l'État B. Supposons qu'il soit hostile au principe du renvoi tel que le prône la position dogmatique que nous avons appelée thèse, et ce en raison des réserves qu'elle suscite sur les plans juridique, pratique, logique. Ici il ne s'agit cependant pas, pour l'État B, d'appliquer sa propre loi matérielle du *seul* fait que l'État A la désigne, mais aussi parce qu'elle est *désignée par les parties* elles-mêmes. On a vu que l'intégralité des arguments qu'avance l'antithèse à l'encontre de l'application mécanique – que préconise la thèse – de la *loi matérielle du for résultant du seul constat du renvoi*, perdent leur pertinence lorsque la loi matérielle du for est désignée, non seulement par la règle de conflit de lois étrangère, mais également en ver-

tu d'un facteur tiers susceptible d'arbitrer le jeu des désignations croisées, et nous avons également vu que l'autonomie des parties détient des titres sérieux pour remplir un tel office. Non seulement l'État B ne saurait, pour s'opposer à l'application de sa propre loi à la relation interindividuelle litigieuse, invoquer les raisons de l'antithèse, mais ces raisons militent ici précisément en faveur de la mise en œuvre de sa propre loi. D'une part, en effet, la vocation de celle-ci à trancher en l'espèce le conflit de renvoi peut se réclamer du cumul d'un rattachement géographique et du lien psychologique. D'autre part, puisque par hypothèse l'État A avance l'autonomie comme critère de résolution du conflit de renvoi, l'adhésion à un tel critère par l'État B conduit à l'uniformité, donc à la prévisibilité et à la sécurité pour les intéressés, en leur épargnant la nécessité de mobiliser les juges pour être renseignés sur la manière dont le conflit de lois qui les affecte sera en définitive tranché. Dans la mesure où l'État B accepte de retenir effectivement sa loi dans de telles situations de renvoi, c'est qu'il attribue lui aussi à l'autonomie des parties la tâche de trancher le conflit négatif de règles de conflit.

L'imprévisibilité de la loi régissant la succession de l'Italien résidant en Suède serait évitée si, en cas de désignation par le *de cuius* de la loi suédoise, la Suède acceptait de soumettre une telle situation de renvoi italo-suédoise à la loi suédoise. On sait que l'Italie est en effet prête de son côté à mettre en œuvre celle-ci, qui non seulement est retenue par l'État italien en vertu d'un lien objectif qu'il estime significatif (la résidence habituelle du *de cuius*), mais qui a également fait l'objet d'une désignation par le *de cuius*⁶⁸⁷. Côté suédois, alors même que la Suède estime que la thèse (acceptation inconditionnelle du renvoi, en tout cas en matière successorale) est, dans l'ensemble, encore moins convaincante que l'antithèse (refus inconditionnel du renvoi), appliquer la loi matérielle suédoise n'emporterait pas adhésion à la thèse, car la Suède ne mettrait pas en œuvre la loi suédoise *du seul fait* que la règle de conflit italienne la désigne, mais en vertu d'une double condition : que la règle de conflit italienne la désigne et que le *de cuius* se soit expressément prononcé en sa faveur. Autrement dit, la loi suédoise peut se réclamer non seulement d'un *rattachement objectif* que l'Italie a estimé suffisamment significatif mais également du *rattachement psychologique* de la personne, le *de cuius*, qui, de l'avis commun de la Suède et de l'Italie, se trouve au centre des rapports successoraux. Le refus du renvoi par l'Italie et son acceptation par la Suède procèderaient ici d'une règle de conflit de renvoi bilatérale – retenant l'autonomie individuelle – qui, du fait qu'elle est suivie par les deux États, est propre à assurer la coordination interétatique en décourageant toute action en justice visant à déterminer la loi applicable, laquelle est suffisamment déterminable à un stade préjudiciaire.

Il en va de même de la succession franco-américaine envisagée plus haut. Les États-Unis auraient bien raison de trancher le conflit franco-américain de renvoi frappant les immeubles que le *de cuius* possède en France en faveur de la loi américaine qu'a désignée le *de cuius* et qui est celle de sa nationalité et de son

⁶⁸⁷ Art. 46 al. 2 de la « loi de réforme ».

domicile. Comptant sur le bon sens d'une telle détermination de l'ordre juridique américain⁶⁸⁸, il pourra se risquer à planifier sa succession franco-américaine confiant que la loi américaine sera en effet celle qui la régira du point de vue *subjectif* concordant des deux États avec lesquels il présente des attaches, c'est-à-dire celle qui la régira *objectivement*, effectivement.

Jusque-là nous avons supposé que l'autonomie des parties était mobilisée au niveau de la *règle de conflit de lois* de l'un des États en présence. Du côté du moins de cet État, la règle de conflit de renvoi qui y fait appel également peut alors n'avoir l'air que de *prolonger*, en en assurant l'effectivité, une telle autonomie, dont la positivité trouverait dès lors sa source première au niveau du conflit de lois plutôt qu'au niveau du conflit des règles de conflit. *Quid* des hypothèses – visées au premier chef par cette étude – dans lesquelles aussi bien la règle de conflit de l'État A que celle de l'État B sont à rattachement *unique* ?⁶⁸⁹

B – Conflit de renvoi entre une règle à rattachement unique de l'État A et une règle à rattachement unique de l'État B

199. Hypothèse. Aucune des deux règles de conflit de lois – pas plus celle de l'État B que celle de l'État A – ne reconnaît ici aux parties le pouvoir de désigner la loi applicable. Faut-il se résigner à ce qu'en choisissant le juge d'un État, la partie qui saisit la justice la première ait le loisir de sélectionner également la loi régissant la relation interindividuelle frappée par le conflit de renvoi, dont la mise en œuvre par l'État du juge saisi sera en effet entérinée par l'autre État au moyen de la reconnaissance de la décision ainsi prononcée ?⁶⁹⁰ Supposons que, constatant le conflit négatif de règles de conflit, les intéressés se déterminent expressément sur l'application de l'une des deux lois en conflit de renvoi en écartant l'autre et ce afin d'aplanir les choses, afin de réduire autant que possible toute incitation à la litigiosité et notamment de se prémunir contre le risque que l'un d'eux ne procède indirectement et selon sa propre utilité à un choix de loi par le choix du juge (*forum shopping*). Comment les juges de chacun des États s'y prendraient-ils ? Supposons qu'ils reconnaissent l'un et l'autre – et l'un d'eux au moins au moyen d'une *disposition législative* – tout à la fois le *principe du renvoi* et celui d'après lequel le *renvoi n'opère pas en cas de désignation de la loi applicable par les parties*.

Un ressortissant français est domicilié en Roumanie et s'interroge sur la loi applicable à sa succession mobilière dont les éléments se trouvent dispersés en France et en Roumanie⁶⁹¹. Ses avocats-conseils l'informent que la règle de conflit

⁶⁸⁸ Et des résultats se dégageant de la jurisprudence américaine en matière de renvoi successoral : v. *infra*, n° 309 s.

⁶⁸⁹ V. *supra*, n° 3.

⁶⁹⁰ C'est ce que nous avons supposé : v. *supra*, n° 3.

⁶⁹¹ L'exemple a été conçu par référence à la Loi de droit international privé roumaine de 1992 car il a été conçu avant la mise en vigueur, qui a eu lieu le 1^{er} octobre 2011, des dispositions de droit international privé contenues dans le nouveau Code civil roumain. En matière de successions, le légi-

française désigne la loi roumaine en tant que loi du domicile du *de cujus* et que la règle de conflit roumaine désigne la loi française au titre de loi de la nationalité de celui-ci. Pas plus la règle de conflit française que la règle de conflit roumaine ne prévoient, que ce soit au profit du *de cujus* ou des successibles, le pouvoir de désignation de la loi applicable. Assez surpris par le constat que chacun des États où il possède des biens désigne comme applicable la loi de l'autre, notre *de cujus*, en vue de s'assurer que la transmission de sa succession s'opérera de manière efficace et pacifique entre ses proches, se résout à réunir sa seconde épouse et ses enfants du premier lit et, ensemble, ils conviennent de trancher le conflit négatif de règles de conflit au profit de la loi matérielle française. Le *de cujus* décède et une contestation surgit entre l'épouse et les enfants quant à la loi applicable à sa succession et notamment à propos de l'efficacité d'une telle désignation concertée.

200. Point de vue des deux États. Gageons que, dans cet exemple, le juge français inclinera à appliquer la loi française⁶⁹². Pour s'en justifier, il constatera, d'une part, que la règle de conflit roumaine « renvoie » à la loi française ; la vocation de celle-ci à trancher un conflit de renvoi lui apparaîtra sûrement, d'autre part, d'autant plus légitime en l'espèce qu'à l'indice topographique que retient la règle de conflit roumaine – nationalité du *de cujus* – s'ajoute un rattachement « psychologique » : le choix éclairé des intéressés au profit de la loi française ; et que promu à la dignité de facteur de solution du conflit de renvoi, un tel rattachement est parfaitement bilatéralisable et propre de la sorte à faire disparaître la réserve qu'ont souvent manifestée les tribunaux, y compris français⁶⁹³, à l'égard de la thèse, c'est-à-dire qu'elle ne conduit pas à la coordination si les deux États y souscrivent.

Mais c'est surtout le point de vue de l'ordre juridique roumain qui nous intéresse ici. La loi roumaine de droit international privé désigne, avons-nous dit, la loi française de la nationalité du *de cujus* ; elle contient également une disposition *générale* en matière de renvoi qui accepte le renvoi qu'opère la règle de conflit étrangère au profit de la loi roumaine ; elle prévoit enfin une disposition *spéciale* en matière de renvoi qui refuse le renvoi lorsque la loi étrangère est applicable du fait de sa désignation par les intéressés. Serrons de près cette disposition spéciale. Bien sûr, celle-ci vise l'hypothèse où la désignation de la loi applicable est faite *conformément à une règle de conflit de lois du for*. Bien sûr, la situation-type qu'elle vise d'abord est celle où les parties choisissent une loi parmi celles que désigne une *règle de conflit à rattachements multiples du for* – que

slateur roumain a préféré et à la vérité n'a pas eu d'autre choix que de se rallier aux solutions que consacrera le Règlement européen. V. C. Avasilencei, « La codification des conflits de lois dans le Nouveau code civil roumain : une nouvelle forme en attente d'un contentieux », *Rev. crit.*, 2012, p. 247.

⁶⁹² Ce qui est d'ailleurs largement confirmé par une analyse de la jurisprudence française en matière de renvoi successoral : v. *infra*, n° 273 s.

⁶⁹³ TGI Paris, 21 janv. 1969, *Gaz. Pal.*, 1970, 1, p. 138 ; *D.* 1970, p. 780, note J. Prévaut ; Trib. Saint Julien-en-Genevois, 21 oct. 1947, *Rev. crit.*, 1948, p. 304.

l'on songe aux contrats ou aux régimes matrimoniaux. Cependant, eu égard à la fois à la *lettre* d'une telle disposition et à son *esprit*, notamment aux raisons qui justifient de l'aveu unanime tout à la fois l'adoption par le for d'une règle de conflit à rattachements multiples, la possibilité accordée aux parties de désigner la loi parmi celles des États vers lesquels pointent ceux-ci et l'exclusion du renvoi qui s'ensuit, on voit mal pourquoi le juge du for, et, dans l'exemple, le juge roumain, ne devrait pas – à tout le moins ne pourrait pas – se rallier au principe de l'exclusion du renvoi lorsque la règle de conflit du for est à *rattachement unique*, qu'elle désigne une *loi étrangère* et que les parties, par la *volonté explicite* qu'elles ont manifestée de se soumettre à cette loi *matérielle* étrangère, ne font que *consolider* la vocation de celle-ci⁶⁹⁴.

Constatons que, quant à son libellé, la disposition roumaine qui prescrit l'exclusion du renvoi lorsque la loi étrangère est désignée par les parties – pas plus que celles, tout à fait similaires, que consacrent d'autres législations – *ne contient pas de restrictions expresses qui cantonneraient l'application d'un tel principe aux seules situations où la loi étrangère désignée par les parties l'est sur le fondement d'une règle de conflit du for à rattachements multiples et non également lorsqu'elle l'est sur le fondement d'une règle de conflit du for à rattachement unique*. Quant aux mobiles de la disposition sous examen ici, on avance que c'est parce que le for ne parvient pas à se déterminer sur le rattachement le plus significatif (entre plusieurs qui lui semblent *in abstracto* tous également pertinents) qu'il investit les parties de cette détermination⁶⁹⁵, et que c'est en vue de respecter les attentes créées chez elles par une telle détermination qu'il récuse le renvoi⁶⁹⁶. Il se trouve qu'ici le for – en l'espèce l'ordre juridique roumain – n'hésite pas quant au rattachement le plus significatif, que le rattachement unique qu'il retient répond aux attentes des parties, que ces attentes sont légitimes parce qu'elles ne font que s'ajuster à la loi que désigne le rattachement unique du for dont elles corroborent la vocation, que ces attentes ont au surplus été révélées de manière non-équivoque par la déclaration des parties qu'elles entendent se soumettre à une telle loi et que, par l'application de celle-ci le for parvient à garantir prévisibilité et sécurité, le conflit de renvoi s'en trouvant supprimé. Il est permis de penser, et de soutenir, que le for devrait à *plus forte raison* être conduit à respecter à la fois l'appréciation de la proximité abstraite qu'il a effectuée dans sa règle de conflit et les attentes concrètes des particuliers qui l'ont en quelque sorte « ratifiée », donc à trancher le conflit de renvoi au profit de la loi étrangère. En somme, en vue de justifier l'application de la loi française à l'espèce franco-roumaine ici sous examen, le juge roumain paraît bien

⁶⁹⁴ M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 206 : « En Derecho comparado, allí donde juega la autonomía privada el reenvío no opera. Igual conclusión debe admitirse en el sistema español para no contravenir ese mismo principio ».

⁶⁹⁵ Cf. l'idée de la « Verlegenheitslösung » : v. Y. Nishitani, *Die Parteiautonomie*, p. 300, et littérature citée *supra*, note 511.

⁶⁹⁶ *Supra*, n° 197.

fondé à prendre appui sur la disposition spéciale sur le renvoi qu'il repère dans sa loi de droit international privé selon laquelle, lorsque les parties ont désigné une loi étrangère, le renvoi doit être écarté.

Applicable du point de vue des États membres qu'il lie aux successions qui s'ouvriront le 17 août 2015, le Règlement « successions » risque de soulever une difficulté semblable.

201. Règlement « successions ». Inscrite à l'article 21, la règle européenne de conflit de lois désigne, on l'a déjà rappelé, la loi de la résidence habituelle du *de cuius* mais celui-ci peut, d'après l'article 22, « choisir comme loi régissant l'ensemble de la succession la loi de l'État dont [il] possède la nationalité au moment où [il] fait ce choix ou au moment de son décès ». C'est donc la seule *professio iuris* en faveur de la *loi nationale* qui est visée par l'article 22. On a pu en tirer la conclusion que le choix du *de cuius* en faveur de la loi de sa résidence habituelle n'est pas autorisé⁶⁹⁷. Pour ce qui est de la résidence *au moment du décès*, l'exclusion de la faculté pour le *de cuius* de désigner la loi de l'État où celle-ci se situe s'explique, pour d'autres, par l'observation qu'il aurait été inutile de la prévoir, la résidence habituelle étant déjà retenue en vertu du rattachement ordinaire⁶⁹⁸. *Quid si*, en laissant de côté l'hypothèse d'un changement de résidence entre le choix et le décès, le ressortissant d'un État membre durablement établi dans un État tiers qui, au niveau du conflit de lois, adhère à la nationalité du *de cuius* tout en ignorant la *professio iuris*, choisit expressément, ayant notamment pris conscience du conflit international – et le plus souvent *intercontinental* – de renvoi, la loi de l'État tiers de sa résidence habituelle ? Il semble bien que, du point de vue de l'État membre et de l'Union européenne, il est exclu que l'on puisse conclure à l'existence d'une *professio iuris* telle que visée par l'article 22 du Règlement, laquelle ne profite qu'à la loi nationale. Il s'ensuit que l'on ne saurait non plus, pour refuser le renvoi, prendre appui directement sur l'article 34 paragraphe 2 qui énonce qu'« aucun renvoi n'est applicable pour – entre autres – l[a] loi[] visée[] à... l'article 22 ». Faut-il dès lors se résigner à trancher le conflit de renvoi au profit de la *loi de l'État membre* comme le prescrirait l'article 34 paragraphe 1 ? Les arguments plaçant au profit de l'aboutissement opposé paraissent mieux défendables : la loi de l'État tiers de la résidence habituelle est à la fois celle qui, pour l'Union européenne, est *in abstracto* la plus significative, celle dont la vocation a été confirmée par une déclaration expresse du *de cuius* désireux de surmonter par ce biais le conflit négatif de règles de conflit et partant celle dont l'aptitude à arbitrer le jeu des désignations réciproques et croisées lui permet de garantir la « cohérence

⁶⁹⁷ A. Bonomi, in A. Bonomi / P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, p. 306 : « L'article 22 permet au *de cuius* de désigner la loi d'un État dont il a la nationalité. Tout autre choix est exclu, notamment le loi de la résidence habituelle, celui de la loi du lieu de situation des biens successoraux ».

⁶⁹⁸ P. Lagarde, « Les principes de base du nouveau Règlement sur les successions », *Rev. crit.*, 2012, p. 691.

au niveau international » du règlement de la succession, qui est ce que recherche l'article 34, c'est-à-dire l'harmonie internationale de solutions. Seulement, si l'on penche au profit de la loi de l'État tiers, force est d'admettre que, le choix de la loi de la résidence habituelle n'étant pas ouvert ou demeurant en tout cas sans effet sur le terrain du *conflit de lois* au sens des articles 21 et 22, l'on est en train de confier à l'autonomie du *de cujus* la seule fonction de trancher le conflit classique de renvoi que provoque la diversité des rattachements retenus par les deux États avec lesquels il possède des liens significatifs.

Supposons une succession franco-libanaise qui s'ouvre après l'entrée en vigueur du Règlement « successions ». Ressortissant français, le *de cujus* réside au Liban depuis de longues années et ses conseils en planification successorale l'informent que la règle de conflit ayant cours en France désigne la loi libanaise de sa résidence habituelle et que la règle de conflit de lois en vigueur au Liban désigne la loi française de sa nationalité. Amoureux du Liban, familier de son droit et souhaitant surmonter le conflit européen-libanais de renvoi qui menace sa succession, le *de cujus* désigne expressément la *loi matérielle libanaise*. N'est-il pas logique, du point de vue de la France et de l'Union européenne, qu'un tel conflit de renvoi soit tranché au profit de la loi libanaise, qui est non seulement celle de l'État auquel la succession est rattachée par le lien individuel que l'Union européenne estime en général le plus significatif, la résidence habituelle du *de cujus*, mais qui est au surplus celle qui a eu les préférences expresses de ce dernier ? L'article 22 ne pouvant pas être à lui seul convoqué pour justifier une telle solution, ce n'est qu'à titre d'analogie que l'on se fondera sur l'article 34 paragraphe 2, c'est-à-dire sur le principe d'après lequel, lorsque la loi désignée par la règle de conflit de lois l'est en vertu du choix du *de cujus*, le renvoi est exclu.

On peut penser qu'il devrait en aller semblablement s'agissant de la succession d'une personne résidant dans un État tiers dont elle tient la nationalité et qui soumet de son côté les immeubles à la loi de situation. Si le *de cujus*, prenant conscience du conflit de renvoi qui frappe un immeuble qu'il possède dans un État membre lié par le Règlement, désigne expressément pour applicable à cet immeuble la loi de l'État tiers, une telle désignation vaut difficilement *professio iuris* en vertu de l'article 22, car elle ne vise par hypothèse qu'un bien particulier et non pas l'« ensemble de la succession » et que, pour le reste de ses actifs, la volonté du *de cujus* n'a pas été « formulé[e] d'une manière expresse dans une déclaration revêtant la forme d'une disposition à cause de mort ou résulte des termes d'une telle disposition ». Mais est-il raisonnable que, dans la perspective de l'État membre et de l'Union européenne, l'on tranche le conflit de renvoi affectant l'immeuble par acceptation classique du renvoi en vertu de l'article 34 paragraphe 1, c'est-à-dire au profit de l'État membre ? Il ne semble pas. Mais pour éviter une telle conclusion et retenir la loi étrangère de la résidence habituelle vers laquelle s'est orienté le *de cujus* conscient du problème du renvoi, force est de confier à la *professio iuris* la tâche de trancher un conflit de renvoi mettant en cause résidence habituelle et lieu de situation immobilière.

Un Américain résidant à New York possède un immeuble en Italie. Constatant le conflit de renvoi italo-newyorkais qui frappe cet immeuble, il se rend devant un notaire italien et désigne expressément, pour le régir, le droit américain et spécialement newyorkais, sans par ailleurs laisser de dispositions de dernière volonté au sujet de ses autres biens, situés à New York. Il ne s'agit vraisemblablement pas d'une *professio iuris* au sens de l'article 22 du Règlement parce qu'elle ne concerne pas « l'ensemble de la succession », et il est dès lors difficile de s'appuyer sur l'article 34 paragraphe 2 pour exclure la vocation de la loi italienne. Il est néanmoins raisonnable de suivre le désir du *de cuius* de voir le conflit de renvoi tranché en faveur de la loi newyorkaise et, si l'on poursuit une telle solution, c'est que l'on reconnaît à la volonté du *de cuius* un rôle au niveau du conflit des règles de conflit.

202. Conclusions. Il semble bien que souscrire aux développements qui précèdent force à conclure que l'autonomie des parties, en vertu de la disposition législative qui exclut le renvoi en cas de désignation de la loi applicable par les intéressés, est érigée en facteur législatif de solution du conflit de renvoi provoqué par le heurt de deux règles de conflit à rattachement unique. Dans de telles hypothèses, l'autonomie n'est mobilisée qu'au niveau du règlement d'un conflit de renvoi et en tant qu'outil de coordination des systèmes apte à atteindre l'harmonie préjudiciaire en dépit de la diversité des rattachements retenus par les deux États « co-intéressés ».

Il est un autre domaine où les dispositions législatives sur le renvoi semblent assigner à l'autonomie un rôle important dans la résolution d'un conflit négatif de règles de conflit : celui de la validité des actes.

Section III : Validité des actes

203. Conflit de renvoi opposant une loi validante et une loi invalidante. L'hypothèse est ici que l'une des deux lois en conflit de renvoi – la loi de l'État A désignée par la règle de conflit de l'État B ou la loi de l'État B désignée par la règle de conflit de l'État A – prescrit l'observation de certaines formalités, et considère donc *valable* l'acte qui les respecte, et que l'autre loi tient de telles formalités pour insuffisantes et, en conséquence, pour *invalides* l'acte qui ne se conforme qu'à celles-ci et non pas (également) aux autres qu'elle prévoit. Vérifions d'abord la pertinence de l'affirmation selon laquelle admettre le renvoi dès lors qu'il aboutit à la validité d'un acte juridique, et le refuser dès lors qu'il conduit à son invalidité, revient en substance à poser une *règle bilatérale de conflit de renvoi* qui, d'une part, accorde aux auteurs – ou à l'auteur – de l'acte le pouvoir de déterminer la loi au profit de laquelle sera tranché le conflit et, d'autre part, à défaut d'une telle détermination, s'en remet à cet effet à leurs *attentes* – ou à ses attentes –, convergentes si les auteurs sont plusieurs, et en tout cas légitimes et objectivement vérifiables (§ 1). On mesurera ensuite le degré de consécration législative d'un tel principe de solution du conflit négatif de rattachements (§ 2).

§ 1. Critère de la validité comme manifestation de l'autonomie individuelle

204. Appréciation *a priori* et *a posteriori* de la validité. En se rapportant aux constatations dressées plus haut au sujet du « phasage » d'une relation juridique⁶⁹⁹, il convient de se placer d'abord à un moment *antérieur* à l'établissement de l'acte – ce qu'il nous est arrivé d'appeler le stade de la « prénaissance » de la relation juridique qui tire son origine de celui-ci⁷⁰⁰ –, c'est-à-dire à un moment où l'acte est encore *en puissance* et que les intéressés n'en sont que ses auteurs *potentiels* : c'est donc *prospectivement*, ou par avance, qu'ils en apprécient la validité (A). On se transportera ensuite à un moment postérieur à l'établissement de l'acte, où l'appréciation de sa régularité formelle ne peut qu'être *rétrospective* (B). Rappelons qu'un acte peut être unilatéral, bilatéral ou multilatéral, selon qu'il est accompli par une seule ou par deux ou plusieurs personnes. C'est surtout un acte bilatéral que nous avons à l'esprit, encore que l'analyse menée au départ de celui-ci semble bien transposable, sans trop de difficultés ni d'adaptations, aux actes unilatéraux tout autant qu'aux actes multilatéraux.

A – Validité appréciée avant l'établissement de l'acte (validité de l'acte potentiel)

205. Recherche de la validité internationale préjudiciaire. Supposons deux particuliers souhaitant réaliser un acte juridique susceptible d'affecter – par les attaches de ses auteurs ou la situation de son objet ou le lieu de sa conclusion ou de son exécution – les milieux socio-économiques de deux États, A et B ; il sera question dans ce qui suit d'« acte international AB ». Supposons d'abord que nos intéressés se demandent, avant de réaliser un tel acte, quelles sont les conditions de forme auxquelles ils doivent obéir à cet effet, leur première préoccupation étant de ne pas faire œuvre vaine, c'est-à-dire de le réaliser d'une manière telle que sa régularité formelle ne puisse être remise en question ultérieurement. C'est d'ailleurs précisément en vue d'orienter les intéressés à les suivre qu'un législateur édicte des règles de droit en matière de forme. Supposons aussi – ce qui arrive fréquemment – qu'ils souhaitent éviter, dans la mesure du possible, d'avoir à passer l'acte deux fois tout autant qu'à s'ajuster à des formes et suivre des procédures dont l'observation est inutilement onéreuse ou chronophage en ce qu'elles ne sont pas strictement nécessaires en vue de la régularité formelle de l'acte qu'ils projettent.

La validité de l'acte international AB qu'entendent établir nos protagonistes est, une fois celui-ci formé, susceptible par hypothèse d'être évaluée par

⁶⁹⁹ *Supra*, n° 71 s.

⁷⁰⁰ *Supra*, n° 72 s.

les juges des États A et B, les uns et les autres détenant une compétence pour connaître du contentieux pouvant s'élever à ce sujet⁷⁰¹. Aussi bien, c'est à un exercice de prospection que se livrent les auteurs potentiels. Supposons que l'État A tienne l'acte, après qu'il ait été accompli conformément à certaines formalités, pour valable à tout instant préjudiciaire et qu'il n'accepte de le tenir pour invalide que lorsque l'invalidité résulte d'une décision de justice émanant de l'État B. Supposons aussi qu'inversement, l'État B tienne l'acte pour nul et qu'il n'accepte de le tenir pour valable que dans la mesure où sa validité a été constatée par une décision rendue par un juge de l'État A. Il s'ensuit que les auteurs de l'acte, à tout moment postérieur à son établissement et antérieur à la saisine d'un juge, seront victimes d'un *conflit international de lois AB*, générateur d'un conflit de situations juridiques. Et de fait, la validité de l'acte qui sera déclarée par le juge de l'État A, s'il est saisi le premier, entraîne que l'acte est productif des droits et obligations qui en résultent ; l'invalidité qui sera prononcée par le juge de l'État B, s'il est saisi le premier, a pour conséquence que l'acte n'est pas productif de ces droits et ces obligations⁷⁰². Aussi longtemps qu'un tribunal n'est pas saisi, les auteurs de l'acte sont condamnés à en ignorer le sort sous l'angle de la validité. Une action en justice devient nécessaire pour le fixer définitivement. Le mode de résolution de l'incertitude menace de déclencher la course de vitesse que l'on connaît : la saisine du juge de l'État A par l'un des co-auteurs de l'acte en imposera la validité à l'autre co-auteur du point de vue de B également et la saisine du juge de l'État B en imposera l'invalidité du point de vue de A également. Autrement dit, la saisine déploiera un effet constitutif de la validité ou de l'invalidité de l'acte en entraînant la création ou la non-crédation des droits et obligations y relatifs.

Le scénario que l'on vient d'envisager ne correspond de toute évidence pas au projet commun que forment nos intéressés au moment de l'acte. Ceux-ci, avons-nous dit, souhaitent à cet instant l'un et l'autre que l'acte soit réalisé valablement et avec les seules formalités strictement indispensables à cet effet, ce qui implique que la validité ne puisse pas faire l'objet d'une contestation et qu'il ne soit pas nécessaire de saisir un tribunal pour savoir si l'acte est valable ou non. Aussi l'acte projeté ne sera-t-il formellement inattaquable que lorsque les deux États A et B le tiendront pour valable avant toute action en justice. Il s'agit donc de savoir ce que les particuliers doivent faire pour se ménager une telle certitude.

206. Choix entre les formalités et choix entre les lois qui les prescrivent.

L'hypothèse est ici que la règle de conflit de l'État A désigne en matière de forme la loi de l'État B et que la règle de conflit de l'État B désigne la loi de l'État

⁷⁰¹ *Supra*, n° 3.

⁷⁰² L'invalidité, une fois déclarée par un tribunal, peut à la vérité donner naissance à un ensemble *positif* de droits et obligations (incompatible avec celui qui résulte de la validité), sur le terrain notamment de la restitution de ce qui a été remis en exécution de l'acte invalidé.

A. Quelle est, au juste, la loi au regard de laquelle la validité de l'acte sera appréciée, celle que les auteurs doivent observer pour bénéficier de l'assurance qu'il soit valable ? Ici, chaque État commence par désigner la loi de l'autre. Deux lois sont ainsi déclarées applicables. Faut-il à nos protagonistes obéir aux formalités prescrites par les deux lois – ou par la loi la plus contraignante – du fait que, s'ils savent qu'une seule sera finalement appliquée en cas de litige, ils sont condamnés à ignorer laquelle parce que son identité dépendra de l'identité – qu'ils ignorent jusqu'à la saisine – du juge effectivement saisi ? Ce serait sans compter les *règles de conflit de renvoi*. Car, par hypothèse, l'État A s'est doté d'une disposition prévoyant que le renvoi est refusé lorsque son acceptation a pour conséquence l'invalidité formelle d'un acte et qu'il est accepté lorsqu'elle emporte sa validité. Autrement dit, l'État A, constatant le conflit de renvoi, ne revendique le recouvrement de la vocation de sa loi à régir question de la validité de l'acte international AB que lorsque sa loi le valide et que la loi de B l'invalidait ; en revanche, l'État A est prêt à reconnaître la suprématie de la vocation de la loi de B lorsque c'est la mise en œuvre de celle-ci qui entraîne la validité de l'acte alors que sa propre loi l'invaliderait. L'État B adopte à l'égard du conflit de renvoi une attitude semblable.

Ce qu'il nous faut ici observer, c'est que si l'un et l'autre État tranchent le conflit de renvoi en faveur de la *loi validante*, l'emploi d'un tel critère de solution revient à permettre aux intéressés, à l'instant où ils s'approprient à établir l'acte, de *choisir* les formalités qu'ils souhaitent observer entre celles que prévoit la loi de l'État A et celle que prévoit la loi de l'État B. De l'affirmation selon laquelle les particuliers peuvent choisir entre les formalités de la loi de A et celles de la loi de B, à l'affirmation selon laquelle ils peuvent choisir la *loi de l'État A* ou la *loi de l'État B*, il n'y a qu'un pas : pas que bien des spécialistes n'ont pas hésité à franchir, soutenant en effet qu'une règle résolvant le conflit entre une loi validante et une loi invalidante au profit de la première *revient à octroyer aux auteurs de l'acte le pouvoir de choisir parmi ces lois celle qui recevra efficacité*⁷⁰³. Certes, un tel choix par les auteurs de l'acte ne s'exprime pas ici au

⁷⁰³ Ces auteurs ont surtout à l'esprit les lois désignées par les rattachements d'une règle de conflit alternative, mais leurs conclusions sont bien transposables au « cas d'étude » proposé. Entre tous, v. Y. Loussouarn, « La dualité des principes de nationalité et de domicile », p. 307, qui, à propos du caractère facultatif de la règle *locus regit actum*, énonce que « s'agissant d'une règle destinée à garantir la validité de l'acte, elle ouvre aux parties une option entre plusieurs lois » ; B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 490 : « c'est donc leur volonté qui commandera, dans les limites de l'option, la loi applicable » ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 506, pour qui « [l]a loi locale n'offre aux parties qu'un modèle possible de formes à observer : leur choix peut se porter sur une autre loi » ; et les auteurs de s'attacher à « préciser la justification et le contenu de la liberté ainsi donnée aux parties » ; G. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, n° 498 et n° 1408, pour qui la conséquence de la règle *locus est* « le choix offert aux parties entre plusieurs lois également aptes à gouverner la forme d'un acte » ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 153, qui relève que le « caractère facultatif reconnu à la règle [*locus regit actum*] n'emporte pas que les parties puissent choisir *n'importe* quelle loi » (c'est nous qui soulignons), ce qui suppose qu'il leur ouvre un choix *limité* de lois, mais un choix de lois tout de même ; N. Watté / C. Barbé, « Le nouveau droit international privé belge », p. 911, pour qui la « règle des rattachements alternatifs... renforce le principe d'autonomie de la volonté : en effet, moins l'éventail de lois offertes est limité, plus s'élargit le champ d'application de

moyen d'une *déclaration de volonté* mais se traduit par une *conduite*, consistant à observer les formalités prescrites par la loi choisie. Toutefois, cela ne tient semblable-t-il qu'à la nature des règles de droit en matière de forme, dont l'opération a lieu de manière instantanée, au moment de la réalisation de l'acte, et ne s'inscrit pas dans la durée, comme c'est le cas de la plupart des règles de droit gouvernant les effets d'une relation juridique, y compris ceux qui résultent de l'accomplissement régulier de l'acte en cause. À considérer les choses rétrospectivement, il peut être question de *volonté implicite* des auteurs de l'acte, ou de *volonté* « per facta concludentia »⁷⁰⁴ : volonté qui se déduit du respect – ici procédant d'une véritable sélection – des formalités prescrites par une loi en conflit de renvoi, préférées à celles que fixait l'autre loi.

Deux sujets domiciliés dans l'État A et ressortissants de l'État B souhaitent conclure un pacte successoral par lequel l'un d'eux accepte de renoncer aux droits qui lui échoient dans la succession de l'autre en contrepartie d'une somme d'argent. Ils apprennent de leurs conseils que la loi de l'État A autorise un pacte successoral sous seing privé tandis que celle de l'État B prescrit la forme authentique. Ils découvrent également que la règle de conflit de l'État A désigne la loi de l'État B en tant que loi régissant le fond du pacte, et que la règle de conflit de l'État B désigne la loi du lieu de conclusion ; précisons que pour les intéressés qui se trouvent dans l'État A, il est peu pratique de se déplacer ailleurs, y compris dans l'État B, en vue de le réaliser. Faisant état de telles désignations croisées et demandant à leurs conseils de pousser plus loin l'enquête, ils apprennent qu'aussi bien l'État A que l'État B se sont dotés d'une disposition refusant le renvoi s'il aboutit à l'invalidité et l'acceptant au cas contraire. Ils en déduisent qu'ils peuvent choisir entre la forme écrite prévue par la loi de A et la forme notariée prévue par la loi de B. Soucieux d'épargner temps et argent, ils opteront pour la forme écrite dont l'observation suffit à leur garantir que le pacte successoral AB est formellement valable au regard des deux communautés étatiques qu'il affecte et que la saisine des juges de A ou de B n'aura pas d'incidence sur sa validité formelle.

Il se peut cependant que les auteurs de l'acte, au moment de le conclure, ne prennent pas la peine de s'enquérir des formalités requises et à plus forte raison qu'ils ne s'inquiètent pas de l'identité de la loi applicable à telles forma-

la liberté des parties » ; R. Quadri, « Sulla legge applicabile alla 'forma' dei negozi giuridici », *Scritti giuridici*, II, Milano, 1974, p. 637 : « le parti possono dunque regolarsi in buona fede sull'una qualsiasi di esse, ma regolandosi sull'una di esse, escludono la competenza delle leggi rimaste estranee alla confezione dell'atto » ; G. Beitzke, « Alternative Anknüpfungen », *Festschrift M. Ferid*, München, 1978, p. 60-61, pour qui les rattachements alternatifs « geben nur mehr Spielraum auch zur Rechtswahl » ; L. Kramer, « Rethinking Choice of Law », p. 329 qui pose sur un pied d'égalité, et réfère au même « canon d'interprétation » (*canon of interpretation*), la loi expressément choisie par les parties et la loi qui valide un contrat ; rapp. F. Rigaux, « La loi applicable à la forme des actes juridiques », *Mélanges A. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 384 et Ph. Malaurie, « Actes juridiques », *Jurisclasseur de dr. int.*, Fasc. 551-B, n° 2-16. En jurisprudence, v. Cass. (1^e Ch. civ.), 15 juin 1982, *Zagha*, *Rev. crit.*, 1983, p. 300 : « dès lors que [le renvoi] conduisait à l'application de la loi mosaïque aux formes de laquelle les intéressés avaient voulu se soumettre... ».

⁷⁰⁴ Cf. T. Ballarino, *La forma degli atti e diritto internazionale privato*, Padova, 1970, p. 309-310.

lités. C'est alors à un instant ultérieur que peut se poser la question de la validité formelle de l'acte en question et du droit qui la régit.

B – Validité appréciée après la réalisation de l'acte

207. Volonté hypothétique (*mutmasslicher Wille*) ou attentes individuelles.

Ayant négligé de vérifier la régularité des formes utilisées au moment de l'établir, les auteurs d'un acte juridique sont à tout moment ultérieur susceptibles de se demander s'il a été fait valablement ou non. S'ils désirent l'un et l'autre le maintien de l'acte et qu'un doute légitime surgit quant à sa validité, ils auront souvent le loisir d'en reproduire le contenu dans l'instrument exigé par la loi. Mais il se peut qu'une des parties souhaite se défaire de l'acte dont elle a réalisé qu'elle n'a pas bien réfléchi aux conséquences qu'il produit dans sa sphère juridique ou, en tout cas, qu'il n'est pas ou plus utile pour elle. Se penchant donc à ce moment-là sur la validité formelle de l'acte tel qu'elles l'ont formé, les parties ou l'une d'elles découvrent, d'une part, que la loi de l'État A le *validerait* et que la loi de l'État B le *tiendrait pour invalide*, que, d'autre part, la règle de conflit de l'État A désigne la loi de l'État B et que la règle de conflit de l'État B désigne la loi de l'État A, et, enfin, que les règles de conflit de renvoi de l'État A et de l'État B imposent de refuser le renvoi quand il conduit à l'invalidité et de l'accepter quand il débouche sur la validité. Peut-on avancer que les auteurs ont désigné la loi de A, dont il apparaît en effet qu'ils ont respecté les formalités qu'elle prescrit sans peut-être avoir une claire connaissance qu'elle prévoyait de telles formalités et que la loi de B en prévoyait de plus contraignantes ? Il semble difficile d'évoquer ici l'exercice véritable d'un pouvoir de désignation, qui suppose la conscience de la possibilité de choisir et des alternatives éligibles, une telle conscience n'ayant précisément pas été présente à l'esprit de nos personnages.

Il serait alors tentant d'exhumer l'idée de *volonté hypothétique* ou *présu-mée*⁷⁰⁵ en la sortant de l'oubli où l'ont enfoncée les incertitudes soulevées par son maniement. Qu'auraient fait les auteurs de l'acte – dont il faut s'imaginer qu'ils sont l'un et l'autre « capables de discernement et dénués de vues hétéroclites et d'humeurs irrationnelles »⁷⁰⁶ – si on leur avait demandé de choisir, en matière de forme, entre la loi de l'État A désignée par la règle de conflit de

⁷⁰⁵ En ce sens F. Rigaux, « La loi applicable à la forme des actes juridiques », p. 391, pour qui il appartient au juge de « rechercher [l]aquelle [loi] a, au moins de manière implicite, été choisie par les parties », ce qui, pour lui, « fait revivre à propos du choix de la loi applicable à la forme la recherche de la 'volonté hypothétique' ». Cf. T. Ballarino, *La forma degli atti*, p. 309, qui évoque une « presunzione legislativa di scelta della legge favorevole alla validità dell'atto » ; cf. *ibidem*, p. 308, où on lit que « si può... ragionevolmente... attribuire ad esse l'intenzione di scegliere, fra tutte le leggi possibili, quella che riconosce la validità formale dell'atto concluso ».

⁷⁰⁶ C'est la définition du *mutmasslicher Wille* proposée par O. Gamillscheg, « Schwerpunkt und mutmasslicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht », *AcP*, 1958/1959, p. 325, largement reprise par O. Hartweg, *Der Renvoi*, p. 15 (« verständige Menschen, frei von Eigensinn, subjektiven Anschauungen und törichten Launen »).

l'État B, laquelle leur ouvrirait les formalités qu'ils allaient effectivement utiliser (et qui donc allait valider l'acte établi conformément à de telles formalités), et la loi de l'État B désignée par la règle de conflit de l'État A, laquelle tenait pour insuffisantes les formalités qu'ils allaient effectivement utiliser (et qui donc allait invalider l'acte établi conformément à de telles formalités) ? La réponse ne prête pas vraiment à controverse : lorsqu'ils s'apprêtaient à établir l'acte – c'est ce seul instant qui compte pour reconstruire la volonté hypothétique – ils auraient assurément choisi, au regard de la *forme*, seule envisagée ici, la loi de l'État A qui autorisait l'usage des formalités qu'ils souhaitaient utiliser et qu'ils ont effectivement utilisées.

Mais, précisément – peut-on objecter – la volonté *hypothétique* n'est pas une volonté *réelle*. Il paraît alors plus expédient d'en appeler aux *attentes des parties à l'acte*. C'est une maxime d'expérience, correspondant au *quod plerumque fit*, qu'à l'heure où deux individus procèdent à l'établissement d'un acte juridique, ils s'attendent et veulent en général que cet acte soit valable quant à la forme⁷⁰⁷. Il en va de même de tout acte unilatéral : son auteur a le plus souvent voulu sa régularité formelle. Le fait que l'acte projeté soit *international* en ce sens qu'il met en cause les milieux socio-économiques de deux communautés étatiques A et B n'y change pas grand-chose. Au moment de l'acte, s'il est bilatéral ou multilatéral, les attentes quant à la validité formelle sont donc *convergentes*, à savoir communes aux participants ; elles sont aussi *objectivement vérifiables* car elles se sont traduites par un comportement concret consistant à s'ajuster aux formalités qu'une loi tient pour suffisantes. Certes, ces attentes peuvent à un moment *ultérieur* diverger car l'un des auteurs peut, comme dans l'exemple plus haut, invoquer l'invalidité en s'appuyant sur une loi dont il escompte désormais qu'elle le régit. Et s'il saisit un juge ou qu'il est assigné devant lui, il s'attend à ce que le juge accueille sa propre prétention⁷⁰⁸. Il n'en

⁷⁰⁷ En ce sens E. Lorenzen, « Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws », 30 *Yale L.J.* 655 (1921), p. 673 ; A. Ehrenzweig, *A Treatise on the Conflict of Laws*, p. 465-490 ; R. Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws*, 3rd ed., St. Paul, 1986, § 7.3 C ; *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 187, comment e). Cela n'empêche évidemment pas que le droit sanctionne l'invalidité, y compris formelle, de l'acte et ce afin, par exemple, de mettre son auteur, ses auteurs ou l'un d'entre eux à l'abri du préjudice que l'acte, notamment les conséquences qui s'attachent à sa validité, pourraient lui ou leur occasionner. Mais ce constat n'est pas de nature à remettre en cause l'existence d'une expectative de l'auteur de l'acte quant à la validité de celui-ci, ce qui revient à observer que quiconque contracte un mariage, conclut un contrat, établit un testament, ne le fait en général pas *iocandi causa* ou avec le secret espoir qu'il soit sans effet. C'est plutôt que la loi considère que la forme que revêt une telle manifestation de volonté, ou les circonstances personnelles de l'auteur qui ont présidé à sa manifestation, sont insuffisantes pour qu'elle soit digne de respect du point de vue juridique. Aussi bien, la loi fixe les conditions qui doivent être remplies pour que les prévisions individuelles quant à la validité de l'acte soient prises en considération et respectées, ces conditions étant en général d'une complexité et d'une rigueur proportionnelles à l'importance des conséquences induites par l'acte. Si de telles conditions sont remplies, les prévisions de l'auteur de l'acte quant à la validité sont *légitimes*, au sens propre du mot, car elles prennent appui sur la *loi*, laquelle leur fournit le *support normatif*, c'est-à-dire le *fondement juridique*. Si ces conditions ne sont pas remplies, ces prévisions, pour être spontanées et naturelles, *ne sont pas légitimes* et ne seront pas suivies par le droit.

⁷⁰⁸ Cf. T. Ballarino, *Forma degli atti*, p. 307-308.

demeure pas moins qu'au moment de l'acte, il avait en général souhaité sa validité. Il s'ensuit que privilégier entre les deux lois en conflit de renvoi la loi validante, c'est privilégier celle qui est la plus conforme aux attentes convergentes et objectivement vérifiables des auteurs au moment de l'acte.

Supposons que les protagonistes de l'exemple qui précède concluent le pacte successoral sans s'interroger sur la loi qui en régit la forme. Mesurant mieux la portée insoupçonnée de la renonciation à laquelle il a consenti, le « renonçant » regrette quelque temps après d'avoir passé l'acte et se demande si le droit l'habilite à s'en délier. Il sait que les juges des deux États sont prêts à connaître de toute action à ce sujet. Aussi s'interroge-t-il d'abord sur la validité formelle. Il découvre, d'une part, que l'acte satisfait aux conditions de forme prescrites par la loi de l'État A mais non à celles prescrites par la loi de l'État B, que, d'autre part, la règle de conflit de l'État A désigne la loi de B et *vice versa* et, enfin, que les règles de conflit de renvoi des deux États acceptent le renvoi s'il aboutit à la validité et à défaut le refusent. Validant l'acte, la loi de l'État A correspond mieux que celle de l'État B aux attentes des parties au moment de l'acte, qui étaient à l'époque convergentes : le « disposant » et le « renonçant » souhaitaient en effet l'un et l'autre à ce moment donner naissance à un acte qui serait inattaquable du point de vue formel. Aussi le « renonçant » saura-t-il que c'est la loi de l'État A, qui valide l'acte, qui régit la forme de celui-ci ; il n'aura pas besoin pour en avoir la certitude de saisir un juge de A ou de B car la réponse est suffisamment prévisible. Tout autre intéressé – le co-contractant ou un tiers – sera aussi à même de s'assurer que la loi applicable est celle de A. Le conflit international de lois est résolu avant toute judiciarisation et la sécurité juridique préjudiciaire est largement assurée par l'application de celle des lois déclarées applicables à laquelle se sont effectivement ajustées les conduites individuelles.

208. Conformité du critère de la validité au bilatéralisme. Il semble alors que, dans la mesure où un État retient effectivement le critère de la validité pour trancher le conflit de renvoi qui l'engage avec un autre État « co-intéressé » en matière de forme, il s'en remet à un simple avatar de l'autonomie individuelle entendue comme se référant à la fois au pouvoir des auteurs de choisir la loi prescrivant les formalités à respecter et aux attentes (convergentes), légitimes et objectivement vérifiables quant à l'application de la loi validant l'acte.

Insistons sur ce point : tout comme l'autonomie que l'on a vu à l'œuvre dans d'autres domaines et notamment celui des effets d'une relation juridique, le critère de la validité est « bilatéralisable » car s'il est adopté par l'État A et l'État B, la validité de l'acte sera appréciée dans les deux États par application de la même loi et la coordination de leurs systèmes en sera favorisée. Si l'État A et l'État B acceptent l'un et l'autre le renvoi ou le refusent l'un et l'autre, deux lois sont désignées et l'antinomie internationale persiste ; si l'État A et l'État B acceptent l'un et l'autre le renvoi dans la mesure où il entraîne la validité de l'acte et le refusent l'un et l'autre à la condition qu'il en emporte l'in-

validité (et qu’une des lois valide l’acte et l’autre loi l’invalidé)⁷⁰⁹, une seule loi est à chaque fois désignée – celle qui valide l’acte – et le conflit international de lois est résolu. Autant dire que le critère de la validité est respectueux de la *forme* – bilatérale – de la règle de conflit de renvoi que recommande la synthèse, qu’il obéit à la directive du bilatéralisme. La règle qui consacre un tel critère constitue peut-on dire une *règle de conflit de renvoi matérielle*, à savoir une règle de conflit de renvoi bilatérale qui avance, pour trancher le conflit de renvoi, non pas un facteur de proximité géographique – un « rattachement » au sens courant du terme –, mais bien un critère substantiel, dont nous avons vu qu’il peut, s’il est apprécié à l’instant de l’établissement de l’acte, être ramené au choix ou aux attentes des parties. On peut qualifier de *renvoi validant* une telle acceptation conditionnelle – et le refus conditionnel qui en est solidaire – du renvoi, si bien qu’une telle expression est apte à désigner à la fois l’*acceptation* validante du renvoi (et, si l’on peut s’exprimer ainsi, le rejet du refus invalidant du renvoi) et le *refus* validant du renvoi (et le rejet de l’acceptation invalidante du renvoi).

Un Britannique décède avec son dernier domicile en Belgique. Il a fait un testament en observant les formes prévues par la loi anglaise mais non celles prévues par la loi belge. La règle de conflit anglaise désigne pour régir la forme du testament la loi belge au titre de loi applicable au fond de la succession, tandis que la règle de conflit belge désigne la loi anglaise au titre de loi du lieu de l’acte. On peut soutenir que la vocation de la loi anglaise à se réapproprier la vocation sacrifiée par la règle de conflit anglaise – et trancher de la sorte un conflit de renvoi – est plus significative que la vocation de la loi belge du fait que la loi anglaise a été effectivement observée par le *de cujus*, seul auteur de l’acte, et qu’elle est celle dont l’application correspond aux attentes développées par celui-ci ou – si l’on préfère – à sa volonté hypothétique. Saisi de l’affaire, le juge britannique a en effet appliqué la loi anglaise et conclu à la validité formelle du testament litigieux. Dans la mesure où faisant état du conflit britannico-belge de renvoi, il s’est laissé orienter par le critère de la validité pour le résoudre, il a fait appel à un facteur bilatéral de solution du conflit de renvoi. Saisi de la même affaire et adoptant la même attitude à l’égard du renvoi, un juge belge aurait mis en œuvre lui aussi la loi anglaise validante. Dès lors qu’une telle position sur le renvoi en matière de forme acquiert dans les deux États suffisamment de fermeté et qu’elle est raisonnablement accessible aux justiciables et à leurs conseils, elle aboutit, en même temps qu’à permettre au testateur de choisir entre les formes de la loi belge et de la loi anglaise, à épargner à tous ceux dont la sphère juridique est affectée par la validité ou l’invalidité de son testament la nécessité d’ouvrir un procès pour savoir quelle est la loi qui gouverne la validité formelle de celui-ci. La prévisibilité et la sécurité juridique sont assurées moyennant le choix de l’auteur de l’acte ou, à défaut, le respect de ses prévi-

⁷⁰⁹ En revanche, si les deux lois s’accordent pour réputer l’acte invalide mais que les conséquences de l’invalidité ne sont pas les mêmes au regard de l’une et de l’autre, la règle de conflit de renvoi en question, si adoptée par l’un et l’autre État, ne prévient pas nécessairement le conflit international de lois.

sions spontanées quant à la validité. Les arguments échangés par les tenants de la thèse – acceptation du renvoi – et de l’antithèse – refus du renvoi – n’affectent pas, si l’on interprète ainsi la *ratio decidendi* de la décision qui l’a tranché, le premier cas de conflit du renvoi clairement identifié en Europe, celui que proposa l’affaire *Collier v. Rivaz*⁷¹⁰. À la différence de l’acceptation pure et simple du renvoi et de son refus pur et simple, l’emploi du critère de la validité pour déterminer si le renvoi est accepté ou refusé est tel que, bilatéralisé, il conduit à l’harmonie des solutions⁷¹¹. À lire ainsi son arrêt célèbre, Sir Jenner n’aurait souscrit ni à la thèse ni à l’antithèse mais se serait déjà ajusté aux préceptes de la synthèse.

Il convient donc de vérifier dans quelle mesure le critère de la validité est positivement utilisé par les systèmes de droit international privé pour trancher un conflit de renvoi.

§ 2. Positivité de la validité comme critère bilatéral pour trancher un conflit de renvoi

209. Renvoi validant et renvoi *in favorem*. Nombre de codifications de droit international privé souscrivent expressément au principe d’après lequel le renvoi n’est pas accepté lorsqu’il aurait pour conséquence d’invalider un acte juridique. De telles législations consacrent donc le renvoi que nous avons qualifié de *validant*, en le consignnant dans des dispositions comportant ce qu’il est tentant d’appeler – encore que sous réserve des précisions qui seront apportées plus loin – des *règles de conflit de renvoi matérielles*. Certaines de ces dispositions, il est vrai, visent au premier chef les hypothèses de renvoi qui, du côté à tout le moins des États qui les édictent, sont provoquées par une *règle à rattachements multiples*, dite alternative ou matérielle. Opérant en lien avec ces règles, le renvoi validant est dénommé parfois *in favorem*, car il ne jouerait qu’en faveur, et non pas également au détriment, du résultat – ici la validité – que la règle de conflit de lois élève déjà de son côté au rang de « co-facteur » de désignation de la loi applicable⁷¹². Nous réserverons alors, pour la clarté de l’exposé, l’expression « renvoi *in favorem* » au renvoi que déclenche une règle de conflit alternative. La loi de réforme italienne semble par exemple surtout entériner un renvoi *in favorem*⁷¹³. Bien que recueillant d’importants suffrages en

⁷¹⁰ Pour un résumé de l’affaire, *infra*, n° 287.

⁷¹¹ Pour une telle lecture de la décision, v. *infra*, n° 296 et la littérature citée.

⁷¹² Favorables au renvoi *in favorem* sont p. ex. P. Lagarde, « Principe de proximité », p. 58 ; G. Légiér, *La règles locus regit actum et les conflits de lois en matière de forme des actes*, th. Aix-Marseille, 1976, p. 522 ; J. Derruppé / É. Agostini, « Le renvoi dans la jurisprudence française », n° 72 ; J.-P. Laborde, *La pluralité du point de rattachement dans l’application de la règle de conflit*, thèse, Bordeaux I, 1981, p. 286-291 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 189 et « Le caractère fonctionnel », p. 335 ; G.A.L. Droz, « Regards », p. 320 ; J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale », p. 237 ; M. Keller / K. Siehr, *Allgemeine Lehren*, p. 477 ; P. Picone, « Méthodes de coordination », p. 96.

⁷¹³ Art. 13 al. 3 de la loi de réforme italienne, sur lequel v. P. Picone, « Le norme di conflitto alternative italiana in materia di filiazione », p. 303.

doctrine, le renvoi *in favorem* ne fait de loin pas l'unanimité⁷¹⁴. Les critiques qu'on lui adresse prolongent les perplexités que suscitent parfois encore aujourd'hui les règles de conflit alternatives. D'autres dispositions législatives adhèrent au renvoi validant de manière tout à fait générale, quelle que soit la structure de la règle de conflit du for qui concourt à générer la situation de renvoi, c'est-à-dire alors même que celle-ci est, du côté de l'État au point de vue duquel on se place, issue d'une *règle de conflit à rattachement unique*. Le Code civil portugais en fournit un exemple, qui prévoit le refus du renvoi ayant pour conséquence l'invalidité ou l'inefficacité d'un acte juridique ou bien l'illégitimité d'un état qui serait valable, efficace ou légitime par suite de l'application de la loi matérielle étrangère⁷¹⁵ : le critère de la validité sur le plan du conflit de renvoi ne vise pas ici à compléter une règle de conflit alternative du for mais travaille de concert également, si ce n'est surtout, avec une règle de conflit du for classique⁷¹⁶. Selon la terminologie ici préférée, le renvoi validant n'est donc pas dans ces cas *in favorem*. Autant dire que la matérialité de la règle de conflit de renvoi ne prolonge pas ici la matérialité de la règle de conflit de lois : c'est uniquement sur le plan du conflit négatif de règles de conflit qu'est convoqué le critère bilatéral de la validité.

Les réserves que suscite le renvoi *in favorem*, quelle que soit leur force, la perdent en tout cas lorsque le renvoi validant est mobilisé pour venir à bout d'un conflit de renvoi dont les deux règles de conflit de lois qui le provoquent sont l'une et l'autre de type classique (B). Pour en prendre pleinement conscience, il convient d'évoquer d'abord le conflit négatif entre une règle de conflit alternative et une règle de conflit classique (A).

A – Renvoi entre une règle de conflit à rattachements multiples et une règle de conflit à rattachement unique

210. Règles de conflit de lois matériellement engagées. À la différence des règles de conflit classiques, marquées, selon l'enseignement traditionnel, par la *neutralité*, les règles de conflit alternatives sont, dit-on souvent, *matériellement engagées*⁷¹⁷. Celles-ci ne se préoccuperaient pas, soutient-on, du moins au pre-

⁷¹⁴ V. littérature citée *infra*, notes 723-724.

⁷¹⁵ Article 19 du Code civil portugais : v. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 367 ; Y. Lequette, « Renvoi », n° 11 ; A. Von Overbeck, « Questions générales », p. 145 ; J. Baptista Machado, *Licções de direito internacional privado*, Coimbra, 1974, p. 217. L'art. 1006 du Code burkinabé a une teneur comparable (cf. G. Droz, « Regards », p. 322). Cf. ég. l'article 3517 (en conjonction avec les articles 3515, 3519, 3537 et 3542) du Code de la Louisiane. En France, l'arrêt *Zagha* – Cass. (1^{er} Ch. civ.) 15 juin 1982, *Zagha*, *Rev. crit.*, p. 307, note J.-M. Bischoff – a appliqué le renvoi *in favorem* lorsque la loi étrangère invalidante était désignée par une règle de conflit française à rattachement *unique*.

⁷¹⁶ A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 410 (« le renvoi n'est pas appelé à fonctionner en relation à une règle de conflit ayant une finalité matérielle »).

⁷¹⁷ D. Mayer, « L'évolution du statut de la famille en droit international privé », *Clunet*, 1977, p. 457 ; B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 197.

mier chef, de l'harmonie des solutions⁷¹⁸. Leur finalité première serait d'assurer la prédominance du résultat matériel qu'elles poursuivent. Si l'on se place au moment de l'accomplissement de l'acte, le souci de l'État qui les édicte serait plus précisément d'habiliter les intéressés à choisir, parmi les lois désignées en vertu de la pluralité des rattachements qu'il retient, celle qui fixe les formalités susceptibles d'être le plus aisément respectées par eux. En observant le fonctionnement de telles règles à un stade postérieur à l'acte, ce serait à favoriser la validité que viserait l'État qui les pose. Voilà qui aurait, dit-on, des répercussions sur la fonction du renvoi : celui-ci ne serait pas tant asservi ici à la coordination, qui serait, d'après la vue dont il est question, l'apanage de la règle de conflit classique et du renvoi classique, mais il poursuivrait plutôt la nouvelle mission matérielle dont serait investi ce type différent de règle de conflit de lois.

À cette manière de voir les choses l'on peut objecter qu'à défaut d'harmonie préjudiciaire des solutions entre les États, A et B, l'État A est impuissant à garantir aux parties la possibilité de s'ajuster aux formes prévues par la loi de A ou à celles de la loi de B, tout autant que la validité de l'acte qu'elles ont passé en y obéissant. Plus généralement, ainsi que nous l'avons vu en introduisant l'étude des antinomies internationales, l'État A ne peut véritablement réaliser sa vision de la justice matérielle – quelle que soit la source de celle-ci – que si l'État B y prête son concours. Il se peut alors que le critère de la validité, au lieu d'être unilatéralement recherché comme résultat matériel par l'État A en dehors de toute démarche de coordination, constitue précisément le facteur le mieux à même d'atteindre l'harmonie recherchée, et spécialement dans les hypothèses de renvoi, qui sont ici comme toujours celles où chacun des États en présence a renoncé à l'application de sa loi en faveur de l'autre, si bien que pour poursuivre la coordination, il leur suffit d'organiser le recouvrement par chacun d'une part de la vocation de sa loi qu'il avait commencé par sacrifier. Vérifions tout cela à l'aide d'un exemple.

211. Pas de validité sans coordination. La règle de conflit de l'État A retient ici par hypothèse *deux rattachements*, *x* et *y*, qui se concrétisent respectivement au profit de l'État A et de l'État B. La règle de conflit de l'État B n'en retient qu'un seul, le rattachement *x*, qui désigne la loi de l'État A. Supposons d'abord que la loi de A tienne pour insuffisantes les formalités que la loi de B tient pour suffisantes, et que, partant, une fois ces formalités respectées par les auteurs de l'acte, la loi de A tienne ce dernier pour *invalide* alors que la loi de B le tient pour *valable*. Distinguons ici de nouveau selon que les particuliers se posent la question de la loi applicable à la forme de l'acte *avant* de le réaliser ou *après*

⁷¹⁸ Il semble bien qu'affirmer – comme on le fait souvent – que la loi qui valide l'acte « est applicable [dans le for] quand bien même elle n'accepterait pas sa compétence » (P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 285), c'est-à-dire quand bien même l'État qui l'édicte tient pour applicable une loi qui invalide l'acte, revient à affirmer que l'harmonie des solutions n'intéresse pas, en tout cas pas au premier chef, l'État du for.

l'avoir réalisé. Supposons que, dans le premier cas, ils souhaitent observer les formes prévues par la loi de l'État B, et qu'ils se renseignent dès lors sur la possibilité de le faire. La règle de conflit alternative de l'État A semble bien leur ouvrir le choix entre les formalités de la loi de A et celles de la loi de B. S'ils décident de suivre ces dernières, nos intéressés évolueront dans une situation de renvoi : la règle de conflit alternative de l'État A désigne la loi de l'État B et la règle de conflit classique de l'État B désigne la loi de l'État A. Fort naturellement, ils se demanderont alors, toujours avant de réaliser l'acte et afin de décider quelle forme lui donner, comment, s'il venait à se produire, ce conflit de renvoi serait résolu. La règle de conflit de renvoi de l'État A consacre elle aussi par hypothèse le renvoi *in favorem* : si les parties se conforment à la loi de l'État B, l'État A refuse le renvoi car celui-ci aurait un effet invalidant⁷¹⁹. Encore faut-il à nos protagonistes vérifier la façon dont l'État B réagirait face au renvoi. Supposons que l'État B *se désintéresse* de la coordination et qu'il *refuse* lui aussi le renvoi, c'est-à-dire que sa règle de conflit de renvoi – tout comme la règle de conflit de lois – déclare applicable la loi de l'État A. Alors, loin de céder aux leurres auxquels les invite la règle de conflit alternative de l'État A, les parties, si elles sont bien conseillées, s'efforceront d'obéir aux formalités plus laborieuses prévues par la loi de A, voire songeront à passer l'acte deux fois⁷²⁰. On le voit, il n'y a pas de véritable faculté pour les individus de choisir entre les lois de A et de B aussi longtemps qu'il n'y a pas de coordination entre les deux États.

Supposons à présent que les parties aient spontanément utilisé les formalités prescrites par la loi de B sans se renseigner au préalable sur les conditions de son applicabilité. La question de la loi applicable et de la validité de l'acte – non plus projeté mais réalisé – surgit à un moment ultérieur, par exemple lorsqu'une partie veut s'en débarrasser. Aussi longtemps qu'aucun litige ne les oppose, les auteurs de l'acte sont condamnés à ignorer si c'est la loi de l'État A ou celle de l'État B qui en gouverne la validité. Ils n'ont dès lors aucun moyen de savoir si l'acte dont les tribunaux de l'un des deux États sanctionneraient la validité que nieraient en revanche les tribunaux de l'autre État, est en définitive valable ou nul. Voilà qui encouragerait la saisine d'un juge, d'autant plus que c'est celle-ci et non la décision du juge qui restitue la certitude. La partie qui souhaite que l'acte soit maintenu s'adressera aux tribunaux de l'État A, tandis que la partie qui tient à ce que l'acte soit anéanti sera tentée de recourir à ceux de l'État B. Dans ce deuxième cas de figure, la décision l'État B ayant annulé l'acte sera présentée pour la reconnaissance dans l'État A. Si celui-ci l'accorde

⁷¹⁹ D'après l'hypothèse ici envisagée, la règle de conflit du for retient alternativement les rattachements A et B (et le cas échéant C) qui se concrétisent, pour A (ou A et C) dans le for, et pour B dans un État étranger qui, lui, retient le seul rattachement A (ou les rattachements A et C).

⁷²⁰ Un certain nombre d'auteurs signalent que c'est bien ce qui, d'après leur expérience, se passe en pratique : K. Siehr, « Konfliktvermeidung », p. 130 ; A.F. Soles / M. Rheinstein, « Conflict Avoidance in Succession Planning », 21 *Law & Contemp. Problems* 499 (1956), p. 503 ; G.A.L. Droz, « Regards », p. 342.

et prolonge ainsi chez lui l'invalidité⁷²¹, il aura maladroitement donné aux parties l'illusion qu'elles pouvaient choisir les formalités que leur offre la loi de l'État B pour ensuite déclarer nul l'acte qui s'y tient⁷²².

On le voit, pour que l'État A parvienne à ouvrir aux intéressés le choix entre la loi A et la loi B au moyen du renvoi *in favorem*, et prolonger de la sorte sur le plan du conflit entre règles de conflit la faveur pour la validité qu'il viserait – à s'en tenir au moins à l'explication courante – au niveau du conflit de lois, l'État A ne peut en tout cas pas se passer de la coordination avec l'État B, coordination dont il a bien au contraire, pour remplir la mission qu'il s'assignerait, le plus grand besoin.

Deux fiancés résident sur le territoire de l'État A et possèdent l'un et l'autre la seule nationalité de l'État B. Pour célébrer le mariage qu'ils projettent, ils désirent suivre dans la mesure du possible les formes prescrites par la loi de l'État B, moins onéreuses pour eux et correspondant mieux à leurs convictions, religieuses notamment, et ce sans avoir à se déplacer dans l'État B. La règle de conflit de l'État A est du type dit alternatif puisqu'elle retient comme rattachements à la fois le lieu projeté de célébration qui se trouve dans l'État A, et la nationalité commune des intéressés, qui pointe vers l'État B ; entre les deux lois ainsi désignées, une telle règle de conflit privilégie celle qui valide l'acte. La règle de conflit de l'État B est quant à elle à rattachement unique puisqu'elle ne retient que le lieu de célébration. Avant de décider quelles formalités suivre, nos époux s'interrogent sur les conséquences qu'aurait le respect des seules formalités de la loi de B. La règle de conflit de l'État A désignerait la loi de l'État B – car elle validerait le mariage – et la loi de l'État B désignerait la loi de l'État A pour laquelle le mariage serait invalide. C'est alors un conflit de renvoi qui se produirait. Comment – se demandent les personnages de notre hypothèse – serait-il résolu ? La règle de conflit de renvoi de l'État A prévoit que le renvoi n'est accepté que s'il aboutit à la validité de l'acte : c'est le renvoi *in favorem*. En l'espèce, l'État A refuserait le renvoi à sa propre loi car un tel renvoi déploierait un effet invalidant. Seulement, si l'État B refuse le renvoi et qu'il applique la loi de l'État A, le mariage serait, à tout instant préjudiciaire, regardé comme valable par l'État A et comme invalide par l'État B. Si chacun des États reconnaît la décision rendue par les tribunaux de l'autre, les intéressés sont contraints d'ignorer jusqu'à la saisine quelle est la réponse que chacun donne quant à la validité ou à l'invalidité du mariage car une telle réponse se précisera au moment et grâce à la saisine. Pareille perspective n'est bien sûr pas conforme au projet de nos protagonistes, lesquels ne souhaitent pas célébrer un mariage dont il n'est pas certain qu'il sera formellement valable et dont la validité ou l'invalidité sera remise à l'initiative judiciaire de l'un d'eux voire d'un tiers. Aussi préféreront-ils obéir aux conditions de forme prescrites par la loi de l'État A et ce, contraire-

⁷²¹ C'est ce que suppose l'hypothèse que nous avons érigée en « cas d'étude » : v. *supra*, n° 3.

⁷²² Cf. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 490 : « le choix de telle ou telle loi serait ruinée si, au moment du procès, le juge pouvait au mépris de toutes les prévisions, mettre en œuvre un renvoi conduisant à apprécier la régularité formelle selon une loi différente ».

ment à leur vœu initial ainsi qu'à la prétendue volonté de l'État A de leur accorder la faculté de choix entre les formes de la loi A et celles de la loi B.

Supposons à présent que nos intéressés se marient selon les formes de la loi de B sans se poser de questions au moment du mariage ; ce n'est qu'ensuite qu'ils développent un intérêt pour la question de la régularité formelle de celui-ci. Ils découvrent alors tout à la fois que deux lois sont désignées, que la loi de B, applicable du point de vue de l'État A (dont l'applicabilité résulte à la fois de la règle de conflit de B et de la règle sur le renvoi de B), valide l'acte et que la loi de A, applicable du point de vue de l'État B (dont l'applicabilité résulte à la fois de la règle de conflit de B et de la règle sur le renvoi de B) l'invalidé. Les époux sont ainsi plongés dans l'insécurité quant à la validité du lien conjugal et aux droits et obligations qui en découlent. Pour éliminer une telle insécurité, la saisine devient pour eux un passage tout aussi obligé que suffisant : pas besoin d'attendre la décision, car l'auteur de la saisine détermine lui-même si c'est dans le sens de la validité ou dans celui de l'invalidité que le conflit sera tranché et la sécurité juridique rétablie.

212. La validité comme facteur de coordination. Tout change dès lors que l'État B fait lui aussi jouer la validité pour trancher le conflit de renvoi qui l'oppose à l'État A, c'est-à-dire qu'il *accepte* de son côté le renvoi (pour lui) *validant* que l'État A refuse en tant que (pour lui) *invalidant*. L'État B aurait, pour agir ainsi, les excellentes raisons que l'on connaît : il appliquerait sa loi, incorporant sa propre vision de la justice quant aux formalités les plus efficaces, loi qui est non seulement désignée par la règle de conflit de l'État A que sa règle de conflit désigne, mais qui est au surplus celle que les parties souhaitent effectivement choisir ou qu'elles ont effectivement choisie ; surtout, l'État B ferait de la sorte usage d'un facteur de solution du conflit de renvoi qui est bilatéral et aboutirait en l'espèce, dès lors qu'il est adopté par l'État A, à l'uniformité des solutions, autrement dit à la résolution du conflit international de lois. Voilà qui assure aux personnes concernées – auteurs de l'acte et tiers – que, si les auteurs de l'acte remplissent (ou ont rempli) les formalités de la loi de A ou de la loi de B, l'acte sera tenu pour valable dans les États A et B à tout moment après avoir été passé, et que, réciproquement, si les auteurs de l'acte ne remplissent (ou n'ont rempli) ni les formalités de la loi de A ni celles de la loi de B, l'acte sera tenu pour invalide dans les deux pays. Bref, alors même que l'État B, entre la thèse et l'antithèse, devait donner sa préférence à cette dernière, il aurait peu de raisons de ne pas adhérer à une telle *application conditionnelle* – et au *refus conditionnel* symétrique – du renvoi qui synthétise et recueille le meilleur des deux positions antagonistes.

Ce qui précède conduit l'État A qui s'est par hypothèse muni tout à la fois d'une règle de conflit alternative et d'une règle de conflit de renvoi *in favorem*, à s'attendre qu'en cas de situation de renvoi, l'État B *acceptera* de son côté le renvoi *validant*, c'est-à-dire acceptera de mettre en œuvre sa propre loi qui valide l'acte et d'écarter la loi de A qui l'invalidé. Ce n'est donc pas pour poursuivre la finalité de la validité *de préférence* à la coordination des systèmes que

l'État A refuse le renvoi invalidant mais précisément pour atteindre une telle coordination avec l'État B. On sait en effet que celle-ci est, pour chaque espèce particulière, tout autant assurée par le refus qu'oppose un État au renvoi que par l'acceptation à laquelle se livre l'autre ; on sait aussi que l'harmonie qui en résulte est, du point de vue de l'État A, nécessaire pour garantir aux intéressés la possibilité de choisir entre les formes de l'État A et celles de l'État B et entériner, par conséquent, la validité de l'acte établi conformément à une des lois en présence.

Si l'État B, dont la règle de conflit est par hypothèse de type classique et ne retient pas la validité au niveau du conflit de lois, agit de la sorte, c'est qu'il *confie à la validité le seul rôle de résoudre un conflit négatif entre règles de conflit*. Il s'agit pour lui d'un renvoi validant qui n'est pas pour autant *in favorem* selon la distinction antérieurement proposée.

Ainsi, dans l'exemple plus haut, l'État B de la nationalité commune aurait de multiples raisons d'accepter d'appliquer sa propre loi aux conditions de forme du mariage dès lors que cette loi est tout à la fois celle que désigne la règle de conflit de l'État A du lieu de célébration et celle que les époux souhaitent respecter ou, si l'on observe les choses *a posteriori*, celle qu'ils ont respectée – peu importe qu'ils en aient eu conscience ou non – et dont l'application est dès lors plus conforme à leurs attentes convergentes à l'époque de l'acte. Bien sûr, l'État B peut être par principe opposé à l'acceptation du renvoi en raison des faiblesses qui affectent la thèse. Cependant, appliquer sa loi dans de tels cas de renvoi n'implique aucunement une adhésion à la thèse, car la vocation de sa loi à les régir n'est pas fondée uniquement sur le fait que la règle de conflit étrangère la désigne mais également sur le fait que les parties souhaitent s'orienter, ou se sont orientées, vers elle et les prescriptions formelles qu'elle comporte. Un tel critère d'application de sa loi aux conflits de renvoi est, du point de vue de l'État B, parfaitement bilatéralisable – et il est d'ailleurs en l'occurrence *bilatéralisé* car l'État A souscrit par hypothèse au renvoi *in favorem* – si bien qu'il aboutit à l'harmonie des solutions en faisant une part égale à la loi du for et à la loi étrangère. Autant dire que la « mise sous condition » – sous une telle condition – à la fois de l'acceptation du renvoi et du refus du renvoi élimine tous les doutes légitimes que l'antithèse nourrit à l'égard de la thèse. Il s'ensuit que les intéressés disposeront effectivement, au moment de l'acte, du choix entre les formes de l'État A et les formes de l'État B et qu'une fois l'acte conclu conformément à la loi de B, c'est réellement au regard de cette loi seule que la validité sera appréciée *a posteriori* et par là affirmée. Quiconque s'interroge à cet instant sur la validité de l'acte obtiendra une réponse suffisamment claire : l'acte est valide si ses auteurs se sont ajustés soit à la loi de A soit à la loi de B ; dans la mesure où une telle conformité peut être aisément vérifiée, il n'y a pas besoin de saisir un juge, la sécurité étant ici dispensée avant toute judiciarisation aux auteurs et à toute autre personne dont la sphère juridique est affectée par la validité ou l'invalidité du mariage en question.

213. Perplexités suscitées par le renvoi *in favorem*. Le renvoi *in favorem* – avons-nous déjà signalé – n'en laisse pas moins perplexes un certain nombre

d'auteurs. On voit mal pourquoi – objectent-ils en substance – on devrait favoriser la validité au-delà de ce que le législateur du for a prévu en élargissant parfois un cercle de lois souvent déjà assez nourri⁷²³. Cette réserve prolonge celle que, de l'avis de ces spécialistes, soulèvent sur le plan général les règles de conflit alternatives : pourquoi un État aurait-il intérêt à *privilégier* la validité plutôt que le résultat antagoniste qui, sur le plan matériel interne, semble bien être pour lui tout aussi important ? On hésite au surplus à favoriser l'un des plaideurs au détriment de l'autre⁷²⁴. On souligne, enfin, le risque qu'en s'écartant de la neutralité de la règle classique afin de poursuivre un tel objectif matériel, le for n'aboutisse à projeter sur le plan international les divergences des législations nationales en multipliant de la sorte les *situations boiteuses*⁷²⁵.

Ainsi que les développements menés jusque-là le suggèrent, il semble bien que, cantonné au rôle de trancher le renvoi issu de deux règles de conflit classiques, le critère de la validité non seulement échappe aux accusations évoquées, mais contribue au surplus précisément à pallier les inconvénients qu'elles dénoncent⁷²⁶.

B – Renvoi validant entre deux règles de conflit à rattachement unique

214. Non pertinence des critiques à l'égard du renvoi validant non *in favorem*. Loin de souhaiter élargir ultérieurement la pluralité de rattachements retenus par l'État du for, la règle de conflit de renvoi matérielle a pour objectif précisément de réduire à l'unité une dualité des rattachements qui est apparue du fait de la divergente appréciation de la proximité à laquelle se sont livrés les deux États « co-intéressé ». L'objectif de l'un et de l'autre n'est en effet pas en tant que tel de favoriser la validité de l'acte, mais bien de résoudre un conflit international de lois, en la forme d'un conflit de renvoi⁷²⁷. La validité n'est

⁷²³ B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 491 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 400 ; W. Kassir, *Réflexions sur le renvoi*, p. 70 ; P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 285 ; J. Derupé, « Étude théorique du renvoi », n° 95 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 36 ; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 179. Cf. M. Simon-Depitre / J. Foyer, « La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé », *JCP* 1973.I.2566, n° 25 ; J. Massip / G. Morin / J.-L. Aubert, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *Rép. Defrénois*, 1972.I.513-543, art. 30092, p. 521, note 106).

⁷²⁴ Or « antinomique de l'idée de droit, la faveur doit être strictement mesurée » : B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 491 ; G. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, n° 1233 ; cf. W. Wengler, « Principe d'égalité », p. 213 et *IPR*, p. 70 et 218-219 ; A. Bucher, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », p. 46-47 ; P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 179 et 271.

⁷²⁵ B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 197 ; P. Lagarde, « Le principe de proximité », n° 45 ; H. Gaudemet-Tallon, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », p. 186.

⁷²⁶ Les développements qui suivent valent également pour le cas de conflit négatif entre deux règles dont l'une au moins est de structure classique et que l'on observe les choses du point de vue de l'État qui l'adopte.

⁷²⁷ Un certain nombre d'auteurs est allé jusqu'à se demander si les règles à rattachements multiples méritent encore l'appellation des « règles de conflit » où si elles « ne se transforment en réalité...

qu'un instrument au service de cet objectif. On s'est déjà heurté à une telle source d'ambiguïté. La proximité exprimée par deux rattachements pouvant être largement équivalente, d'autres critères sont à même de poursuivre l'œuvre de résolution du conflit de lois entreprise par les deux États qui les ont entérinés : critères *matériels* par leur *nature* mais *conflictuels* par leur *fonction*⁷²⁸. Leur exploitation sur le terrain des *antinomies internes* l'atteste⁷²⁹. Et de fait, selon une directive largement répandue, lorsqu'il y a un *conflit interne de règles* – deux règles édictées par le même État, ou deux interprétations divergentes de la même disposition législative posée par lui – et que l'une de ces règles rend efficace un acte qui, d'après l'autre, n'aurait point d'effets, le conflit est souvent résolu en faveur de la *règle validante*⁷³⁰. Et il semble bien que l'aptitude de l'adage antique *res magis valeat quam pereat* à offrir la solution d'une antinomie normative en ce domaine puise sa source rationnelle dans la donnée d'expérience sus-évoquée qui suggère que quiconque accomplit un acte juridique, s'attend à ce que – et veut que – cet acte soit valable⁷³¹. Certes, cela ne veut point dire que la loi doit prendre en considération les attentes individuelles. Au contraire, c'est la loi qui est investie de la mission de fixer le seuil minimum de formalités que l'auteur doit remplir pour que ses prévisions quant à la validité soient *légitimes* au sens propre du terme, c'est-à-dire fondées sur la *loi* ; autrement dit, ce sont les justiciables qui doivent en principe ajuster leurs prévisions à la loi et non pas la loi qui doit se plier aux prévisions des justiciables⁷³². Mais précisément, lorsque deux règles sont déclarées applicables simultanément à la question de la validité d'un acte et que l'une d'entre elles lui attache des effets juridiques en le tenant pour valable cependant qu'au regard de l'autre règle, l'acte aurait été fait inutilement, les prétentions quant à la

en règles *substantielles* » : v. pour cette dernière thèse, à l'égard de la règle *locus regit actum*, P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, n° 721 ; à l'égard de l'art. 311-16 du Code civil, v. H. Batiffol / P. Lagarde, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev. crit.*, 1972, p. 22 ; pour l'art. 311-17, B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 195. La majorité de la doctrine est pour la thèse « conflictualiste » : en ce sens P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 260 ; D. Holleaux / J. Foyer / G. Geouffre de la Pradelle, *D.i.p.*, n° 1222 ; P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 56 ; P. Picone, « Méthodes de coordination », p. 92. Appliqué à la situation de renvoi, le critère *substantiel* de la validité est retenu précisément pour régler un *conflit*, un conflit négatif de règles de conflit, ce qui le rend propre à réaliser une synthèse entre les deux thèses antagonistes dont on vient de rendre compte.

⁷²⁸ *Supra*, n° 118-119.

⁷²⁹ Il ne s'agit pas « de penser que le maintien de la validité des actes juridiques, quant au fond, est toujours préférable à leur annulation », ce qui « est sûrement excessif » (J. Derruppé, « Étude théorique du renvoi », n° 95 citant W. Wengler, *Rev. crit.*, 1952, p. 599, n° 6). Il se fait plutôt que « la validité n'est pas une *fin* en soi, elle ne l'est que dans le cadre d'un conflit de systèmes et devient un *moyen* particulier pour résoudre ce conflit ; mais cela implique que pour d'autres raisons ce conflit a été pris en considération et que l'on ait accepté de le résoudre par le biais du renvoi » (J. Derruppé, *ibidem*, n° 96) ou, bien plus exactement, par le biais d'une règle de conflit de renvoi retenant le critère bilatéral de la validité.

⁷³⁰ N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 223 ; cf. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 154.

⁷³¹ J.G. Collier, *Conflict of Laws*, p. 25.

⁷³² V. les développements *supra*, n° 157 s.

validité et quant à l'invalidité sont *a priori* légitimes en ce qu'elles bénéficient l'une et l'autre d'une règle de couverture. Puisque le Droit ne peut pas satisfaire ces deux prétentions et les attentes désormais divergentes qui s'y attachent, et qu'il doit sacrifier l'une de ces règles et, avec elle, l'une ou l'autre de ces expectatives, il paraît raisonnable de trancher en faveur de celle qui répondait aux prévisions naturelles des parties à l'acte au moment de l'accomplissement. Autrement dit, entre les deux règles antinomiques mais *a priori* également légitimes, la règle validante bénéficie d'un *surcroît de légitimité* parce que son applicabilité répond aux attentes convergentes et objectivement vérifiables des auteurs de l'acte. Une telle solution favorise l'accomplissement de ce qu'il nous est arrivé d'appeler la *fonction facilitatrice* du droit privé⁷³³ : à l'œuvre surtout avant la naissance d'une relation juridique, qui n'est donc que projetée, elle consiste pour le Droit à fixer les conditions, y compris formelles, dont l'observation garantit aux personnes privées la création régulière des relations qu'elles estiment concourir à leur épanouissement. Or, si une règle applicable à un acte juridique le valide, c'est qu'elle a bel et bien rempli avec succès une telle fonction, de toute évidence mieux que la règle également applicable qui l'invaliderait.

Il en va de même sur le plan transfrontière lorsqu'il y a conflit international de lois, c'est-à-dire un conflit entre les lois de deux États tenues par eux pour simultanément applicables à la question de la validité d'un seul et même acte. Lorsque la relation interindividuelle est frappée d'un conflit de renvoi, c'est que chacun de ces États estime d'autant plus fâcheux que l'acte soit tenu pour valable par l'un d'eux et nul par l'autre qu'il a *renoncé à l'application de sa loi*, pourtant proche de l'espèce, précisément pour échapper à une telle issue et que, partant, pour l'exorciser effectivement, il n'a plus qu'à organiser la réappropriation partielle de cette vocation sacrifiée de façon compatible avec la réappropriation par l'autre État de la vocation de sa loi à lui. Non seulement les prévisions quant à la validité sont conformes aux anticipations spontanées et de bonne foi des auteurs de l'acte⁷³⁴, ce qui n'est pas suffisant en soi, mais elles sont au surplus *légitimes* au sens rigoureux du terme, car elles prennent appui sur une *loi déclarée applicable*, soit la loi de l'État A désignée par la règle de conflit de l'État B, soit la loi de l'État B désignée par la règle de conflit de l'État A.

Le raisonnement qui précède suffit à montrer à quel point les autres critiques adressées au renvoi *in favorem* – et aux règles alternatives qui, d'après les dispositions évoquées et l'opinion répandue qui les inspirent, en prescri-

⁷³³ *Supra*, n° 75.

⁷³⁴ Cf. J. Aubert, « Une révision du d.i.p. », p. 213, pour qui « il s'agit d'empêcher que la confiance des justiciables ne soit déçue », et donc que « le renvoi ne soit pas mis au service de la mauvaise foi » ; cela entraîne pour lui « que le renvoi ne soit employé que pour valider les rapports juridiques, non pour les annuler (car on n'est guère de bonne foi lorsqu'on accomplit un acte en espérant qu'il soit nul) ». Sur ce que « it is obvious that the Rule of Validation in general accords with the reasonable expectations of the parties », v. P.E. Nygh, « The reasonable expectations of the parties as a guide to the choice of law in contract and in tort », *Rec. cours*, 1995, t. 251, p. 340.

raient l'acceptation – ne sont pas recevables à l'égard de l'emploi de la validité pour régler un conflit de renvoi classique. Loin de multiplier les situations juridiques boiteuses, son intervention vise précisément à en empêcher la survenance en supprimant l'antinomie internationale de lois qui menace de les engendrer. On ne saurait non plus prêter au for l'intention de poursuivre la validité même au prix de se contredire, c'est-à-dire au prix de contrarier les intérêts qu'il protège par le côté invalidant de ses règles matérielles, car dans la situation de renvoi classique, le for a déjà renoncé à l'application de celles-ci au moyen du rattachement unique et neutre ; le renvoi validant l'habilite à regagner à ses vues matérielles une partie des espèces qu'il avait délaissées⁷³⁵. Quant à l'idée que le critère matériel favoriserait les intérêts d'une partie au mépris de ce principe directeur du droit qu'est l'égalité, rappelons d'abord et surtout l'apparement entre validité et autonomie dont il a été question plus haut. La mise en œuvre du critère de la validité habilite les intéressés à établir l'acte de leur choix conformément aux formalités de leur choix pour autant qu'elles soient prévues par l'une ou l'autre loi en conflit. Sous cet angle, et observé au moment de la formation de l'acte, le facteur en question vaut en substance option bilatérale de législation et semble bien *favoriser les deux co-auteurs* auxquels une telle faculté est accordée. L'intérêt de celle qui souhaite se défaire d'un acte qu'elle a accompli conformément aux formalités choisies, et éligibles, ne mérite pas davantage de respect que l'intérêt du contractant à se soustraire à un contrat qu'il a pourtant valablement conclu en exerçant de la sorte sa liberté contractuelle et profitant, à l'époque de la conclusion, d'une telle liberté. Rappelons ensuite que la mise en œuvre du critère de la validité épargne aux deux parties le conflit que laissent en revanche subsister les deux règles de conflit soi-disant neutres génératrices du renvoi. La loi applicable à la validité de l'acte est, dès la passation de celui-ci, une et une seule au regard des deux États. Cette loi est dès lors prévisible et vérifiable par les auteurs de l'acte ainsi que par tout individu pouvant être affecté par lui ; plus n'est besoin pour les justiciables de se faire un procès pour l'identifier, pas plus que de franchir les obstacles qu'érige l'exigence d'un cumul de formalités – de nature parfois à décourager la naissance même de la situation – afin de prévenir les futures manœuvres de l'autre partie tendant à se dégager d'un acte devenu encombrant pour elle. La sécurité juridique s'en trouve ainsi garantie, et tous y trouvent leur avantage⁷³⁶.

⁷³⁵ V. *supra*, n° 118.

⁷³⁶ Si l'on en restreint ainsi l'emploi, le critère matériel de la validité esquivait au surplus le reproche, parfois adressé aux règles de rattachement à caractère substantiel, « de garantir une sécurité de droit insuffisante » (L. Raape / F. Sturm, *Internationales Privatrecht*, p. 9-10 ; M. Mühl, *Die Lehre vom « besseren » und « günstigeren » Recht im Internationalen Privatrecht*, München, 1982, p. 101-102, cité par P.M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 279 ; H. Gaudemet-Tallon, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », p. 188). Ce sont, dans les hypothèses de renvoi, les règles de conflit classiques qui, on le sait, ne ménagent pas de sécurité juridique et le critère matériel de la validité concourt à la rétablir. Il en va de même du grief consistant à relever le régime de soi-disant faveur pour les relations internationales

En reprenant l'exemple du pacte successoral, le renvoi validant adopté par l'État B ne se traduit pas par un élargissement du cercle des lois que retient sa règle de conflit – qui est à rattachement unique – mais aurait au contraire pour but de remédier à la dualité des rattachements auxquels souscrivent les États A et B ; l'État B ne vise pas au premier chef à poursuivre une politique législative mais à la coordination des systèmes des États A et B ; il ne crée pas de situations internationalement boiteuses mais aspire au contraire à les épargner aux parties et d'abord aux co-auteurs du pacte ; ce n'est pas la règle validante de conflit de renvoi qui le pousse à renoncer à la politique législative qui s'attache à la forme authentique, puisque c'est par la règle de conflit de lois qu'il y a déjà renoncé ; si un contentieux surgit entre les auteurs du pacte, privilégier la prétention individuelle qui se réclame de la loi validante, c'est-à-dire la prétention du particulier qui se réclame de la loi de l'État A, ne revient pas, pour l'État B, à méconnaître la « neutralité » du droit, car c'est en vertu de la règle de conflit à rattachement unique de l'État B qu'est désignée la loi de l'État A ; du point de vue de celui-ci, sa propre loi est non seulement déclarée *applicable* par l'un des États « co-intéressés », l'État B, mais elle est aussi celle qui a été effectivement *appliquée* par les particuliers et qui a rempli sa finalité première ; résoudre le conflit de renvoi par la loi validante signifie pour nos personnages, au moment où ils sont « co-intéressés » à établir un acte en se soumettant aux formalités les moins contraignantes possibles, qui est le moment où les règles de droit privé en matière de forme sont censées exercer leur fonction essentielle, pouvoir choisir entre les formes prescrites par la loi de l'État A et celles prescrites par la loi de l'État B, ce qui répond à leur projet commun.

215. Neutralité des règles de conflit dites matérielles. Il n'est pas exclu que ce qui vient d'être dit soit à même de projeter quelques lumières sur le fondement rationnel – *Zweckrationalität* – des règles de conflit alternatives dont nous avons rappelé plus haut une explication qui, pour être courante, ne nous paraît pas moins insatisfaisante.

Ainsi que leur nom l'indique, il s'agit bel et bien de règles de *conflit de lois*, c'est-à-dire de règles destinées à trancher un *conflit de lois*, lequel ne peut qu'être un conflit *international* de lois, par opposition à un conflit interne. Autrement dit, ces règles se donnent pour but, tout comme les règles de conflit à rattachement unique, de prévenir une antinomie internationale en assurant la co-

que l'on vient ainsi à créer, et qui romprait l'égalité entre celles-ci et les relations internes (v. W. Wengler, *IPR*, p. 50 ; E. Lorenz, *Zur Struktur des internationalen Privatrechts, Ein Beitrag zur Reformdiskussion*, Berlin, 1977, p. 63 ; cf. R. Quadri, « Sulla legge applicabile alla 'forma' degli atti giuridici », *Scritti giuridici*, vol. II, n° 34, p. 637 ; H. Gaudemet-Tallon, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales », p. 190). Le critère de la validité est en effet convoqué pour restaurer l'égalité entre deux catégories de relations privées sous l'angle de la prévisibilité de la loi applicable et de la sécurité juridique : sécurité dont bénéficient par hypothèse les parties à une relation privée inscrite uniquement au sein de la communauté étatique A ou au sein de la communauté étatique B, ainsi que les parties à une relation inscrite au sein des deux communautés étatiques simultanément mais où le conflit de lois AB est prévenu moyennant les règles de conflit de lois des deux États, alors qu'une telle sécurité est déniée aux parties à une relation privée inscrite au sein de deux communautés étatiques dont chacune désigne au moyen de sa règle de conflit, pour la régir, la loi de l'autre.

ordination préjudiciaire entre les systèmes des États « co-intéressés », de telle sorte qu’une seule parmi ces lois soit désignée comme applicable et que la prévisibilité et la justice du Droit soient garanties aux particuliers. Si de telles règles sont consacrées par des instruments internationaux, elles sont alors bilatérales non seulement quant à leur *forme* mais également quant à leur *source*, parce qu’elles sont le fruit de la concertation des États, posées bilatéralement ou multilatéralement par eux⁷³⁷. Il est peu douteux qu’ayant emporté le consensus des négociateurs, le facteur dit matériel que consacrent de telles dispositions conventionnelles ait favorisé la coordination, qu’il ait constitué un *critère de coordination*. Certes, la proximité ne joue pas moins, quant à la structure et à la logique de fonctionnement de ces règles, un rôle essentiel car elles commencent par retenir un certain nombre de rattachements que les États les ayant mises au point tenaient pour significatifs. Mais la sélection ultime entre les lois vers lesquelles pointent ces rattachements – entre les lois ainsi « shortlistées » comme on dit aujourd’hui – se fait sur le fondement d’un facteur non-géographique. Force est de conclure que les États ont regardé celui-ci comme plus rationnel, et plus propre à stimuler la convergence, que la recherche collective du rattachement géographiquement prépondérant, qui s’est avéré en la matière largement introuvable. L’antinomie internationale de lois est, en tout cas, véritablement tranchée car s’ils sont l’un et l’autre signataires de l’instrument conventionnel, les États avec les milieux socio-économiques desquels une relation privée internationale présente un degré significatif d’intégration désignent la même loi : ici, celle dont les auteurs de l’acte ont choisi de respecter, ou ont en tout cas respecté, les formalités qu’elle prescrit.

Faut-il penser que le critère matériel change de fonction – qu’il ne vise plus la coordination mais autre chose – lorsqu’il est consacré par des règles alternatives de source *mono-étatique*, par exemple lorsque l’État A s’en dote en dehors de toute convention avec l’État B ? Les règles alternatives nationales ne cessent pas d’être de *conflit* pas plus que *bilatérales*, ici – il est vrai – au sens de *bilatéralisables*, c’est-à-dire susceptibles d’être adoptées par l’autre État en conflit pour que le conflit international de lois soit résolu. La coordination n’est certes véritablement atteinte par l’État A que lorsque l’État B, dans l’exercice unilatéral de sa liberté, retient de son côté une règle de conflit à la teneur analogue et, en tout cas, désigne la même loi. Mais cela vaut pour toute règle de conflit de lois, y compris pour toute règle de conflit à rattachement unique. L’expérience enseigne qu’alors même que les règles des deux États en présence ne sont pas identiques, les conflits négatifs mais aussi les conflits positifs de règles de conflit sont plus rares lorsqu’une des deux règles voire les deux sont de type alternatif. Lorsque des conflits de règles de conflit se produisent, c’est donc un facteur de solution du conflit de renvoi qu’il faut chercher et la validi-

⁷³⁷ Pour une telle distinction, v. *supra*, n° 100.

té présente, on l'a vu, les mêmes titres pour être retenue que l'autonomie des parties, à laquelle elle peut en effet être ramenée.

Quid de l'idée répandue qui souligne, parfois pour la regretter, la *perte de neutralité* d'un tel critère matériel et de la règle alternative qui le consacre ? C'est l'opposition entre, d'une part, l'équation « règle de conflit à rattachement unique = règle de conflit neutre = poursuite de la coordination » et, d'autre part, l'équation « règle de conflit alternative = règle de conflit matériellement engagée = poursuite d'une politique législative (et non de la coordination) » qu'il faudrait relativiser et même franchement combattre. Y invite d'abord ici de nouveau le rapprochement avec les conflits internes de lois, où les critères matériels – *res magis valeat, interpretatio contra stipulatorem...* – visent bel et bien à trancher une antinomie normative. Y invite ensuite et surtout l'analyse du conflit de lois en conflit entre les États auteurs de ces lois, de même que la précision qu'un tel conflit interétatique est provoqué par le fait que ces États auraient tous une vocation raisonnable à trancher par leur loi le conflit d'intérêts privés naissant d'une situation qui affecte simultanément leurs milieux sociaux et économiques. Tout facteur chargé de trancher le conflit ainsi entendu entre États – entre les vocations de leurs lois – n'est véritablement neutre que lorsqu'il est fixé par une instance neutre, c'est-à-dire tierce et impartiale, dont la légitimité à le trancher est acceptée par eux. Le rattachement géographique fixé unilatéralement par chacun de ces États n'est en ce sens pas neutre, autrement dit pas impartial, parce que c'est une partie au conflit – un État – qui l'a choisi. Bien sûr, il se peut que le critère que sélectionne l'État A soit le même que celui que sélectionne l'État B, auquel cas il n'est plus besoin, s'agissant d'une relation humaine transfrontière AB, d'en appeler à un facteur tiers : les États ont trouvé une entente spontanée. Ne parvenant pas à s'accorder sur le rattachement le plus significatif mais seulement sur une liste de contacts sérieux, les États peuvent fort bien s'accorder néanmoins à s'en remettre, quant au choix entre ceux-ci, à la détermination des justiciables, ici des auteurs de l'acte à établir. Certes, ceux-ci trancheront selon leur propre intérêt et le plus souvent en usant des formes dont l'observation est pour eux la plus pratique ou la moins onéreuse. Mais cessent-ils pour autant, notamment au moment de l'établissement de l'acte, d'être, sur ce point, tiers par rapport aux États qu'oppose le désaccord ? Saisi d'un litige opposant les deux parents d'un enfant au sujet de l'attribution de la garde de celui-ci, un juge n'abdique pas sa neutralité lorsqu'il décide de suivre la détermination de l'enfant après s'être assuré que celui-ci dispose d'une maturité et d'un discernement suffisants et, par exemple, qu'il n'est pas sous l'emprise d'un « conflit de loyauté » avec l'un d'eux. Le juge instaure en quelque sorte l'enfant en juge. Bien que tranchant selon l'appréciation qu'il fait de son intérêt, l'enfant ne perd pas non plus sa « tierceté » par rapport aux parents, parties au conflit, car le critère en vue duquel la contestation entre les parents demande à être tranchée est précisément

le bien-être de l'enfant⁷³⁸. On peut alors penser que du point de vue des États dont chacun a vocation à prétendre prescrire l'observation de ses formalités ou en tout cas imposer son idée de la proximité, se soumettre à la détermination des intéressés en permettant à ces derniers de s'ajuster à la loi qui leur est plus convenable constitue un facteur de solution tout aussi *neutre* et *impartial* au sens que l'on vient de voir.

Une illustration particulièrement démonstrative est offerte par la règle de conflit figurant dans la Convention de La Haye de 1961 en matière de forme des testaments, dont semble avoir pris essor le mouvement d'intérêt doctrinal pour les règles de conflit alternatives⁷³⁹. Les États participants à la mise au point de ce traité se sont assis à la table des négociations en y amenant leurs propres idées de la proximité, celles-là mêmes qu'ils avaient concrétisées dans leurs propres règles de conflit. Au départ de ces différentes conceptions, ils ont pu atteindre une convergence, d'une part, en retenant à peu près l'ensemble des rattachements qu'ils avançaient et, d'autre part, en confiant à la validité le soin de trancher entre ceux-ci⁷⁴⁰. Aussi le critère dit matériel est-il celui qui a permis en définitive de se hisser au-dessus des subjectivités et des partialités que renfermait chaque règle de conflit posée unilatéralement par les États en présence et de recueillir leur consensus en rendant possible l'harmonie des solutions à la faveur des justiciables. Observé au moment de l'établissement par un *de cujus* des dispositions de dernières volontés, ce facteur est, on l'a vu, largement interprété comme faisant trancher le conflit de lois et des États qui les édictent à l'auteur des dispositions testamentaires⁷⁴¹. Celui-ci pourra sélectionner la loi dont il désire respecter les formes – qui sera la loi applicable du point de vue de tout pays où la Convention est en vigueur – et écartera les autres. Le testateur est tiers par rapport aux États en conflit de renvoi au même sens qu'un enfant est tiers par rapport aux parents revendiquant la responsabilité parentale à son sujet. En ce sens on peut dire que le critère consistant à confier la détermination au testateur est plus *neutre* que le facteur de rattachement qu'avancait chacun des États pour son propre compte, lequel procédait de sa vision subjective de la coordination. La règle de conflit alternative conventionnelle de 1961 a été prise en modèle par d'autres règles. Lorsqu'elles ont été édictées unilatéralement, ces autres règles alternatives, de source « mono-étatique », ont fait croire que les législateurs nationaux qui les ont adoptées poursuivaient par leur biais un résultat matériel *au lieu de la coordination*, alors qu'on peut soutenir au contraire que c'est par le critère matériel, se ramenant à la volonté ou aux attentes d'au moins une partie,

⁷³⁸ Il en irait différemment en cas de conflit de loyauté.

⁷³⁹ Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, conclue à la Haye le 5 octobre 1961, article 1 par. 1 : « Une disposition testamentaire est valable quant à la forme si celle-ci répond à la loi interne : a) du lieu où le testateur a disposé ; ou b) d'une nationalité possédée par le testateur, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès ; ou c) d'un lieu dans lequel le testateur avait son domicile, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès ; ou d) du lieu dans lequel le testateur avait sa résidence habituelle, soit au moment où il a disposé, soit au moment de son décès ; ou e) pour les immeubles, du lieu de leur situation ».

⁷⁴⁰ En ce sens, par exemple, P.-M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices*, p. 34.

⁷⁴¹ *Supra*, n° 206.

que la coordination était recherchée, et par ailleurs le plus souvent atteinte, en dépit même de l'unilatéralité de la source, comme l'atteste le faible nombre de conflits que l'on rencontre engageant une ou deux règles de conflit à rattachements multiples.

216. Confirmation jurisprudentielle. Les règles de conflit à rattachement unique se sont raréfiées en matière de validité formelle. Dans les domaines où elles subsistent, et dans la mesure où elles sont impliquées dans un conflit de renvoi, l'on peut, du point de vue de l'État qui les retient, justifier la mise en œuvre du critère de la validité, soit en vertu de la disposition législative consacrant le renvoi invalidant, dont la généralité suggère de ne pas en circonscrire l'emploi aux conflits de renvoi que concourt à provoquer une règle de conflit alternative de cet État, soit en prenant appui, par voie d'analogie, sur la disposition admettant le renvoi *in favorem*, soit, à défaut, en se réclamant des ressorts subjectifs de la clause échappatoire, dont nous avons vu qu'elle peut être mobilisée pour garantir le respect des attentes légitimes des parties et l'uniformité des solutions⁷⁴².

Mais c'est surtout l'histoire judiciaire du renvoi qui révèle l'aptitude de la validité à trancher un conflit négatif de règles de conflit en même temps que sa positivité. Face à des cas de renvoi où se débattait la validité formelle d'un acte, la jurisprudence de bien des pays a quasi-systématiquement privilégié la loi, tantôt du for, tantôt étrangère, qui validait l'acte, et écarté la loi, respectivement étrangère et du for, qui l'invalidait. Comme leur règle de conflit était à rattachement unique, la validité, du point de vue de ces États, n'est intervenue que pour arbitrer le jeu de désignations croisées que recouvre le conflit de renvoi. S'il en est ainsi, c'est parce que les juges se laissèrent inspirer par un principe de solution qui était propre à échapper à la fois aux doléances des adversaires du renvoi et aux illusions de ses partisans puisque, adopté par l'autre État, il aboutissait vraiment à l'harmonie des solutions. Bien des auteurs ont signalé, et approuvé, une telle tendance jurisprudentielle⁷⁴³. C'est donc vers le travail qu'ont réalisé les tribunaux qu'il convient de se tourner.

⁷⁴² *Supra*, n° 184.

⁷⁴³ En citant un peu en vrac, H. Lewald, « Renvoi revisité », p. 171 ; É. Agostini, *L'application des règles de conflit étrangères*, p. 290 ; A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, p. 81 ; J.F. Aubert, « Une révision du d.i.p. », p. 213 ; A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 269 ; A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 228-229 ; G. Sauveplanne, « Renvoi », p. 10 ; J.-Y. Carlier, « Le renvoi fonctionnel au service de l'adoption internationale », p. 676 ; M. Verwilghen, « Le renouveau de l'adoption internationale », in : M. Verwilghen / R. De Valkeener (eds.), *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, p. 153 ; M.A. Jagmetti, *Die Anwendung fremden Kollisionsrechtes durch den inländischen Richter*, p. 78 ; P. Reichart, *Der Renvoi im schweizerischen IPR*, p. 61 ; M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 185 ; J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo », p. 1294. Cf. déjà D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 357 et F. Castro y Bravo, « El Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930, destinado a reglamentar ciertos conflictos de las leyes, en materia de letra de cambio y de pagaré a la orden », *Discurso de apertura del curso académico 1939-1940 en la Universidad Central*, Madrid, 1939, p. 44.

Conclusions du Titre I

217. Résumé. Dans ce premier volet de l'enquête consacrée au droit positif, il s'est agi de déterminer en quelle mesure les règles se dégageant des dispositions législatives visant une hypothèse de conflit de renvoi sont compatibles avec celles que propose la thèse que nous avons appelée « synthèse », prise dans sa double composante, formelle et matérielle. Il est apparu d'emblée que les règles pertinentes ne sont pas uniquement celles que comportent les dispositions libellées « renvoi », puisque d'autres dispositions, en lien parfois avec des principes développés par la jurisprudence et la doctrine, peuvent de même avoir vocation à régir les situations frappées de conflit négatif de règles de conflit et concourir à déterminer au profit de quelle loi un tel conflit doit être tranché. Il est aussi apparu qu'aucun législateur dont l'œuvre a été passée en revue ne semble avoir été entièrement persuadé du bien-fondé de la thèse et de l'antithèse et il est dès lors rare qu'il ait adhéré *toto corde* et sans atermoiements en faveur ou contre le renvoi. Voilà qui reflète au demeurant l'insatisfaction des responsables des processus législatifs, qui sont le plus souvent, pour ce qui est particulièrement de la question du renvoi et d'autres dites de théorie générale, des universitaires et bien rarement des élus directs des peuples, dont l'apport à la discussion sur le renvoi a été assez négligeable en raison aussi de la manière abstraite dont celle-ci leur a été généralement présentée. L'élément le plus caractéristique de la « légistique » en la matière semble être en définitive la recherche – qu'elle reflète et favorise – d'une « voie médiane » entre les deux positions extrêmes livrées par la tradition.

Le caractère bilatéral de la règle de conflit de renvoi que préconise la synthèse est conforme, et le seul vraiment conforme, à l'objectif de la coordination des systèmes et de l'harmonie des solutions qui en résulte, dont il est permis de penser qu'il saisit et éclaire la *ratio legis* en tout cas des dispositions qui n'ont pas refusé le renvoi sans prévoir de mécanismes alternatifs pour arbitrer le jeu des désignations croisées et réciproques. Les textes prescrivant la « prise en compte du renvoi » invitent à ne pas négliger la situation de conflit négatif de rattachements et, en aval du constat de celle-ci, à développer des principes, inéluctablement bilatéraux, susceptibles de le surmonter. C'est en tout cas l'interprétation qu'a donnée le Tribunal suprême espagnol, lequel a mis au point un ensemble de critères susceptibles de tourner à l'avantage soit de la loi du for soit de la loi étrangère ; c'est aussi la lecture qui a été, pour l'Italie, proposée par la doctrine contemporaine en l'absence pour l'instant de jurisprudence significative. En ce qu'elles remettent expressément le choix entre la loi du for et la loi étrangère à une appréciation des « circonstances », les dispositions consacrant le « renvoi-équité » invitent elles aussi à développer des principes neutres et supérieurs et semblent bien dès lors consacrer le caractère bilatéral

de la règle du conflit de renvoi tout en suggérant, pour lui donner substance, la recherche d'une proximité moins abstraite que celle que traduisent les rattachements antagonistes. La texture ouverte et novatrice de la *Sinnklausel* inscrite dans l'EGBGB ne s'oppose sûrement pas à ce que l'on forge une structure bilatérale à la règle de conflit de renvoi qu'elle encourage à édifier. Prolongeant la bilatéralité de la règle de conflit de lois, une telle structure saisit et exalte le « sens » profond de celle-ci et la finalité naturelle à laquelle elle est asservie, finalité que rappellent avec insistance tout autant le législateur que la doctrine allemands.

Une autre disposition témoignant de la conformité de la synthèse au droit législatif est celle qui consacre la « clause d'exception » ou « clause échappatoire ». L'origine de celle-ci est étroitement liée à la réflexion sur le renvoi car elle a été proposée dans les années cinquante au sein de l'Institut de droit international comme moyen pour surmonter le conflit négatif en lieu et place de l'acceptation pure et simple du renvoi dont l'efficacité était déjà à l'époque largement perçue comme insuffisante. Si le recours à la proximité pure à la faveur des situations de renvoi se réclame de la genèse historique de la clause qui le recommande, c'est-à-dire de ce que l'on pourrait appeler les travaux préparatoires internationaux, un tel recours est justifié également par certains travaux préparatoires nationaux, les législateurs de nombre de Pays – aux premiers rangs desquels la Suisse, la Belgique et les Pays-Bas – ayant à dessein décidé de refuser par principe le renvoi pour pouvoir traiter plus efficacement le conflit négatif à l'aide de la proximité. Prescrite pour endiguer l'imprévisibilité pouvant s'attacher à la clause, la condition exigeant un « lien lâche » – qui a d'ailleurs tendance à disparaître dans les nouveaux textes, communautaires notamment, et dont la jurisprudence fait parfois peu de cas – n'a pas bien de raisons de s'imposer à l'égard des situations de renvoi car c'est précisément l'imprévisibilité inhérente à celles-ci qu'elle viserait à combattre. La clause d'exception a vocation à jouer également lorsque la disposition générale sur le renvoi en commande par principe l'acceptation, c'est-à-dire que le retour à la loi de l'État qui l'a édictée auquel invite une telle disposition est lui aussi contrôlé par la clause, laquelle peut bien suggérer un nouveau retour à la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois.

Pour ce qui est de l'autonomie individuelle, celle-ci s'entend, de même qu'en droit privé, à la fois comme la manifestation de volonté des parties renfermant une véritable désignation et un comportement concluant par lequel celles-ci se sont spontanément soumises à une des lois en conflit de renvoi, comportement qui, considéré rétrospectivement, révèle leurs attentes ou expectatives, et ce indépendamment de la conscience chez elles de l'alternative qui s'offrait à elles. Deux principes, souvent inscrits dans les codifications contemporaines, nous ont paru, sinon appeler, du moins autoriser le recours, en cas de conflit de renvoi, à l'autonomie ainsi entendue. Le premier établit que, lorsque les parties désignent la loi de l'État B ou ajustent spontanément leurs conduites à celle-ci, le renvoi que la règle de conflit de l'État B fait le cas é-

chéant à la loi de l'État A est en général refusé du point de vue de cet État. Un tel principe, il est vrai, vise d'abord les hypothèses où la règle de conflit « envoyante » de l'État A est à rattachements multiples, auquel cas l'autonomie exerce la double fonction de trancher la dualité des rattachements du point de vue de l'État A qui l'édicte et de surmonter, par un facteur bilatéral, la dualité internationale de rattachements que recouvre un conflit de renvoi entre l'État A et l'État B dont la loi est désignée. Mais illustrations à l'appui, il ne semble pas y avoir de raisons, du point de vue de chacun des États « co-intéressés », de ne pas convoquer l'autonomie pour lui faire arbitrer le seul jeu des désignations croisées que recouvrent les cas de conflit de renvoi classique. Le deuxième principe est tiré des dispositions qui, s'agissant de la validité notamment formelle des actes, énoncent en substance que la loi en conflit de renvoi qui valide l'acte possède les titres prépondérants pour trancher un tel conflit. Or le critère de la validité constitue un facteur parfaitement bilatéral et employer un tel principe, et construire autour de lui une *règle matérielle de conflit de renvoi*, signifie, si l'on en apprécie l'efficacité avant l'accomplissement de l'acte, reconnaître aux justiciables la liberté de se conformer à l'une ou à l'autre des lois participant au conflit de rattachements et, si l'on en apprécie l'opérativité à un moment postérieur, s'en remettre au comportement concluant de l'auteur de l'acte qui a utilisé une loi et écarté l'autre et dont les attentes sont mieux respectées par la loi validante, de telles attentes étant légitimes parce qu'au bénéfice d'une « loi de couverture », et objectivement vérifiables. Convoqué pour trancher un conflit de renvoi classique, le renvoi *in favorem validitatis* fait justice de toutes les critiques qui lui sont adressées lorsqu'il est appelé à la rescousse pour prolonger une règle de conflit à rattachements multiples. Il apparaît une fois de plus que la neutralité de la règle sur le renvoi est compatible avec la matérialité du critère qu'elle promeut à la dignité de facteur de solution du conflit négatif.

Nous nous sommes enfin penchés sur l'idée du caractère facultatif des règles de conflit de lois en vertu duquel les plaideurs devraient être autorisés en substance à convenir de l'application de la loi du for ou de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for. Or compte tenu des arguments invoqués par les tenants et les détracteurs d'une telle idée, il semble que les uns et les autres devraient s'accorder pour admettre le caractère facultatif de la disposition législative sur le renvoi, qu'elle soit par principe favorable ou par principe contraire à celui-ci. Un tel critère facultatif serait précisément asservi à la poursuite des objectifs dont les partisans d'une telle idée ne remettent pas en cause la légitimité et dont ses adversaires soutiennent qu'ils seraient méconnus par le caractère facultatif de la règle de conflit de lois. Admettre le caractère facultatif de la disposition sur le renvoi, c'est ouvrir aux plaideurs la liberté de désigner au cours de la procédure l'une ou l'autre des lois en conflit de renvoi ou de s'y soumettre spontanément et, pour ainsi dire, par un comportement judiciaire concluant. Seulement, s'il leur est loisible de le faire pendant le procès, on voit mal pourquoi l'on devrait dénier aux particuliers le pouvoir de se dé-

terminer avant le procès sur la façon dont le conflit de renvoi devrait en cas de différend être tranché, ce qui leur épargnerait la nécessité de devenir plaideurs en vue de connaître la loi qui régit les droits subjectifs et les obligations résultant du rapport qu'ils ont noué ou dont aucun droit et aucune obligation n'ont résulté.

Il y a dès lors matière à penser que les tribunaux des pays tels l'Espagne, l'Italie, la Suisse, les Pays-Bas, le Portugal, l'Allemagne, la Belgique, la République Tchèque, la Slovaquie, le Mexique, et bien d'autres, qui trancheraient le conflit de renvoi au moyen d'un critère ayant vocation bilatérale – c'est-à-dire adoptable par l'autre État en conflit de renvoi – et notamment par l'autonomie des parties et la proximité, se conformeraient à la lettre et combleraient l'esprit, la *ratio legis*, des dispositions par lesquelles leurs législateurs ont entendu gérer le conflit négatif de règles de conflit et susceptibles d'intervenir pour déterminer la loi applicable à une relation interindividuelle qui en est frappée.

Titre II

Compatibilité de la synthèse avec les solutions jurisprudentielles

218. Une multitude de normes individuelles ayant tranché des conflits de renvoi. Les juges saisis des affaires qui vont être rapportées ont dû arbitrer un conflit de renvoi et plus exactement ce qu'on pourrait appeler un *conflit individuel et concret de renvoi*. Toute décision par laquelle un tribunal a tranché la question du droit applicable à une relation interindividuelle frappée du conflit de renvoi comporte donc, peut-on dire, une *norme individuelle de conflit de renvoi*, c'est-à-dire une norme prononcée par lui qui a statué sur le conflit négatif de règles de conflit en indiquant au profit de quelle loi il devait être tranché. Pour chaque pays, nous disposons dès lors d'un ensemble de telles normes individuelles.

S'interroger sur l'état du droit positif revient à s'interroger sur les critères positivement adoptés par les juges et fondant les normes individuelles de conflit de renvoi qu'ils ont établies, c'est-à-dire sur les facteurs auxquels ils ont eu recours et qui sont à même d'expliquer pourquoi le conflit de renvoi que soulevait telle affaire a été tranché en faveur de la loi du for et celui que soulevait telle autre affaire l'a été en faveur de la loi étrangère. Et il faut particulièrement rechercher en quelle mesure l'on peut, dans cette séquence de normes individuelles, discerner la formation progressive de principes ou règles d'origine jurisprudentielle – et ce quel que soit le stade atteint par ce processus – ayant vocation à trancher par avance une série de situations de conflit de renvoi pouvant être définies dans l'abstrait, c'est-à-dire des principes ou règles de conflit de renvoi susceptibles de garantir une prévisibilité raisonnable aux particuliers qui seront impliqués dans des relations analogues en leur épargnant de la sorte la nécessité de saisir à nouveau un juge pour savoir comment sera tranché le conflit de renvoi qui les frappera. Si, en effet, le droit positif consiste en « des pronostics au sujet de ce que feront les juges »⁷⁴⁴, il est logique et naturel que

⁷⁴⁴ « The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law » : O.W. Holmes, « The Path of the Law », 10 *Harv. L. Rev.* 453 (1897) ; cf. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, p. 160-166. Pour P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », p. 30, « [s]i l'on cherche à décrire le droit tel qu'il s'inscrit dans la réalité et non de façon théorique, la règle ne doit pas être identifiée à ce qu'a énoncé, même clairement, l'au-

l'on s'efforce de dégager ce qu'ils ont fait dans le passé afin de prédire ce qu'ils feront à l'avenir.

La nécessité d'un tel effort s'explique par l'observation que la *ratio decidendi* ou *decisionis* peut parfois, dans l'une ou plusieurs de ses composantes, demeurer dans les plis du raisonnement judiciaire, prise entre les lignes du texte lui-même de la décision, c'est-à-dire que l'idée inspirant celle-ci – ce qu'on peut appeler l'« esprit de la décision » – et éclairant la norme de conflit de renvoi qu'elle a retenue, peut devoir être déduite et précisée par une démarche d'interprétation, comme on le fait d'ordinaire à la faveur des dispositions législatives afin d'en extraire la *ratio legis*⁷⁴⁵. Le droit positif est en effet compatible avec l'idée d'un motif au moins partiellement implicite tant il est vrai que « les juges ont, pour ainsi dire, le droit d'inventer une règle dans le silence de la loi, sans être tenus d'exposer les motifs de la nécessité ou du contenu de la règle qu'ils posent »⁷⁴⁶. Toute théorie visant à expliquer ce qu'a fait un arrêt ou une série d'arrêts à propos d'un point de droit à l'égard duquel le texte légal ainsi que la jurisprudence antérieure étaient insuffisamment univoques, et à rendre compte, au départ de ces arrêts, du principe de droit qu'ils ont posé et dont ils auraient dorénavant prescrit aux justiciables l'observation, ne consiste-t-elle pas à dégager les facteurs de justice qui sont au fondement de la détermination de la cour et à en tracer le domaine⁷⁴⁷ ?

219. Nouvelle grille de lecture. Les grands arrêts qui ont fait l'histoire du renvoi ont été aussi souvent scrutés, décortiqués et retournés en tous sens qu'on ne peut, selon l'image de Montesquieu reprise par Cambacérès, s'en approcher que d'une « main tremblante ». L'exposé qui suit vise à mesurer l'aptitude dont peut se réclamer la synthèse à expliquer ces décisions prestigieuses. Rappelons-en une fois de plus la double composante : *formelle*, qui tient à la bilaté-

torité officiellement compétente, mais à ce qui s'impose effectivement aux membres de la société, et cela dépend en dernière analyse des juges, et non du législateur ».

⁷⁴⁵ J. Raz, *The Authority of Law*, p. 184, qui, après avoir évoqué la conviction répandue selon laquelle « it is very difficult to discover the *ratio decidendi* », explique que « establishing the *ratio* is partly a matter of interpretation of a document : What is the reason on which a judge relied in reaching his decision as conveyed by his judgment ? » ; et l'auteur de suggérer le parallèle avec l'interprétation des *statutes*.

⁷⁴⁶ P. Gothot, « Dominique Holleaux : le dogme, l'histoire et la critique », *Rev. crit.*, 1990, p. 623. Sur ce que, s'agissant des lois, « les motifs qui sont donnés [dans l'exposé des motifs] ne sont pas toujours les vrais », G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 84.

⁷⁴⁷ Sur la genèse en général d'une décision judiciaire, cf. les considérations suivantes de H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, p. 253 : « Les tribunaux qui ont adopté la solution en cause n'ont pas procédé par une démarche inductive mais du mobile de l'impossibilité pratique de décider autrement. Cela suffit et parce que c'est la vérité. Mais la vérité est aussi que toute solution doit être reliée à une idée qui permettra de déterminer son domaine. Il importe assez peu que cette idée soit dégagée *a posteriori* : tout ce qui précède montre que le droit positif s'élabore constamment par une réflexion sur des solutions données sous la pression des faits et des besoins à satisfaire, réflexion qui tend à organiser ces solutions ». C'est en quelque sorte à « organiser les solutions » auxquelles sont parvenus les tribunaux ayant rendu les décisions analysées que s'adonne cette partie de l'enquête.

ralité du facteur de solution du conflit de renvoi, et *matérielle*, dont le choix du critère qui la concrétise est remis à chacun des États, auxquels il est cependant prescrit de retenir un critère *neutre*, c'est-à-dire *tiers* par rapport aux rattachements antagonistes, et *supérieur* en ce qu'il est capable de résorber leur contradiction. Nous avons proposé en général la proximité et l'autonomie mais l'on envisagera également, en matière successorale, le principe de l'unité internationale de la loi applicable dont il est déjà apparu qu'il satisfait lui aussi aux conditions formelles qu'impose le bilatéralisme⁷⁴⁸. Dans un souci d'exhaustivité, on rendra compte également de nombreux arrêts à plus faible notoriété, émanant de juridictions inférieures, dont l'examen nous a paru tout aussi fécond et parfois plus encore, l'espèce y étant rapportée avec davantage de détails. Car ce qui nous intéresse en premier lieu, c'est de démêler les faits sous-jacents à ces décisions et de les apprécier à la lumière du dénouement par lequel elles se soldent : application de la loi du for ou application de la loi étrangère. Voilà qui représente une grille d'analyse suffisamment éloignée, semble-t-il, de celles qui ont prévalu jusqu'à ce jour pour justifier que l'on ouvre à nouveau des dossiers pour la plupart anciens, encore que les décisions récentes ne soient pas quantité négligeable.

Selon le plan énoncé au début de cette étude⁷⁴⁹, on s'intéressera d'abord aux décisions touchant le domaine successoral, grand dispensateur de litiges (Chapitre I), puis à celles, moins nombreuses, rendues en matière de délits (Chapitre II).

⁷⁴⁸ *Supra*, n° 176.

⁷⁴⁹ *Supra*, n° 4.

Chapitre I

Renvoi en matière successorale

220. Plan. C'est à la matière successorale que se rapportent dans la plupart des pays les premières décisions ayant eu à statuer sur un conflit de renvoi. Afin d'en faciliter la présentation et l'analyse (Section II à VI), il convient d'abord de se pencher sur les facteurs ayant vocation à être pris en compte en ce domaine s'agissant de départager les deux rattachements concurrents (Section I).

Section I : Facteurs pertinents

221. Plan. On s'attachera d'abord à identifier les indices susceptibles de révéler soit une certaine proximité entre le pays où ils se réalisent et la relation individuelle donnant lieu au conflit de renvoi (§ 1), soit une orientation de la volonté des parties impliquées ou de leurs attentes quant à la façon de le trancher (§ 2). On s'intéressera ensuite au principe de l'unité internationale de la loi applicable à la succession (§ 3).

§ 1. Proximité

222. Catalogue des facteurs pertinents. Il importe ici de repérer tout contact qui, bien que n'étant jugé le plus significatif ni par l'un ni par l'autre État en présence, est objectivement sérieux et qui, en raison de son statut même de lien tiers, peut contribuer à départager les rattachements en conflit négatif : un peu comme les balances à pendule d'autrefois qu'à égalité des poids les plus gros, les poids les plus petits pouvaient faire pencher d'un côté ou de l'autre⁷⁵⁰.

On peut d'abord avancer que toute attache qu'un État promeut à la dignité de facteur de rattachement s'impose aux autres États en tant qu'objectivement dotée d'une force à tout le moins suffisante au sens modeste que l'on a dit. Ainsi, les systèmes qui privilégient la nationalité du *de cujus* n'entendent pas pour autant nier que le domicile, auquel ils ont eux-mêmes souvent recours subsidiairement en cas de défaillance du rattachement primaire, traduit bien un lien respectable, encore que, pour eux, par hypothèse, moins fort, du moins en général⁷⁵¹. Ainsi encore, les États qui optent pour le domicile ou d'autres

⁷⁵⁰ Et de fait, si la hiérarchisation entre plusieurs rattachements significatifs relève des préférences subjectives de celui qui est chargé de l'établir, la nature des choses n'y étant d'aucun secours, celle-ci peut être appelée à la rescousse lorsqu'il s'agit, moins ambitieusement, de dresser la simple liste des liens revêtant une certaine importance, sans prétendre les ordonner en une échelle graduée.

⁷⁵¹ C'est-à-dire en l'absence de toute nationalité ou en cas de plurinationalité.

critères de type domiciliaire, notamment la résidence habituelle, ne méconnaissent pas la prégnance du lien unissant le *de cujus* et l'État dont il est ressortissant, celui-ci étant d'ailleurs dans la grande majorité des cas, on y reviendra, le pays de son avant-dernier domicile ou en tout cas du domicile d'origine. De même enfin, ce n'est pas parce qu'un État place sous une loi personnelle unique la totalité des actifs héréditaires qu'il se refuse à reconnaître l'importance de l'attache de ces biens à l'État de leur situation, attache qu'il regarde d'ailleurs presque toujours comme la plus significative s'agissant d'autres modes d'acquisition des droits réels. Si le domicile du *de cujus*, sa nationalité et le lieu de situation des biens qu'il laisse épuisent en la matière semble-t-il les contacts érigés seuls en rattachements généraux, il en est d'autres qui sont parfois utilisés en combinaison avec l'un ou l'autre en vue de déroger, à propos de questions spécifiques encore que souvent centrales, au rattachement de principe. Ainsi en va-t-il notamment des contacts personnels, par leur nationalité ou leur résidence, des *ayants droit*, c'est-à-dire de ceux à qui le *de cujus* ou la loi – ici l'une des lois en conflit de renvoi – attribue des droits dans la succession. Ce qui vient d'être dit invite à trier les circonstances de localisation selon qu'elles touchent à la personne du *de cujus* (A), à ses biens (B) ou aux héritiers présomptifs (C)⁷⁵².

A – Attaches personnelles du *de cujus*

223. Intensité *in concreto* des attaches en conflit négatif. Les contacts axés sur le *de cujus* peuvent d'abord concourir à arbitrer le conflit opposant un rattachement personnel et un rattachement réel. Ainsi, lorsque s'affrontent la loi nationale et celle du *situs* d'un immeuble, l'on peut se pencher sur le dernier domicile du *de cujus*. Lorsque deux rattachements personnels sont engagés, notamment la nationalité et un critère domiciliaire, on peut s'en rapporter aux attaches relatives aux biens et aux successibles.

Il ne serait cependant pas déraisonnable de comparer aussi, et peut-être d'abord, l'intensité que traduisent *in concreto* les rattachements personnels en conflit négatif. Sans doute chacun des États, A et B, s'est-il déjà prononcé sur le lien géographique qu'il juge de son côté en général et dans l'abstrait le plus significatif. Serait-ce pour lui se désavouer que de s'interroger sur l'effectivité concrète d'un tel lien ? Gardons en mémoire la mission que chacun des États confie au rattachement qu'il retient. L'État A de la nationalité a estimé que, d'après le *quod plerumque fit*, le dernier domicile exprime le lien le plus fort, c'est-à-dire celui dont l'utilisation comme facteur de désignation est la plus conforme à la justice abstraite. Or, c'est pour ne pas ruiner la sécurité juridique – préjudiciaire – qu'apporte la prévisibilité du droit applicable qu'il préfère ne pas se livrer à la vérification de la prépondérance dans chaque espèce concrète

⁷⁵² Ce sont là au demeurant les éléments constitutifs – sujets et objet – des relations juridiques successorales, dont on sait qu'elles sont au carrefour entre statut personnel et statut réel.

du lien qu'il retient et par là au contrôle de la qualité de la justice qu'il assure. Autant dire qu'il s'accommode d'un résultat dont il sait qu'il peut, dans certains cas qu'il tient pour minoritaires, se révéler moins satisfaisant que celui auquel conduirait une recherche de l'équité parce qu'il préfère garantir la sécurité juridique précontentieuse dans le plus grand nombre de cas. C'est là l'équilibre entre justice et sécurité que recherche d'ordinaire le Droit. De son côté, l'État B du domicile a estimé que d'après le *quod plerumque fit*, la nationalité est révélatrice du lien le plus respectable ; s'il ne méconnaît pas la possibilité de nationalités peu effectives, il préfère lui aussi assumer, dans ces cas qu'il estime peu nombreux, le risque d'une justice individuelle sous-optimale au nom de la prévisibilité du droit applicable. Or, dans les situations de renvoi, c'est précisément, du point de vue de chacun des États, le choix de s'en tenir à la compétence de la loi de l'autre sans vérifier la pertinence de la présomption sous-jacente au rattachement la désignant, qui empêche chacun d'atteindre tout à la fois la sécurité juridique, puisque l'incertitude préjudiciaire est entière, et la justice du cas concret, car le conflit risque d'être solutionné par l'initiative unilatérale d'une partie – souvent ici un héritier présomptif – et non par l'appréciation impartiale d'un législateur ou d'un juge. Aussi bien, le relevé de l'effectivité respective des rattachements en conflit, c'est-à-dire la poursuite d'une justice plus affinée, s'offre ici comme moyen pour atteindre une plus grande prévisibilité.

On a déjà pris conscience d'un tel phénomène dont on a vu qu'il est constitutif du progrès de l'ordre juridique et il n'y a pas lieu ici de s'appesantir dessus⁷⁵³. Afin de nous familiariser avec la jurisprudence que l'on sera amené à exposer, il importe de rappeler à quel point l'intensité des rattachements personnels du *de cuius* peut varier.

224. Domicile et attaches domiciliaires. Le domicile est en général symptomatique d'une intégration, à la fois de la personne et de ses biens, au milieu social et économique de l'État où il se localise. La mesure réelle d'une telle intégration dépend d'un éventail d'indices. On en citera trois. Le premier tient à la permanence, à la profondeur temporelle de l'établissement que traduit le domicile⁷⁵⁴. Il semble bien que *ceteris paribus*, un domicile qui s'est prolongé pendant plusieurs dizaines d'années témoigne d'un enracinement plus solide que celui qui n'a duré que quelques années voire quelques mois. La durée peut être entendue dans un sens davantage relatif qu'absolu, c'est-à-dire appréciée en proportion de la durée de la vie de la personne. Il se peut que le domicile ait subsisté pendant toute la vie de celle-ci, ce qui est bien sûr plus récurrent lorsque le conflit de renvoi s'élève entre l'attache domiciliaire – ou même la nationalité – et le lieu de situation immobilière. Si le dernier domicile dans l'État

⁷⁵³ V. *supra*, n° 85 s.

⁷⁵⁴ Ce qu'il ne faut pas confondre avec la durée de l'établissement nécessaire pour fixer le domicile ou la résidence habituelle.

A a été précédé d'un domicile dans un autre État B voire de plusieurs domiciles dans plusieurs autres États B, C etc., il arrive souvent que le domicile antérieur ou l'un des domiciles antérieurs – et notamment le premier, le domicile d'origine, qui est aussi, statistiquement, le plus significatif – se trouve dans l'État B dont la personne est ressortissante. Or, comparée à celle du domicile antérieur, la durée du dernier domicile a pu être très courte, comme dans le cas du citoyen qui, après avoir habité son État national A jusqu'à sa retraite, se fixe dans l'État B, ou alors très longue, comme dans le cas de celui qui s'y établit dès sa jeunesse. Voilà qui nous conduit – et c'est là le second facteur – aux raisons ayant motivé le déplacement du domicile. Celui qu'un ressortissant de l'État A a acquis dans un État B pour y exercer une activité professionnelle stable et continue témoigne, *ceteris paribus* – notamment à égalité de durée de la permanence physique – d'une plus forte intégration du sujet dans le pays, à la prospérité duquel il contribue par son activité, qu'un domicile acquis la retraite venue ou pour des raisons de santé. Il convient enfin d'évoquer cet autre indice révélateur et même accélérateur de l'intégration dans le milieu social d'un pays qu'est le mariage. *Ceteris paribus*, le domicile que possède dans l'État A le ressortissant d'un État B qui a épousé une citoyenne de l'État A est souvent signe d'une intégration plus rapide et plus intense que le domicile qu'entretient dans l'État A celui qui a convolé avec une ressortissante de son État national B ou d'un autre État C.

225. Nationalité. La nationalité traduit un lien d'allégeance politique, culturelle, linguistique, éventuellement religieuse, notamment dans les systèmes confessionnels. Il est connu – car on doit souvent s'y intéresser en cas de double nationalité – que l'intensité de ce lien peut varier en dépendance d'une gamme de circonstances. Évoquons d'abord la permanence de ce lien. Qui dit nationalité du *de cuius*, dit en réalité dernière nationalité de celui-ci ; si on néglige d'ordinaire de le préciser, c'est parce que, d'après le *quod plerumque fit*, la dernière nationalité, y compris lorsqu'elle se trouve dissociée du domicile au moment du décès, est assez souvent la seule qu'il a entretenue pendant sa vie ; c'est au demeurant dans la plus grande stabilité qu'il assure que l'on discerne l'un des mérites du rattachement à l'État national. Si la dernière nationalité d'un *de cuius* a été précédée par une autre nationalité, il est permis, pour en mesurer l'effectivité, de s'intéresser à la profondeur temporelle et aussi et surtout aux circonstances dans lesquelles la nouvelle nationalité a été acquise et l'ancienne délaissée. La nationalité octroyée à la suite d'une persécution politique ou raciale ou de l'annexion d'un territoire ou par mariage, peut ne pas refléter une communauté culturelle, linguistique ou religieuse significative, notamment si la personne n'a en substance jamais cessé de résider dans le pays de sa nationalité antérieure ou y a fait retour, ou que le territoire a été désannexé. Il est dès lors possible qu'une nationalité antérieure soit plus effective que celle ultérieurement acquise ; c'est alors en quelque sorte la perte de la nationalité antérieure qui n'a pas été effective. Plus généralement, c'est l'in-

tensité de chacun des facteurs dont dépend l'acquisition de la nationalité – origine, résidence, mariage, souvent combinés – et la fréquence de l'exercice des droits civils et politiques qu'elle octroie qui manifestent l'intensité réelle du lien d'allégeance. Entre deux ressortissants du même pays, celui qui a toujours été titulaire de la nationalité de ce pays, qui est issu d'une famille qui l'a depuis plusieurs générations, qui y a toujours vécu ou qui y a vécu plus longtemps ou a épousé une ressortissante de ce pays, entretient un lien plus fort que le ressortissant qui n'y a jamais vécu ou qui y a vécu moins longtemps ou qui n'a acquis cette nationalité que tardivement.

B – Attaches réelles

226. Lieu effectif et lieu fictif. Les situations juridiques résultant de l'ouverture d'une succession ont pour objet essentiel les biens héréditaires : les droits et obligations, facultés et charges qui les constituent ont trait à la conservation, la gestion, la liquidation, le partage et la distribution de ces biens. Lorsque le conflit oppose deux attaches personnelles, le siège principal de la masse peut concourir à les départager. Si celui-ci n'est pas aisément identifiable, ou qu'il se situe dans un pays autre que ceux qu'oppose le conflit de renvoi, l'importance respective des biens sis dans chacun d'eux peut jouer un rôle. Lorsque le conflit implique un rattachement réel, notamment la situation d'un immeuble, on peut se pencher sur la localisation des autres éléments patrimoniaux.

L'importance de l'attache d'un immeuble au lieu de sa situation pour ce qui est de la détermination des droits à son propos est évidente et c'est en raison de cette importance que nombre d'États tiennent une telle attache pour prépondérante. Le *situs* des meubles n'accède en revanche que très rarement au rang de facteur primaire de rattachement⁷⁵⁵. Mais si les pays en conflit de renvoi ne le retiennent pas à titre primaire, ils leur est loisible de le prendre en compte en tant que rattachement complémentaire lors du règlement subsidiaire qu'appelle le conflit de renvoi. Au soutien de quoi l'on peut d'ailleurs évoquer l'idée ancienne⁷⁵⁶ d'après laquelle le siège des meubles, « qui n'ont point d'assiette », est, en vertu de la fiction juridique qu'exprime la maxime *mobilia sequuntur personam*, concentré au lieu du domicile, car c'est là que, selon le *quod plerumque fit*, se trouve le gros de la masse mobilière, dont on peut dire, pour les besoins du droit, qu'il attire à cet endroit, en les réunissant, également les éléments mobiliers situés ailleurs. Il s'agit ainsi d'une règle, étayée sur une

⁷⁵⁵ C'est, par exemple, le cas de la Lettonie et de l'Uruguay : v. A. Bonomi, « Successions internationales : conflits de lois et conflits de juridictions », p. 104.

⁷⁵⁶ En ce sens J. Héron, *Le morcellement des successions en droit international privé*, Paris, 1986, n° 246, pour qui « il est plus simple et plus exact d'asseoir [le rattachement du domicile] sur le *plerumque fit*. Dans la majorité des successions, la majorité des biens et notamment des meubles corporels sont situés dans le pays où le *de cuius* avait installé son dernier domicile ». Rapp. H. Battifol, *Rev. crit.*, 1934, p. 628. Cf. Ch. Perelman, « Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse », p. 347.

présomption, dont la généralité – et l'irréfragabilité de la présomption sur laquelle elle repose – tend à garantir aux justiciables la prévisibilité et la sécurité, y compris au bénéfice des espèces, supposées minoritaires, dans lesquelles la présomption est démentie par la réalité⁷⁵⁷. Or, dans les situations de renvoi, ce sont les règles de conflit de lois générales des communautés étatiques intéressées, y compris celle retenant le domicile, qui, on le sait, en raison de leur diversité, n'apportent pas de sécurité. Aussi est-il assez naturel que la fiction inspirant la désignation du domicile comme siège présumé des meubles laisse la place à la vérification sur le terrain de leur situation concrète⁷⁵⁸.

Qui dit lieu de situation dit d'abord situation actuelle, plus exactement au moment du décès. Or, tout comme le domicile et la nationalité, l'attache au lieu de situation peut revêtir une intensité variable, en fonction d'abord de la permanence dans le temps d'un tel enracinement. On peut penser qu'un immeuble que le *de cuius* a acquis depuis de longues années ou qu'il a hérité de sa famille d'origine témoigne, *ceteris paribus*, d'un ancrage plus significatif de cette part du patrimoine dans ce pays qu'un immeuble qu'il n'a acquis que peu avant son décès. Si c'est la dernière situation qui compte d'abord, il n'est pas déraisonnable que l'on porte également le regard sur la localisation antérieure s'agissant des meubles, et sur la fraction de la masse qu'ils représentent quant aux immeubles. C'est là en quelque sorte le lieu *d'origine* des biens ou de *provenance* des deniers nécessaires pour les acquérir ; cela ramène au lieu de l'activité, notamment professionnelle, qui est à la source de la richesse qu'ils incarnent. Ce lieu ne coïncide pas forcément, loin s'en faut, avec celui du dernier domicile du *de cuius*, car il se peut que celui-ci ait déménagé après sa retraite ou qu'il ait lui-même hérité de la majorité ou la totalité des forces héréditaires qu'il laisse. Le dépouillement de la jurisprudence semble indiquer qu'à de nombreuses reprises, le lieu de provenance des biens litigieux – tout comme le *situs* au moment du décès qu'il venait souvent à corroborer – n'est pas demeuré sans incidence lors du règlement du conflit de renvoi⁷⁵⁹.

C – Contacts des prétendus ayants droit

227. Tension entre la loi du *de cuius* et la loi de l'héritier. Il peut paraître singulier que l'on donne un prix aux attaches des prétendus successibles : la loi régissant la dévolution héréditaire n'est-elle pas traditionnellement recherchée du seul côté du *de cuius* ?⁷⁶⁰ À quoi l'on peut répondre, d'abord, que cela n'est

⁷⁵⁷ Cf. la première décision d'appel rendue dans l'affaire *Forgo*, Pau 14 mars 1874, *S.* 1875.I.410, 1^{re} colonne.

⁷⁵⁸ Sur ce que le lieu de situation constitue « un lien très étroit », v. L. Gannagé, note sous Cass. (1^e civ.), 1^e juill. 1999, *Procureur général auprès de la Cour de cassation*, *Rev. crit.*, 1999, p. 215.

⁷⁵⁹ Cf. les affaires citées *infra*, n° 263.

⁷⁶⁰ De manière tout à fait explicite, v. N. Bentwich, *The Law of Domicile in its Relation to Succession*, p. 39 : « it is the domicile of the deceased, not of the successor, which is in question », car la rela-

vrai qu'en apparence. Il n'est pas rare que la nationalité ou la résidence de l'héritier soient aussi – et notamment en cumul avec un autre critère, tiré, celui-là, des biens ou de la personne du *de cuius* – prises en compte à certains égards, et notamment afin de fixer l'étendue de ses droits dans la succession. Voilà qui entraîne l'applicabilité partielle d'une loi, que les attaches de l'héritier concourent à identifier, autre que la loi désignée par le seul rattachement ordinaire centré sur le *de cuius* : le domaine de celle-ci est limité par l'irruption de celle-là⁷⁶¹. Ainsi, en France, la disposition accordant le droit de prélèvement s'appliquait sur le fondement du cumul de deux critères : la localisation en France de la masse sur laquelle s'exerçait un tel droit et la qualité de national français du successible qui s'en réclamait⁷⁶². Ainsi en est-il également du système italien qui offre encore aujourd'hui à l'héritier résidant en Italie la protection de la loi italienne dès lors qu'elle est également celle de la nationalité du *de cuius* et ce alors même que celui-ci a profité de la *professio iuris* que lui ouvre la règle générale⁷⁶³. Si les deux dispositions citées ne sont certes pas exemptes de critiques, il n'est au fond pas surprenant qu'une certaine tension se produise entre la loi du *de cuius* et celle de l'héritier. Les situations juridiques découlant de la transmission *mortis causa* impliquent à côté du *de cuius*, sujet à l'origine de la transmission et titulaire ancien des biens à transmettre, les successibles, sujets (prétendus) destinataires de la transmission et (prétendus) nouveaux titulaires des biens transmis. À quoi l'on ajoutera que ceux qui se prétendent successibles détiennent le quasi-monopole de la qualité de parties au procès, le *de cuius* ayant peu de chances de devenir plaideur. Si le constat que le centre de gravité de l'ensemble des rapports découlant d'une succession penche du côté du *de cuius* n'empêche pas la prise en considération ponctuelle des connexions des héritiers, il est d'autant plus justifié que l'on s'y intéresse à propos des situations de renvoi qu'il ne s'agit pas ici de remettre en cause la centralité du *de cuius*, mais bien de surmonter l'impasse que provoque l'équivalence de deux liens rattachant sa personne ou ses biens aux deux États en conflit de renvoi.

tion de nature successorale « is entirely and immediately connected with the person of the deceased ».

⁷⁶¹ S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 203-204.

⁷⁶² Art. 2 de la loi 14 juill. 1819 instituant un droit de prélèvement au profit des héritiers français sur les biens sis en France : v. S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 176 qui relève le cumul des deux critères. Cette disposition a été abrogée par la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011.

⁷⁶³ Art. 46 de la loi italienne du droit international privé, lui aussi voué à disparaître dès l'entrée en vigueur en Italie du Règlement successions : v. *supra*, n° 197.

§ 2. Volonté ou attentes des intéressés

228. Les catégories des intéressés. Il convient de voir comment la volonté ou les attentes du *de cujus* d'abord (A), des prétendus ayants droit ensuite (B), et enfin à la fois de l'un et des autres (C) peuvent s'exprimer et quelles justifications peuvent en motiver la prise en considération s'agissant de régler un conflit de renvoi successoral.

A - Volonté ou attentes du *de cujus*

229. « Rose des vents » des situations successorales. Titulaire du patrimoine à distribuer, le *de cujus* est – on vient de le rappeler – placé au coeur des situations juridiques successorales. Les règles gouvernant en tout pays ses dispositions de dernière volonté, encore que dans une mesure variable selon les États, lui reconnaissent en tout cas une certaine liberté d'organiser la transmission *post mortem* de ses avoirs⁷⁶⁴. Les systèmes mêmes qui accordent à certains proches une importante réserve héréditaire laissent en substance le *de cujus* libre d'accumuler ou de ne pas accumuler des richesses au bénéfice de sa postérité, ce qui emporte la faculté de consommer de son vivant celles qu'il aura acquises⁷⁶⁵. Surtout, le caractère international de la succession, du moins en ce qu'il dépend de la dissociation entre domicile, résidence habituelle et nationalité du *de cujus*, d'une part, et de la plurilocalisation de ses biens, d'autre part, n'est que la projection de l'internationalité de sa vie juridique et il est dès lors largement remis à ses actes volontaires et aux choix dont ils procèdent : c'est en général son choix de s'établir, ou de demeurer, dans un État autre que celui dont il tient la nationalité, c'est aussi son choix de disperser son patrimoine en plusieurs pays et notamment d'acheter des immeubles dans un État autre que celui où il est établi ou de conserver ceux qu'il aurait acquis par héritage au lieu de les liquider. Le fait que sa succession soit génératrice d'un conflit de renvoi mettant en cause la loi du domicile, la loi nationale ou la loi de situation immobilière, résulte et dépend de ses déterminations, des options qu'il a prises dans l'organisation de sa vie et de l'administration de ses biens et intérêts.

Aucun des États dont nous allons analyser la jurisprudence n'accorde au *de cujus*, sur le terrain du *conflit de lois*, la possibilité de désigner la loi applicable. Dès lors qu'elles ont été appelées à la rescousse par les juges, sa volonté ou ses attentes n'ont rempli qu'un rôle subsidiaire visant exclusivement le règlement d'un *conflit de renvoi*. Voilà qui met à l'abri des critiques adressées à l'emploi en ce domaine du critère volontariste⁷⁶⁶. On se permettra de revenir briè-

⁷⁶⁴ A. Bonomi, « Successions internationales : conflits de lois et conflits de juridictions », p. 71.

⁷⁶⁵ Cf. H. Hanisch, « *Professio iuris*, réserve légale und Pflichtteil », *Mélanges G. Flattet*, Lausanne, 1986, spéc. p. 479-480.

⁷⁶⁶ M. Goré, « De la mode... dans les successions internationales : contre les prétentions de la *professio iuris* », *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1994, p. 193 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, n° 806.

vement ici sur la question en l'appréhendant sous l'angle spécifique des situations successorales. Le conflit de renvoi, ici comme toujours, recouvre une antinomie internationale qui, dès que les deux États souscrivent à la thèse ou à l'antithèse, menace de ne trouver de solutions que par la grâce de la saisine, et non de la décision, d'un juge. Le *de cuius* n'a – on l'a déjà souligné – en général pas le loisir de saisir celui-ci. Est-il dès lors destiné à tirer sa révérence sans connaître la loi qui régira la transmission de ses biens, y compris l'étendue de sa liberté d'en disposer et le mode d'exercice d'une telle liberté ? Cela serait contraire au sens d'une bonne part du droit universel des successions, lequel suppose que le titulaire du pouvoir de disposer de son patrimoine connaisse la mesure, qu'elle soit partielle ou quasi-totale, d'un tel pouvoir. En se voyant accorder la faculté de désigner la loi entre celles en conflit de renvoi, le *de cuius* serait à même de se procurer une telle connaissance : choisir, c'est prévoir. L'ensemble du droit des successions aspire également à permettre au *de cuius* de quitter ce monde en paix en escomptant la paix entre ses proches, c'est-à-dire d'organiser les choses de manière à éviter que des litiges éclatent entre ceux-ci, ce qui n'exclut bien sûr pas que l'un ou l'autre soient mécontents de ce qu'ils ont reçu de lui. Or, le conflit de renvoi est précisément générateur de conflits entre les héritiers, il les incite à la bataille, d'abord judiciaire, à la course vers le for. Certes, en désignant la loi applicable, le *de cuius* peut favoriser un héritier au détriment des autres. Mais, d'une part, toutes les lois matérielles qui établissent une quotité disponible – c'est-à-dire la quasi-totalité des lois du monde – lui ouvrent la possibilité de traiter les héritiers de manière inégalitaire puisqu'elles l'autorisent à laisser l'intégralité de la quotité disponible à l'un d'entre eux. D'autre part, et surtout, il semble que le choix du *de cuius*, y compris lorsqu'il est productif d'inégalités, constitue un moindre mal par rapport au choix d'un successible. Autrement dit, il est moins injuste que ce soit à la suite de la détermination du *de cuius* que se créent des disparités entre les héritiers plutôt que du fait de la détermination et de la manœuvre de l'un d'eux. S'il n'est pas, dans l'absolu, tiers par rapport aux héritiers, il l'est assurément davantage que chacun d'eux dans leurs rapports avec les autres.

Le fait qu'aucune des lois en conflit de renvoi ne prévoyait de *professio iuris* n'a pas empêché maints protagonistes de nos affaires de se soumettre spontanément à la loi dont ils s'attendaient à ce qu'elle régie la distribution de leurs biens. Il s'est agi parfois d'une désignation explicite qui se combinait avec les liens sérieux que son auteur entretenait avec le pays de la loi désignée. C'est là en quelque sorte la transcription de ces attentes, une désignation ou « localisation » *objective*, certes souvent intéressée puisque la loi désignée était celle qui lui donnait le plus de liberté. La désignation a parfois lieu de manière *implicite*, moyennant la référence à une institution connue de l'une des lois

Pour un aperçu de ces critiques, v. A. Bonomi, « Successions internationales : conflits de lois et conflits de juridictions », p. 215.

mais non de l'autre ou bien moyennant l'usage de la plus large liberté que lui reconnaissait l'une de ces lois.

B – Volontés ou attentes des successibles

230. Justification. Si, comme on le fait souvent, on entend par « parties » se référer aux plaideurs, c'est-à-dire aux « parties au procès », du moins potentiel, voilà que la qualité de « parties » ne peut être déniée aux prétendus ayants droit, lesquels en détiennent même le quasi-monopole. Le constat que les ayants droit ne sont tels qu'en vertu d'une loi et qu'il faut précisément déterminer celle-ci encourage à en retenir une définition large qui englobe tous ceux à qui l'une ou l'autre des lois qui se désignent réciproquement comme applicables attribue « vocation » à revendiquer des biens de la succession. Exprimer une telle potentialité dont la réalisation effective dépend de la loi en faveur de laquelle le conflit de renvoi sera finalement tranché, le terme « successibles » semble ici particulièrement approprié. Leur volonté ou leurs attentes peuvent se manifester avant l'ouverture de la succession, après celle-ci mais avant l'engagement d'un procès, au cours du procès et après celui-ci. Dès l'ouverture de la succession, les successibles ont, sur le plan substantiel, la libre disponibilité des droits qui leur échoient, pouvant aller en général jusqu'à y renoncer, y compris à l'encontre de la volonté du *de cuius*, ou bien trouver un arrangement amiable et convenir d'un partage autre que celui que le défunt avait organisé. Le constat d'une telle liberté devrait à lui seul justifier qu'on les autorise, à tout le moins dès le décès du *de cuius*, à désigner l'une ou l'autre loi en conflit de renvoi, désignation dont nous avons vu qu'elle n'est pas assimilable à la renonciation à un droit subjectif alors même que la loi désignée n'accorde pas au désignant les droits que lui confère la loi non choisie⁷⁶⁷. La volonté des successibles peut, en plus d'être fixée par un accord exprès conclu à la suite du constat de la situation de renvoi, être révélée par un comportement concluant⁷⁶⁸. C'est alors le plus souvent de leurs attentes dont il s'agit. Il en va ainsi lorsque les intéressés mettent spontanément en œuvre une des lois en conflit de renvoi – et notamment l'intéressé qu'elle défavorise. Une fois le procès ouvert, les plaideurs peuvent tous s'en référer à une loi et montrer par là qu'ils escomptent l'application de celle-ci, qu'ils soient ici de nouveau conscients ou non de l'existence d'un conflit des règles de conflit. Il est vrai que l'admission de la facultativité de la règle sur le renvoi aboutit – on l'a vu – en substance à un tel résultat⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ *Supra*, n° 151.

⁷⁶⁸ *Supra*, n° 157 s.

⁷⁶⁹ *Supra*, n° 188 s.

C. *Professio iuris multilatérale du de cujus et des successibles*

231. Accord des particuliers sur la solution du conflit de renvoi. *Quid* d'une volonté concertée et concordante du *de cujus* et de tous les successibles, qui se serait manifestée antérieurement à l'ouverture de la succession ? Il n'y a pas lieu d'en traiter ici en profondeur puisqu'il ne semble pas en être question dans les affaires qui nous occupent. Contentons-nous d'observer qu'un accord multilatéral conclu par les intéressés visant à trancher le conflit de renvoi esquiverait l'objection regrettant que le *de cujus* puisse porter atteinte aux droits de ceux à qui la loi applicable en l'absence de choix attribue la qualité d'héritiers, notamment réservataires. Adressée à une *professio iuris* unilatérale, une telle objection ne saurait logiquement atteindre une *professio iuris* multilatérale. Est-ce que la validité de cette dernière pourrait être néanmoins remise en cause pour les mêmes motifs qui, du point de vue de bien des législations, justifient la prohibition des pactes successoraux ? Le fondement d'une telle interdiction est en général double : il s'agit, du côté du *de cujus*, de préserver sa liberté jusqu'à ce qu'il quitte ce monde et, du côté du *successible*, notamment *réservataire*, de l'empêcher de disposer d'un droit pendant le temps où celui-ci n'est pas encore parfait mais évolue au stade d'une simple expectative. Or, d'une part, le pacte ayant pour objet essentiel le règlement du conflit de renvoi n'entraîne pas vraiment de restrictions à la liberté du *de cujus* par rapport à l'acceptation ou à la répudiation bilatérales du renvoi, mais il aboutit au contraire à la préserver en assurant son effectivité. Une telle liberté est en effet menacée par le conflit de renvoi et le *de cujus* n'en bénéficie pas vraiment puisqu'il ne sait pas quelle loi la gouverne. Si bien que la liberté, qu'il s'aventurerait à exploiter conformément à l'une de ces lois, s'expose à être anéantie quant au résultat de son exercice à la suite de la saisine par un successible d'un for entraînant l'application de l'autre loi. D'autre part, et quant à ceux qui détendraient au regard d'une des lois en conflit la qualité de réservataires, ils ne disposent pas pour autant de leur droit à réserve en accédant à un pacte visant à trancher le conflit de renvoi et ce alors même qu'ils accepteraient de se soumettre à une loi autre que celle qui leur accorde ce droit, dont ils ne sont en effet pas titulaires ; ils le sont tout au plus du semi-droit au sens antérieurement exposé⁷⁷⁰. Il semble bien qu'ici de nouveau, il est plus conforme à la justice que l'absence définitive de droit à réserve soit la conséquence de la détermination de la personne qui en serait détentrice d'après une des lois en conflit, plutôt que du calcul et de l'initiative de celui de ses adversaires qui remporte par hypothèse la course vers le for. Non vraiment, l'interdiction des pactes successoraux prononcée, le cas échéant, par une des lois se désignant mutuellement – ou même par les deux – ne saurait emporter l'interdiction du pacte visant à trancher par avance, en le prévenant, le conflit de règles de conflit.

⁷⁷⁰ V. *supra*, n° 151.

§ 3. Unité internationale de la loi applicable

232. Plan. Dans un certain nombre d'affaires, il a été question, pour trancher le conflit de renvoi qui les frappait, de l'emploi du principe de l'unité de la loi applicable à la succession. On se permettra d'ajouter au terme *unité* le qualificatif d'*internationale* pour signifier qu'elle est visée ici en réaction au constat d'un conflit négatif de règles de conflit et en vue de le surmonter. Il convient d'abord de rappeler que lorsque les conditions pour sa mise en œuvre sont réunies, un tel principe obéit aux consignes qu'impose la synthèse quant à la forme de la règle de conflit de renvoi (A). Il s'agira ensuite de passer en revue les cas de figure où il peut fonctionner (B) et de le confronter enfin aux principes de la proximité et de l'autonomie (C).

A – Un critère bilatéral et tiers

233. Nécessité d'une loi-pivot. Le principe de l'unité internationale de la loi successorale suppose que le conflit de renvoi entre les États A et B ne frappe pas le sort de tous les biens héréditaires, mais celui d'une partie seulement de ces biens, et que, à l'égard des autres, les règles de conflit des deux États « co-intéressés » désignent la même loi, celle de A ou celle de B. Aussi peut-on en substance distinguer deux masses : pour la première, l'antinomie internationale est résolue au plan des règles de conflit *de lois* ; pour la seconde, l'antinomie n'est pas résolue par ces règles seules – qui sont telles que les États qui les posent désignent chacun la loi de l'autre – et demande donc à l'être au moyen des règles complémentaires de conflit *de renvoi* ou à la deuxième puissance.

En appeler à l'unité internationale revient à trancher le conflit de renvoi au profit de la loi vers laquelle penchent les préférences concordantes des deux États pour ce qui est des éléments patrimoniaux qu'épargne le conflit de renvoi : ceux-ci parviennent en quelque sorte à en extraire les autres en les attirant sous l'empire de la loi ayant emporté le consensus des États en présence au niveau des règles de conflit de lois. Autrement dit, l'accord entre eux sur la solution du conflit de renvoi intéressant une partie des biens se noue en prolongeant l'accord qui s'est spontanément formé quant à la solution du conflit de lois à l'égard des autres biens. La loi régissant ces derniers sert en quelque sorte de *loi-pivot* : loi autour de laquelle se constitue l'unité internationale du régime successoral et, par là, la résolution du conflit international de lois.

Soit la succession d'un *de cujus* anglais domicilié en Angleterre qui laisse des meubles, un immeuble en Angleterre et un immeuble en Espagne. Par sa double règle de conflit de lois, l'Angleterre entend prescrire l'application de sa propre loi à la fois aux meubles, en vertu du domicile, et à l'immeuble sis en Angleterre, en réclamant semble-t-il de surcroît à l'égard de celui-ci une compétence exclusive. L'Espagne renonce à l'application de sa loi en faveur de la loi anglaise pour ce qui est de l'intégralité des forces de la succession. Les meubles et l'immeuble anglais demeurent ainsi en dehors du jeu du renvoi, leur soumis-

sion à la loi anglaise faisant l'objet d'une convergence. Le conflit de renvoi ne frappe que l'immeuble espagnol car la règle de conflit anglaise désigne à son endroit la loi espagnole et la règle de conflit espagnole la loi anglaise. Comme son applicabilité a réussi à emporter l'accord des deux États pour le restant des biens, la loi anglaise est à même de devenir la loi-pivot en vue de la solution du conflit anglo-espagnol du renvoi.

234. Un critère bilatéral. Dans les situations où il est à même de fonctionner, le critère de l'unité internationale rompt lui aussi avec la conception traditionnelle du renvoi par rapport à laquelle il marque une avancée décisive. Car à la différence de l'acceptation ou du refus traditionnels, il est généralisable, c'est-à-dire tel que, adopté par l'autre État, il parvient effectivement à éliminer le conflit international de lois au profit des justiciables – notamment le *de cujus* et les ayants droit présomptifs – en leur garantissant une prévisibilité raisonnable de la loi applicable avant la saisine d'un juge, qu'il soit de l'État A ou de l'État B. C'est dire que l'unité ainsi entendue nourrit une règle bilatérale de conflit de renvoi, qu'elle livre, tout comme le pouvoir de désignation des parties, un facteur propre à aboutir à la coordination des systèmes des États « co-affectés » par la relation privée en cause et, dès lors, « co-intéressés » à la « régler » et, par conséquent, à régler d'abord le conflit de renvoi.

Du point de vue espagnol, le critère de l'unité internationale de la loi applicable est, dans le cas sus-visé et dans les autres que l'on indiquera, *bilatéral* en ce que l'autre État « co-intéressé », ici l'Angleterre, peut lui aussi y adhérer et que s'il y adhère, le conflit de renvoi est tranché et plus exactement prévenu. En consultant les règles de droit international privé espagnoles et anglaises, le *de cujus* qui se livre à une planification successorale est ainsi mis à même de savoir que l'immeuble espagnol est, en vertu des règles espagnole et anglaise de conflit de renvoi – comme l'est le restant de ses biens, meubles et immeubles anglais, par la grâce des règles anglaise et espagnole de conflit de lois – soumis à la loi anglaise. Après l'ouverture de la succession, toute personne intéressée pourra profiter de la même certitude⁷⁷¹.

235. Un critère tiers. Il reste à vérifier si le critère dont il est question présente l'attribut de la « tierceté », de la neutralité, par rapport aux rattachements que retiennent les deux États dans leurs règles de conflit⁷⁷². La difficulté provient de ce que l'unité internationale suppose qu'au moins l'un de ces États adopte deux règles de conflit pour des biens distincts, dit encore autrement, qu'il soit « scissionniste » ; or, lorsque l'autre État entend quant à lui appliquer la loi du

⁷⁷¹ L'Angleterre ne saurait de toute évidence prétendre de son côté poursuivre l'unité internationale au profit de la loi anglaise sans la coopération de l'Espagne puisque si celle-ci insiste pour soumettre l'immeuble espagnol à sa propre loi en vertu du renvoi traditionnel ou de tout autre facteur de solution, l'unité recherchée devient irréalisable : v. pour quelques développements ultérieurs, *infra*, n° 280 s.

⁷⁷² C'est là, on le sait, la qualité qui, en sus de la bilatéralité dont il vient d'être question, fait d'un critère qu'il est apte à être promu par les deux États au rang de facteur de solution du conflit de renvoi : v. *supra*, n° 118.

rattachement qu'il estime le plus significatif à tous les biens sans distinction, il est tentant de penser que le conflit de renvoi masque ici l'affrontement entre la logique de la scission et celle de l'unité. Voilà qui conduirait à douter de ce que souscrire pour le résoudre à l'unité internationale ne remplisse vraiment la condition de l'impartialité : l'un des deux États y semble déjà favorable au niveau des conflits de lois, si bien que pour cet État – l'État unitaire –, il serait plus facile de le retenir que pour l'autre – l'État scissionniste.

Il ne semble pas qu'une telle préoccupation soit réellement fondée. Notons d'abord que les systèmes dits scissionnistes ne poursuivent point à tout prix la scission⁷⁷³ ; loin d'être une fin en soi, il ne s'agit là pour eux que d'une conséquence, qu'ils sont prêts à assumer, de ce qu'ils souhaitent en priorité soumettre à leur propre loi les immeubles sis sur leur territoire et les meubles laissés par les personnes domiciliées chez eux. C'est aussi se fier à une représentation trop réductrice de la réalité que de penser que les systèmes dits unitaires tiennent coûte que coûte à l'unité. Rappelons qu'il est des États dont les règles de conflit soumettent toute la succession à la loi du *domicile* et d'autres qui adhèrent à la loi *nationale*. L'unité ne renseigne pas sur le rattachement choisi. En se situant du point de vue d'un État adepte de la nationalité, celui-ci, il est vrai, entend appliquer sa loi à la succession de ses citoyens, mais il est tout aussi vrai que, dès lors qu'il ne peut pas réaliser en entier ce projet, parce que par exemple l'État étranger de l'immeuble revendique une compétence judiciaire et législative, il se contente d'un accomplissement partiel, en acceptant d'appliquer sa loi à une partie seulement des biens et en assumant de ce fait le morcellement. C'est, dans tous les cas, en conséquence de ce souhait primordial que de tels systèmes sont prêts au besoin à sacrifier l'imposition de leur loi aux immeubles laissés sur leur territoire par des étrangers.

Or, les situations de renvoi demeurent extérieures à la zone que visent les préoccupations immédiates de chacun des États qu'elles impliquent. Encore que les biens objets du conflit de renvoi soient compris dans la sphère vocationnelle des deux lois qui s'affrontent, les États dont elles émanent ont renoncé, au sens et dans le but que l'on a vu, à cette parcelle de vocation. Seulement, la condition en vue de laquelle chacun y a renoncé – que l'autre État n'y renonce pas à son tour – ne s'est pas réalisée ; cette double renonciation parallèle est alors allée trop loin, car elle restaure le désordre que chacun des États tenait précisément à épargner aux personnes privées au moyen d'un sacrifice qu'il supposait unilatéral. Les critères provoquant le renvoi sont, dans les exemples qui nous occupent, la nationalité, d'une part, et le lieu de situation immobilière ou du domicile, d'autre part. Il se confirme que c'est au premier chef un conflit (négatif) de rattachements et non pas un conflit (positif ou négatif) entre le principe de l'unité et le principe de la scission qui génère le renvoi⁷⁷⁴. Le fait

⁷⁷³ M. Moya Escudero, note sous SAT Granada, 22 déc. 1988, *R.E.D.I.*, 1990, p. 635.

⁷⁷⁴ Un conflit de renvoi peut bien opposer deux États adoptant chacun un seul rattachement pour tous les biens et il peut aussi, lorsqu'il engage un État unitaire et un État scissionniste, se produire alors

qu'il existe d'autres biens extérieurs au conflit – condition nécessaire pour que l'unité puisse le régler – c'est-à-dire le fait qu'un des États « co-intéressés », en sus du rattachement par lequel il participe au conflit de renvoi, en convoque un autre qui désigne une autre loi pour d'autres biens, n'a pas d'incidence sur l'origine du conflit de renvoi mais offre au contraire la perspective de s'en extraire. Il n'est alors pas peu paradoxal que l'on impute au système de la scission de provoquer le conflit, alors qu'il permet précisément de le résoudre : c'est grâce à la dualité des rattachements dont se sert l'État scissionniste qu'une loi est désignée de manière consensuelle par les deux États et qu'elle peut dès lors servir de loi-pivot.

Il semble que la règle de conflit de renvoi adoptant l'unité de la loi applicable, lorsqu'elle peut fonctionner, constitue bien une règle de conflit de renvoi « neutre » au sens retenu dans cet ouvrage. Il convient alors de donner un aperçu des principaux cas de figure dans lesquels le facteur de l'unité internationale est à même de rendre service.

B – Cas dans lesquels l'unité est à même de trancher un conflit de renvoi

236. Conflit de renvoi simple et double. Nous supposons ici que la succession litigieuse ne présente d'attaches qu'avec deux États, A et B. Il faut, on l'a dit, que l'un d'eux – retenons l'État A – soit scissionniste et que les deux règles de conflit qu'il adopte désignent effectivement deux lois différentes, celles de l'État A et de l'État B, c'est-à-dire qu'elles opèrent effectivement une scission de la masse successorale. Notons qu'une des règles de conflit de l'État A, celle axée sur le *lieu* des biens, immeubles notamment, est à son tour susceptible d'opérer une « sous-scission » puisqu'elle peut désigner, pour certains biens, la loi de l'État A et, pour d'autres, la loi de l'État B. Aussi peut-on se trouver face à un *seul conflit de renvoi* – lorsqu'une des règles de conflit de l'État A désigne la loi de l'État B et l'autre règle de conflit de l'État A désigne la loi de A – ou bien à un *double conflit de renvoi*, lorsque les deux règles de conflit de l'État A désignent la loi de l'État B⁷⁷⁵. Dans la mesure où l'État B suit une logique de type unitaire, ce que l'on supposera, c'est toujours en faveur de la loi de l'État scissionniste A qu'est résolu le conflit de renvoi, puisque seule la loi de cet État peut être désignée de manière consensuelle au niveau du conflit de lois.

Si le *de cujus* britannique est domicilié en Angleterre, le conflit de renvoi est de type *simple* puisqu'une seule des règles de conflit anglaises désigne la loi espagnole et qu'il ne frappe que l'immeuble situé en Espagne. Si le *de cujus* britanni-

même que la scission n'a concrètement pas lieu, par exemple car le *de cujus* n'a pas laissé d'immeubles ou en a laissé dans le seul État où il est domicilié. Dans un cas comme dans l'autre, il n'est pas question de scission, mais le conflit de renvoi n'en subsiste pas moins pour autant.

⁷⁷⁵ Bien sûr, l'existence d'une loi-pivot suppose qu'en cas de double conflit de renvoi, la règle de conflit relative aux immeubles de l'État A réalise une sous-scission et qu'elle ne désigne la loi de l'État B que pour certains des biens immeubles et la loi de A pour les autres (en tout cas pour au moins un autre).

que possède son domicile en Espagne, le conflit de renvoi est *double* puisqu'il est tiré des deux règles de conflit de l'État scissionniste et qu'il atteint non seulement l'immeuble espagnol, mais également les meubles. L'unité peut, dans ce dernier cas, tirer d'affaire pour autant qu'il y ait au moins un immeuble en Angleterre : Espagne et Angleterre convergent spontanément au sujet de l'application de la loi anglaise à celui-ci et c'est donc autour de lui et de la loi anglaise qui lui est applicable que peut se réunir la masse en conflit de renvoi.

237. Impossibilité de fonctionnement. L'unité internationale du régime cesse en revanche d'être exploitable lorsque la condition essentielle de son déclenchement – désignation d'une loi-pivot – n'est pas réalisée. C'est d'abord le cas lorsque le renvoi oppose deux systèmes dits unitaires, c'est-à-dire dont chacun adopte un seul rattachement pour tous les biens, meubles et immeubles ; il doit de toute évidence s'agir d'un rattachement différent ou différemment interprété, sans quoi il n'y aurait même pas renvoi. L'exemple le plus récurrent est celui d'un *de cujus* domicilié dans un État A partisan de la nationalité et ressortissant d'un État B souscrivant au domicile y compris pour les immeubles. Il en va également ainsi lorsque l'État A est scissionniste mais que ses deux règles de conflit désignent l'une et l'autre la loi de l'État B, auquel cas il n'y a, en effet, pas de scission entre les meubles et les immeubles ou certains d'entre eux, pas plus que de sous-scission entre ces derniers.

Dans le cas de la succession d'un Suisse domicilié en Espagne décédé sans faire de *professio iuris*, le conflit de renvoi engage la totalité des biens, meubles et immeubles, qu'ils soient situés en Espagne ou en Suisse⁷⁷⁶. Il n'y a dès lors pas de loi-pivot, pas plus qu'il n'y en a s'agissant du conflit de renvoi que soulève la succession d'un Britannique domicilié en Espagne qui ne possède pas d'immeubles en Angleterre mais en possède en Espagne, les règles de conflit anglaises soumettant à la loi espagnole tous les actifs héréditaires et la règle de conflit espagnole les confiant à la loi anglaise.

Dans les situations envisagées, l'acceptation ou le refus du renvoi ne déploieraient pas d'incidence sur l'unité internationale de la loi successorale. Que la règle visant le conflit de renvoi que se donnent ces États énonce que le renvoi *n'est accepté que lorsqu'il conduit à une telle unité* ou bien qu'il *est accepté à moins qu'il ne l'entrave*, une telle règle désobéirait en tout cas à la maxime du bilatéralisme⁷⁷⁷. L'unité n'est, en ces circonstances, pas plus favorisée par le refus du renvoi que par son acceptation. En effet, si les deux États souscrivent l'un et l'autre à la même approche du renvoi, l'unité n'est pas garantie grâce aux règles sur le renvoi qui désignent deux lois différentes et qui, dès lors que chaque État insiste pour imposer la sienne sur son territoire, menaceraient de

⁷⁷⁶ Pour une affaire de ce type, v. *infra*, n° 360.

⁷⁷⁷ Dans la mesure à tout le moins où l'État étranger de la nationalité n'exige pas l'application exclusive de sa loi, pas plus que de la loi espagnole, et accepte de reconnaître la décision espagnole, peu importe que celle-ci ait retenu l'une ou l'autre.

provoquer une scission internationale⁷⁷⁸, mais bien grâce aux règles sur la reconnaissance de l'État requis, lesquelles par hypothèse font abstraction de la loi que désignait la règle de conflit de renvoi de cet État. Le fonctionnement des règles sur le conflit de règles de conflit des deux États « co-intéressés » entraînerait quant à lui qu'avant la saisine, toute personne concernée est vouée à ignorer quelle est la loi applicable à la dévolution successorale : ce peut être la loi de l'État A ou de l'État B. S'ils savent certes qu'une *seule* loi régira la dévolution de tous les biens, ils ne savent pas laquelle.

Reprenons la succession du Britannique domicilié en Espagne qui ne possède pas d'immeubles en Angleterre alors qu'il est titulaire de meubles dans les deux États. Si l'Espagne n'accepte le renvoi que dans la mesure où il aboutit à l'unité internationale, le renvoi sera refusé du côté espagnol. Si l'Angleterre ne fait elle aussi jouer le renvoi que lorsqu'il débouche sur l'unité, le renvoi sera repoussé également du point de vue anglais. Les deux systèmes désignant chacun la loi de l'autre, deux lois sont déclarées applicables, si bien que l'antinomie internationale subsiste au grand dam des justiciables jusqu'à l'ouverture d'un procès. C'est non pas en vertu des règles de conflit de renvoi anglaise et espagnole – qui menacent, elles, d'aboutir à la scission internationale : biens meubles espagnols gouvernés par la loi anglaise et biens meubles anglais gouvernés par la loi espagnole – mais en vertu des règles anglaises et espagnoles sur la reconnaissance des décisions (en ce qu'elles n'exigent pas le respect de la règle de conflit de renvoi de l'État requis) que les personnes privées impliquées bénéficient de la certitude qu'une seule loi sera applicable à tous les biens. Mais, jusqu'à la saisine, ils ignorent laquelle : loi anglaise ou loi espagnole ? Cela dépendra justement de la saisine du juge et de l'option qu'aura prise l'initiateur de celle-ci. Si la règle espagnole sur le renvoi et la règle anglaise sur le renvoi énoncent l'une et l'autre que le renvoi est accepté, à moins que son acceptation ne contrevienne à l'unité internationale, l'Espagne désignera la loi espagnole et l'Angleterre la loi anglaise. Les conséquences sous l'angle tout à la fois de la prévisibilité de la loi applicable et de la justice du critère de détermination de celle-ci sont alors identiques et également peu supportables.

C – Avantages et inconvénients de l'unité par rapport à la proximité et à l'autonomie

238. Appréciation de l'unité sous l'angle de la prévisibilité et de la justice.

Alors même qu'il est susceptible de fonctionner, le critère de l'unité de la loi applicable fait dépendre l'arbitrage entre les deux lois en conflit de renvoi d'un élément – observe-t-on parfois – assez formel et mécanique⁷⁷⁹. Sans doute y a-t-

⁷⁷⁸ Pour les biens situés dans l'État A, c'est la loi désignée par la règle de conflit de renvoi de l'État A qui s'imposerait et concernant les biens se trouvant dans l'État B, c'est celle désignée par la règle de conflit de renvoi de l'État B.

⁷⁷⁹ Très nettement en ce sens, I. Ayala Cadiñanos, *R.E.D.I.*, 1998, p. 248-249 et J.J. Forner Delagüa, « Sucesión testamentaria de una belga sujeta por reenvío a la ley catalana », *R.E.D.I.*, 2007, p. 136.

il là une part de vérité. Mais avant de tâcher de la mesurer, il convient de mettre en garde contre la tentation de situer sur un pied d'égalité, d'une part, ce caractère formel et mécanique du principe de l'unité, et, d'autre part, l'acceptation mécanique, c'est-à-dire inconditionnelle, et le refus, lui aussi mécanique, du renvoi. L'écart entre ces options reste béant : l'unité constitue, on vient de le voir, un critère « bilatéralisable », c'est-à-dire capable de généralisation ; l'acceptation et le refus classiques du renvoi ne le sont pas et c'est pourquoi ils sont impuissants à s'attaquer à la racine du problème.

Dans les hypothèses où elle peut jouer, l'unité de la loi applicable livre un résultat, a-t-on déjà souligné, en général certain et prévisible à tout moment avant et après l'ouverture de la succession – dans la mesure, en tout cas, où il est adopté par l'autre État en conflit – alors que la proximité peut, on le sait, dans un certain nombre d'hypothèses, prêter à controverse⁷⁸⁰. C'est sur le terrain de l'équité que l'on pourrait ne pas se satisfaire entièrement de la solution qu'apporte l'unité, encore qu'une telle solution – nous nous permettons d'insister – soit assurément plus juste que celle qu'ouvrent les solutions traditionnelles et qui consiste en substance à remettre à un plaideur le règlement du conflit de renvoi et, par cette voie, du conflit de lois.

Supposons un Anglais marié à une Espagnole qui décède en Espagne après y avoir passé de longues années et laisse tous ses biens en Espagne, hormis un seul immeuble de peu de valeur en Angleterre. Faire dépendre l'étendue respective des prétentions des successibles à l'égard de la quasi-totalité des forces héréditaires du simple fait qu'il existe un immeuble en Angleterre, de sorte qu'automatiquement, on retienne la loi anglaise à l'égard de tous les biens, alors même que le siège du patrimoine, y compris immobilier, et, surtout, les attaches du *de cujus* et des successibles, se concentrent en Espagne, voilà qui peut ne pas représenter la solution la plus satisfaisante du conflit hispano-anglais de renvoi⁷⁸¹.

Il n'est au demeurant pas interdit de penser que la scission internationale n'est, précisément dans les situations de renvoi, pas toujours regrettable, car, notamment lorsque l'espèce présente des liens d'une force largement équivalente avec les deux États « co-intéressés », c'est-à-dire lorsque les deux lois qui

⁷⁸⁰ Bien sûr, pour bénéficier réellement d'une telle certitude, les intéressés doivent être renseignés sur la localisation et la nature des biens héréditaires. Le *de cujus* connaît en général – et a le loisir de changer jusqu'à sa dernière heure – une telle localisation et une telle nature. Les successibles peuvent en revanche éprouver les plus grandes difficultés à se procurer de telles informations. Mais de telles difficultés peuvent se rencontrer également sur le terrain des successions purement internes.

⁷⁸¹ Cf. les exemples donnés par S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 152-153 et sa conclusion (p. 157) déplorant l'influence que peut avoir « el azar de una operación de importancia menor como la adquisición de un derecho de utilización temporal de un bien inmueble en cualquier parte del Mediterráneo » ; et l'auteur de conclure : « en definitiva quando la casualidad puede alterar todo el regimen jurídico de la sucesión ». V. aussi I.A. Calvo Vidal, *R.E.D.I.*, 2005, p. 1030, pour qui le principe « puede llevar a soluciones aleatorias o casuales como sería entender que la ley rectora de la sucesión dependa de la localización fuera de España de una propiedad inmobiliaria de escaso valor suficiente para romper el principio de unidad de ley sucesoria ».

se désignent mutuellement possèdent un titre *a priori* également significatif pour reprendre pour elles la compétence dont elles sont prêtes à se priver, il conduit à faire une part à l'une et à l'autre et par là, en quelque sorte, à respecter la vocation de l'une et de l'autre. Il est peut-être encore trop tôt pour suggérer qu'à l'égard d'une seule et même espèce successorale, notamment lorsqu'elle met en cause un *double conflit de renvoi*, opéré de la loi nationale à la loi du domicile pour les *meubles* et de situation pour certains *immeubles*, le renvoi pourrait au fond être en partie refusé, par exemple pour les meubles, et en partie accepté, par exemple pour les immeubles ; ou, pour dire mieux, les biens objet du conflit de renvoi pourraient être assujettis en partie à une des lois en conflit et en partie à l'autre. Mais on est d'ores et déjà en droit de soutenir que la justice peut s'accommoder, dans les hypothèses marquées par un équilibre foncier de contacts, de ce que l'on tienne compte du fait qu'une loi régit déjà nécessairement le sort d'un certain nombre d'actifs héréditaires pour soumettre à l'autre loi ceux qu'englobe le conflit de règles de conflit.

239. Ressemblance des « tests » que mobilisent l'unité et la proximité. Quoi qu'il en soit, il semble bien que, dans un très grand nombre d'espèces où elle peut jouer au sens que l'on a vu, l'unité rejoint la proximité et la volonté quant à l'issue de sa mise en œuvre. Notons, d'abord, que les « tests » que supposent l'unité et la proximité sont fort semblables. Tout comme la proximité, l'unité commande de rechercher la localisation d'autres circonstances que celles qu'adoptent les règles en conflit. Ces autres circonstances sont les rattachements retenus par celle ou celles des règles édictées par l'État scissionniste qui ne participent pas au conflit, à savoir la situation des biens immeubles autres que ceux qui font l'objet du conflit et le cas échéant le domicile du *de cuius*. Or, faire trancher le conflit de renvoi par la « loi-pivot », c'est donner préférence à celle des lois se désignant mutuellement dont la vocation se trouve renforcée par un, voire plusieurs rattachements tiers et significatifs. C'est là, on le sait, la démarche de la proximité. Particulièrement lorsque le conflit de renvoi ne frappe que certains biens immeubles, car le domicile se trouve dans l'État national, le titre que détient la loi nationale à le trancher est d'autant plus respectable qu'il est en l'espèce confirmé par *deux* liens tiers et forts : lieu de situation d'autres biens et domicile du *de cuius*. La proximité ouvre, il est vrai, d'avantage de flexibilité, puisque les éléments qu'elle invite à apprécier sont plus nombreux : elle permet d'abord d'évaluer et de mettre en perspective l'importance concrète des rattachements participant au conflit de renvoi, par exemple, l'effectivité de la nationalité ainsi que la stabilité et la durée du domicile ; elle habilite ensuite à comparer le nombre et la valeur des immeubles pris dans le jeu des désignations croisées avec le nombre et la valeur des immeubles qui y demeurent extérieurs ; elle encourage enfin à élargir l'analyse aux liens qu'aucun des États ne retient comme facteurs de rattachement, par exemple, les connexions personnelles des ayants droit, mais aussi le lieu effectif des meubles.

Quant à la volonté, celle du *de cuius*, pour autant qu'elle se soit exprimée, l'est souvent en faveur de l'État scissionniste, du moins lorsque la loi de celui-ci lui assure une plus grande liberté, comme il arrive pour bon nombre d'États appartenant à l'aire anglo-américaine. Retenir la loi anglo-américaine revient alors tout à la fois à assurer l'unité internationale du régime et à obéir à la volonté du *de cuius*.

240. Raisons du choix. Il sera question dans ce qui suit, successivement, des décisions françaises (Section II), anglaises (Section III), américaines (Section IV), allemandes (Section V) et espagnoles (Section VI). Chacun de ces volets nationaux sera distribué en deux sous-sections, dont la première sera consacrée à la présentation des espèces et des décisions qui les tranchent (Sous-section 1) et la seconde tentera un bilan quant à l'aptitude à en rendre compte dont peuvent se prévaloir les principes de la proximité et de l'autonomie et, s'il y a lieu, de l'unité internationale de la loi applicable (Sous-section 2).

La sélection des pays objet de l'enquête s'explique pour plusieurs raisons, outre celles – déjà invoquées – liées au rayonnement des jurisprudences française et anglaise⁷⁸². Citons d'abord l'abondance du matériel d'observation qu'offre chacun des systèmes retenus puisque plus de vingt décisions aident à dégager les critères ayant guidé les tribunaux⁷⁸³. Ensuite, les règles de conflit de lois de ces pays sont en la matière à rattachement unique (ou l'étaient au moment auquel les jugements ont été prononcés). Aucun de ces pays ne retient la volonté du *de cuius* comme facteur de désignation primaire, ce qui habilite à mieux en mesurer l'emploi subsidiaire comme facteur de solution du conflit de renvoi⁷⁸⁴. Enfin, dans la majorité des affaires tranchées par les décisions recensées, les successions à régler impliquaient, à côté de l'État du for, l'un des autres États visés par l'investigation. Aussi sera-t-il souvent question de successions franco-anglaises, franco-américaines, franco-allemandes ou franco-espagnoles, anglo-espagnoles ou anglo-allemandes, lesquelles ont été portées tantôt devant les tribunaux d'un État tantôt devant ceux de l'autre. La mise en parallèle des décisions ainsi rendues « des deux côtés » autorise un regard synoptique – et proprement « bilatéral » – d'autant plus précieux qu'il a été tant discuté, à propos du renvoi, de coordination, d'harmonie, d'uniformité : vérifions sur le terrain à quel point les juges des États « co-intéressés » à les poursuivre les ont réellement recherchées et y sont effectivement parvenus.

241. Règlement « successions ». Mais avant de le faire, rappelons que, pour les successions qui s'ouvriront dès le 17 août 2015, le Règlement européen aura épuisé les sources de renvoi entre les États membres qu'il liera, c'est-à-dire, par-

⁷⁸² *Supra*, n° 218.

⁷⁸³ Aux fins d'un tel comptage, les décisions américaines et anglaises ont été réunies.

⁷⁸⁴ Cf. Ph. Francescakis, c.r. de F. Capotorti et al., *Giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale, Repertorio 1942-1966*, Bari, 1967, *Rev. crit.*, 1969, p. 854, reproduit in *La pensée des autres*, p. 268.

mi ceux que nous venons d'indiquer, la France, l'Espagne et l'Allemagne. La coordination entre ces systèmes sera en principe assurée par les dispositions européennes de droit international privé uniforme, qui suffiront notamment à prévenir les conflits de lois franco-espagnols ou franco-allemands, si bien qu'il n'y aura en principe plus de conflits négatifs de règles de conflit engageant ces deux couples de pays. En revanche, les conflits de renvoi mettant aux prises un des États membres liés par le Règlement et un État tiers – et notamment, parmi ceux que nous avons cités, l'Angleterre ou les États-Unis – demeurent possibles, encore qu'ils soient destinés à changer parfois de nature en raison du rattachement européen à la résidence habituelle et de la consécration de la *professio iuris*⁷⁸⁵. Il n'est cependant pas inutile d'examiner comment les tribunaux des États membres liés s'y sont pris au passé, non seulement parce qu'une telle jurisprudence est encore de droit positif chez eux à l'égard des successions qui sont déjà ouvertes ou qui s'ouvriront avant le 17 août 2015, mais aussi et surtout en raison de la valeur d'exemple qui s'y attache, de l'universalité du problème qu'elle affronte et de l'apport qu'elle peut par conséquent fournir pour trancher des conflits futurs opposant un État lié et un État tiers ou bien deux États tiers.

Section II : Jurisprudence française

242. Teneur des règles de conflit. Le droit international privé français adhère à un mode de réglementation dualiste des successions internationales, puisqu'il consacre une double règle de conflit selon qu'il s'agit de succession aux meubles ou de succession aux immeubles⁷⁸⁶. Quant à cette dernière, la jurisprudence, au départ de l'article 3 § 2 du Code civil, s'est assez régulièrement référée à la *lex rei sitae*⁷⁸⁷ ; pareille solution était parfaitement acquise à l'époque de la première affaire connue de renvoi immobilier, qui remonte, on le verra, au début du vingtième siècle. S'agissant des meubles, l'identité du rattachement

⁷⁸⁵ Si la règle européenne de conflit de lois désigne la loi d'un État tiers du fait d'une *professio iuris*, le conflit de renvoi est résolu au profit de la loi étrangère par la règle européenne de conflit de renvoi et l'État tiers pourra de son côté retenir sa propre loi en acceptant le renvoi : v. *supra*, n° 181.

⁷⁸⁶ On laissera de côté les décisions prononcées sous l'Ancien Droit qui ont eu à maîtriser la diversité des qualifications des coutumes normande et parisienne, sur lesquelles J.-P. Niboyet a attiré l'attention (« Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi », *Rev. dr. int. pr.*, 1926, p. 15 ; *Traité*, III, n° 998 ; v. ég. G. Delaume, *Les conflits de lois à la veille du Code civil. Contribution à l'histoire du droit international privé français*, Paris, 1947, p. 93). Pour un compte rendu d'« à peu près tout ce qu'il est possible de trouver au sujet du renvoi avant 1800 », v. E. M. Meijers, « La question du renvoi », p. 194-200.

⁷⁸⁷ Depuis en tout cas Cass. (civ.), 14 mars 1837, *Stewart*, S. 1837.1.95, D.P. 1837.1.275, in B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 3, pour lesquels « la soumission des successions immobilières à la *lex rei sitae* n'a jamais été remise en cause » (p. 27) ; S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, p. 18 la qualifie d'« invariable » ; v. déjà J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XX^e siècle*, Paris, 1937, p. 139 (« c'est un principe certain et constant en jurisprudence »).

pertinent fut, dans le silence intact et, semble-t-il, délibéré⁷⁸⁸ du Code, moins nette, notamment pour ce qui est du ressortissant étranger établi en France : entre le domicile *de fait*, d'une part, et, d'autre part, le domicile *de droit* au sens de l'article 13 du Code civil⁷⁸⁹ ou, à défaut, le domicile *d'origine*⁷⁹⁰, la jurisprudence majoritaire finit, après quelques tâtonnements, par donner préférence à ce dernier. Certaines décisions rendues en matière de renvoi – au premier rang desquelles celles qu'a suscitées l'affaire *Forgo* –, témoignent de cette évolution et parfois aussi de cette hésitation⁷⁹¹. Puisque le domicile d'origine fut assez systématiquement, en tout cas dans les affaires qui nous occupent, recherché du côté du pays de la nationalité, le renvoi était en définitive tiré de la loi nationale au profit de la loi française du domicile de fait ou, selon la teneur de la règle de conflit étrangère, de la résidence habituelle⁷⁹². La disparition, en 1927, de l'admission à domicile de l'étranger⁷⁹³ entraîna la conversion du rattachement en la matière au domicile de fait⁷⁹⁴. Reposant sur le domicile de droit,

⁷⁸⁸ A. Lainé, « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en droit international privé », *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 21 et 443, et J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 24.

⁷⁸⁹ « L'étranger qui aura été admis par le Gouvernement à établir son domicile en France y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider ». Sur les modalités et les effets de cette autorisation gouvernementale, v. G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, Paris, 1931, p. 298-306.

⁷⁹⁰ Sur cette notion, v. outre G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé, passim*, P. Lepaulle, « Quelle est la loi appliquée aux successions par la jurisprudence ? », *Clunet*, 1933, p. 812, J. Donnedieu de Vabres, « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1939, p. 173 et Ph. Francescakis, note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 4 nov. 1952, *Rev. crit.*, 1953, p. 729.

⁷⁹¹ C'est surtout par le premier arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Forgo* – Cass. (civ.), 5 mai 1875, S. 1875.1.409 – que fut en des termes vigoureux consacrée la primauté, à défaut de domicile autorisé, du domicile *d'origine* sur le domicile *de fait*, encore retenu par le premier arrêt d'appel (Pau, 14 mars 1874, *Clunet*, 1875, p. 357). Pour une discussion à cet égard, v. L. Renault, « De la Succession *ab intestat* des étrangers en France et des Français à l'étranger », *Clunet*, 1875, p. 329, 422 et 1876, p. 15 ; cf. J.-E. Labbé, note sous Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *Forgo*, S. 1882.1.393. H. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, p. 518, note 1, a isolé un certain nombre d'arrêts postérieurs à l'affaire *Forgo* ayant retenu, à défaut de domicile légal, le domicile *de fait* : Aix, 27 mars 1890, *D.P.* 1891.2.13 ; Amiens, 26 nov. 1891, *D.P.* 1892.2.425 ; Cass. (civ.), 29 juin 1893, *Clunet*, 1895, p. 391 ; Paris, 7 mai 1897, *Clunet*, 1897, p. 817. Sur ces flottements jurisprudentiels, v. ég. Ch. Freyria, *La loi applicable aux successions mobilières en droit international privé français*, thèse, Lille, 1946, spéc. p. 135-224.

⁷⁹² Sur ce que, « par l'effet de l'interprétation de l'ancien art. 13 C.civ., le rattachement traditionnel de la succession mobilière au dernier domicile s'était converti, du moins s'agissant d'un *de cujus* étranger, en un rattachement à la nationalité », v. B. Ancel, *Les conflits de qualifications*, p. 474 et déjà F. Despagne, *Précis de droit international privé*, 2^e éd., Paris, 1891, p. 561. On peut penser, avec P. Lagarde, « Successions », n° 53, que « le renvoi a contribué à habituer les tribunaux français à l'application aux successions mobilières de la loi du domicile de fait » en préparant la transformation de la règle de conflit.

⁷⁹³ Loi du 10 août 1927.

⁷⁹⁴ « Solution aujourd'hui certaine » (P. Lagarde, « Successions », n° 23). Une telle évolution n'a été sanctionnée qu'en 1939 par l'arrêt *Labadan* (Cass., civ., 19 juin 1939, *D.P.* 1939.1.97, note L. P., S. 1940.1.49, note J.-P. Niboyet, *Rev. crit.*, 1939, p. 481, note J.-P. Niboyet ; B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 18) ; encore en 1938, on lit chez H. Batifol, dans sa note sous Cass. (civ.), 7 mars 1938, de *Marchi della Costa*, *Rev. crit.*, 1938, p. 475 : « On sait combien il serait utile de déci-

c'est-à-dire d'origine, et par là en substance sur la nationalité, ce premier filon de conflits de renvoi en matière mobilière en vint ainsi à se tarir⁷⁹⁵. Sans doute la transformation de la règle de conflit a-t-elle ouvert une nouvelle source potentielle de conflit de renvoi, engageant cette fois la succession des Français : de la loi étrangère du domicile (de fait) vers la loi française de la nationalité. Mais la jurisprudence ne semble offrir pour l'heure qu'un seul et très récent exemple de ce type⁷⁹⁶.

Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence

243. Renvoi mobilier et immobilier. Il est convenu, au sein de la doctrine française, de distinguer assez nettement entre le renvoi en matière de succession *mobilière* et le renvoi en matière de succession *immobilière* ; une telle distinction prolonge le dédoublement de la règle de conflit à l'instant évoqué. On s'attachera d'abord aux affaires, plus nombreuses et anciennes, où le conflit de renvoi se déclenchait à propos des meubles (§ 1), puis à celles provoquant un renvoi immobilier dont la plupart date d'une époque récente (§ 3). Entre ces deux sections, on en intercalera une troisième ayant pour objet quelques arrêts du Protectorat français de Tunisie ayant mis en œuvre la règle de conflit « locale », qui était de type unitaire, le conflit de renvoi touchant les meubles et les immeubles (§ 2). À l'intérieur de chaque section, l'exposition suivra, à quelques exceptions près, qui seront dûment signalées, l'ordre chronologique.

§ 1. Renvoi provoqué par la succession aux meubles

244. Critère de tri. Précisons d'emblée que, s'agissant du renvoi relatif aux meubles, le patrimoine laissé par le *de cuius* n'était pas forcément composé uniquement d'éléments mobiliers. Tel n'est le cas que dans une minorité des espèces qui nous retiendront. Quant aux autres, la masse héréditaire englobait aussi des immeubles. Le conflit de renvoi ne les frappait cependant pas, puisque les immeubles sis en France étaient soumis par la règle de conflit française à la loi française et les immeubles sis à l'étranger à la loi étrangère en raison de

der une bonne fois si les successions mobilières sont régies par la loi nationale ou par la loi du domicile ». Cf. P. Lepaulle, « Quelle est la loi appliquée aux successions par la jurisprudence ? », p. 817-818.

⁷⁹⁵ « Ainsi s'achève – a-t-on écrit – une véritable épopée judiciaire et doctrinale » : J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 649. Sur l'état d'insatisfaction provoqué par l'admission à domicile et les problèmes qu'elle a posés, y compris aux juges étrangers, notamment britanniques, américains et allemands, v. J. Falconbridge, « Renvoi et succession mobilière », *Rev. dr. int. pr.*, 1932, p. 254, qui rapporte que le régime antérieur à la loi de 1927 « ne laisse pas de troubler aujourd'hui même magistrats et jurisconsultes ». J. Donnedieu de Vabres, « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », p. 167, évoque lui aussi l'« embarras permanent » qui en a résulté.

⁷⁹⁶ Il s'agit de Cass. (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel* : la composante immobilière est prédominante, si bien qu'on en traitera à propos des successions immobilières : v. *infra*, n° 259.

l'accord, exclusif du renvoi, entre la règle de conflit française et celle de l'État de situation, système lui aussi presque invariablement dualiste⁷⁹⁷. Cette précision n'est pas sans utilité puisqu'ainsi qu'on le verra, les tribunaux n'ont pas été insensibles à la présence, à côté des meubles pris dans l'étau du conflit, d'actifs fonciers, à leur importance et à leur localisation.

On examinera en premier lieu les affaires qui se sont soldées par l'application de la loi française (A), ensuite celles laissées sous l'empire de la loi étrangère (B).

A – Décisions ayant appliqué la loi française

245. Affaire Forgo. On se souviendra que la pugnacité des plaideurs – d'une part, Joseph Dichtl et huit autres consorts, collatéraux maternels du *de cujus* et parents aux cinquième et sixième degrés de celui-ci, et, d'autre part, l'Administration des Domaines⁷⁹⁸ – n'inscrivit au bilan de l'affaire Forgo pas moins de trois arrêts d'appel – Pau en 1874, Bordeaux en 1876 et Toulouse en 1880 – et trois arrêts de la Cour de cassation : en 1875, 1878 et 1882⁷⁹⁹. On se souviendra aussi que le litige s'était noué à propos de la transmission des biens mobiliers laissés *ab intestat* par François-Xavier Forgo, né Bava-rois en 1801 à Saint Nicolas près Passau, en Bavière, où se situait donc son domicile d'origine, et décédé

⁷⁹⁷ L'exception est offerte par l'affaire *de Marchi della Costa* : dans la mesure où l'on estime que la règle de conflit argentine retenant le *domicile* vise également les immeubles – en ce sens Trib. civ. Seine (1^{er} Ch.), 17 avr. 1912, *Clunet*, 1913, p. 175, note J. Perroud, spéc. p. 178 –, c'est un renvoi à la fois mobilier et immobilier qui est en cause : v. *infra*, n° 251.

⁷⁹⁸ L'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a été, de 1790 à 1969, un service public chargé d'une fonction fiscale et immobilière. Il disposait de sa propre revue, le *Journal de l'Enregistrement et des Domaines* (1806-1940), la seule à avoir publié l'intégralité des décisions rendues dans l'affaire Forgo, y compris le jugement prononcé en première instance par le Tribunal civil de Pau le 24 avril 1873 (*Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1874, Art. 19.461) alors que les « grands recueils » – selon le mot de M. Philonenko, « L'affaire Forgo (1874-1882) », *Clunet*, 1932, p. 295 : il s'agit du *Sirey* et du *Dalloz* –, n'ont commencé à s'y intéresser qu'à la suite du premier arrêt de la Cour de cassation, qui est de 1875.

⁷⁹⁹ Pau, 14 mars 1874, *S.* 1875.1.409, *D.* 1875.1.343, *Clunet*, 1875, p. 357, *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1875, Art. 19.900, sur appel par Trib. civ. Pau, 24 avr. 1873, *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1874, Art. 19.461 ; Bordeaux, 24 mai 1876, *S.* 1877.2.109, *D.* 1878.2.79, *Journal du Palais*, 1877, p. 471, *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1878, Art. 20.735, *Journal de l'Enregistrement et du Notariat*, 1878 (revue belge), p. 313 ; Toulouse, 22 mai 1880, *S.* 1880.2.294, *Journal du Palais*, 1880, p. 1111, *Clunet*, 1881, p. 61, *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1881, Art. 21.648 ; Cass. (civ.), 5 mai 1875, *S.* 1875.1.409, *D.* 1875.1.343, *Journal du Palais*, 1875, p. 1036, *Clunet*, 1875, p. 358, *Bull. civ.*, 1875, n° 68, p. 138 (et la précieuse « notice »), *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1875, Art. 19.900 ; Cass. (civ.), 24 juin 1878, *S.* 1878.1.429, *D.* 1879.1.56, *Journal du Palais*, 1878, p. 1108, *Clunet*, 1879, p. 284, *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1878, Art. 20.874 ; Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *S.* 1882.1.393, note J.-E. Labbé, *D.* 1882.1.393, *Journal du Palais*, 1882, p. 993 (et la même note de J.-E. Labbé parue au *Sirey*), *Clunet*, 1883, p. 64, *La France Judiciaire*, 1881, p. 395. C'est à M. Philonenko, « L'affaire Forgo (1874-1882) », que l'on doit l'analyse la plus minutieuse des multiples phases du procès ; pour d'autres présentations détaillées, v. A. Lainé, « La théorie du renvoi en droit international privé », 1906, p. 616-627 et É. Potu, *La question du renvoi*, p. 20-25. Une traduction en anglais de l'intégralité des arrêts d'appel et de cassation se trouve chez J.T. Sewell, *An Outline of French law as affecting British subjects*, London, 1897, p. 46-70.

à Pau le 6 juillet 1869. Or, la règle de conflit tirée du § 17 du Code civil bavarois mis en vigueur en 1756 par Maximilien 1^{er} désignait en l'espèce la loi du lieu de situation des biens « combiné[e], en matière de succession, avec la loi du domicile de fait ou résidence habituelle du défunt »⁸⁰⁰. Dans son arrêt de 1878, la Cour régulatrice dit de François-Xavier Forgo qu'« il a abandonné la Bavière dès l'âge de 5 ans pour suivre en France sa mère devenue Française⁸⁰¹ ; [qu'] à

⁸⁰⁰ Cass. (civ.), 24 juin 1878, *S.* 1878.1.430, cité ég. par le rapport du conseiller Ch. Demangeat à Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *S.* 1882.1.394. Libellé « Conflit de droits ou de lois » (*Collidierendes Recht oder Gesetz*) et consacré au conflit de statuts – « Statutencollision » : ainsi l'annotation de M. Danzer (Hrsg.), *Das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianus Bavaricus Civilis) vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung, Text mit Anmerkungen und Sachregister*, München, 1894, p. 11 –, le § 17 du chapitre 11 de la 1^{re} partie du Code civil bavarois énonce comme suit : « Dafern aber die Rechten, Statuten und Gewohnheiten *in loco Judicii, Delicti, Rei sitae, Contractus* und *Domicilii* unterschiedlich seynd, so soll *quo ad formam Processus* auf die bey selbigen Gericht, wo die Sache rechtshängig ist, übliche Rechten, mit Bestrafung eines Verbrechens aber auf die Rechten des Orts, wo solches begangen worden, so viel hingegen die blosser Solennität einer Handlung betrifft, auf die Rechten des Orts, wo solche unter Toten oder Lebendigen gepflogen wird, in *mere personalibus* auf die *Statuta in loco Domicilii*, und endlich in *realibus vel mixtis* auf die Rechten in *loco rei sitae* ohne Unterschied der Sachen, ob sie beweglich oder unbeweglich, körperlich oder uncörperlich seynd, gesehen und erkannt werden ». En voici une traduction : « Puisque les lois, statuts et coutumes en vigueur *in loco Judicii, Delicti, Rei sitae, Contractus* et *Domicilii* peuvent être différents, il faut se référer [...] [1] s'agissant de questions *quo ad formam Processus*, aux lois ayant cours au lieu du juge devant lequel l'affaire est pendante [...] [2] au sujet de la répression des délits, aux lois du lieu où ils ont été commis [...] [3] pour ce qui est des prescriptions formelles d'un acte, aux lois du lieu où il a été réalisé, que ce soit entre vivants ou à cause de mort [...] [4] *in mere personalibus* aux *statuta loco domicilii* [...] et [5]... enfin *in realibus vel mixtis*, aux lois *in loco rei sitae* sans distinguer suivant que les biens soient mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels ». Cette disposition est en substance reproduite au § 1 du chapitre 12 de la 3^e partie du Code (consacrée aux successions), d'après lequel « Bey der natürlichen Erbfolge... 6. Ist in Entscheidung streitiger Erbschaftsfällen *ab intestato* niemals auf die *statuta loci*, wo der Erblasser stirbt, sondern wo die Erbschaft liegt oder soviel sie blosser Personalspruch belangt auf die *statuta loci* wo der defunctus sein Domicilium gehabt hat, zu sehen » (« s'agissant du règlement de différends concernant une succession *ab intestato*, ne sont jamais applicables les lois du lieu où le *de cuius* est décédé mais plutôt les lois du lieu où la succession est située ou bien, dans la mesure où la prétention litigieuse n'a qu'une nature personnelle, les lois du lieu où le défunt a eu son domicile »). La question de savoir si, d'après la loi bavaroiise, la succession aux meubles s'analysait en « statut réel ou mixte » gouverné par la *loi du lieu de situation* (qualification préférée par la Cour de Toulouse, 22 mai 1880, *S.* 1880.2.296 : « la pensée formulée dans ces textes, c'est que les successions *ab intestato* ne sont pas rangées parmi les questions personnelles et sont toujours régies par la loi du lieu où se trouve la succession au moment du *de cuius, rei sitae* ») ou en « statut purement personnel » relevant de la *loi du domicile*, a été laissée ouverte par la Cour suprême puisque jugée sans incidence « la loi française éta[n]t à la fois celle du lieu où se trouvaient les biens et celle du lieu où le *de cuius* avait son domicile » : rapport de Ch. Demangeat et Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *S.* 1882.1.394-395.

⁸⁰¹ François-Xavier Forgo tenait à sa naissance la nationalité bavaroiise de sa mère, Anne-Marie Dichtl. La question de savoir s'il l'avait conservée jusqu'à sa mort – ce que le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux avait contesté en produisant « de très forts arguments » : M. Philonenko, « L'affaire Forgo (1874-1882) », p. 307 – ne fut pas tranchée par l'arrêt de 1878 qui retint le domicile d'origine de Forgo ; Toulouse, 22 mai 1880, *S.* 1880.2.294 décida en revanche que « Forgo n'a pas perdu la qualité de Bavarois », ce que semble approuver Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *S.* 1882.1.395, qui relate qu'il n'a pas « perdu sa nationalité d'origine ». Anne-Marie Dichtl était devenue française en 1806 en épousant un sieur Dubois, militaire, et avait vécu en France, à Strasbourg, y compris après le décès de son mari, en jouissant d'une pension de l'État français comme veuve d'un militaire. François-Xavier avait été élevé lui-même au régiment comme enfant de troupe. Son père naturel, Ladislav Forgo (Bordeaux, 24 mai 1876, *S.* 1877.2.110 ; ou « *Ladëska Forgo* » : Trib. civ. Pau, 24 avr. 1873, p. 403, ou « *Ladeska Forgo* » : résumé in *D.* 1875.1.343),

sa majorité il a contracté un engagement dans l'armée régulière et n'est jamais retourné en Bavière »⁸⁰². La Cour de Toulouse rapporte de son côté que le *de cujus* « avait acquis un domicile en France... en établissant le centre de ses affaires et en y prolongeant son séjour sans interruption pendant plus de soixante années »⁸⁰³. La Cour de Pau avait été déjà fortement impressionnée par cette « série non interrompue de faits au plus haut degré caractéristiques », et notamment par ceci que Forgo « s'[était] marié à Pau avec une Française, s'y [était] établi, y [avait] résidé constamment jusqu'à sa mort, y [avait] accompli tous les actes de la vie civile et de la vie politique, n'[avait] cessé d'y exercer sa profession [de cordonnier]⁸⁰⁴ et ses droits » ; reproduites par la Cour suprême dans son arrêt de 1875⁸⁰⁵, ces circonstances avaient conduit la Cour de Pau à y voir « une sorte de possession d'état » de citoyen français « qui avait fait perdre à tous et à lui-même le souvenir de son origine »⁸⁰⁶, laquelle, ainsi que le Tribunal de Pau l'avait observé en première instance, prétendait le localiser dans un pays, la Bavière, « qu'il n'avait jamais connu, où il n'avait aucune relation ni de parenté ni même d'amitié, et auquel ne le rattachait absolument aucun lien, aucun intérêt d'une nature quelconque »⁸⁰⁷. Le patrimoine laissé par Forgo était « d'origine française » en ce qu'il « proven[ait] de son mariage avec une Française fortunée »⁸⁰⁸, issue d'une notable famille paloise, Jeanne-Marie Adoue, à laquelle François-Xavier était marié sans contrat de mariage et

était lui aussi militaire, « cavalier au 1^{er} régiment de hussards royal-impérial » (Bordeaux, 24 mai 1876 ; moins précis Trib. civ. Pau, 24 avr. 1873, qui dit du père de Forgo qu'il était « cavalier dans un régiment de cavalerie de Bavière ») : il s'agissait d'un régiment de cavalerie légère constitué en 1720 par Ladislav Berchény (en hongrois : Bercsényi László), magnat de Hongrie, maréchal de France, qui se distingua pendant les guerres napoléoniennes au cours desquelles naquit François-Xavier (c'est le plus ancien régiment de hussards encore en activité, devenu en 1946 le 1^{er} régiment des hussards parachutistes). « Forgo », et plus exactement « Forgó », est un patronyme hongrois assez répandu (le mot hongrois « forgó » signifie en substantif « plume, panache, aigrette » et en adjectif « tournant, rotatif »). Il est probable que Ladislav Forgo, Forgó László, n'était pas lui-même bavarois (comme l'avaient soutenu les consorts Dichtl, et ce qu'avait contesté l'Administration des Domaines : *Bull. civ.*, 1875, n° 68, p. 138 ; cf. résumé in *D.* 1875.1.343 : « hussard bavarois »), mais hongrois et il semble certain en tout cas qu'il combattait pour la France, ce qui est de nature à affaiblir le lien qui rattachait François-Xavier à la Bavière.

⁸⁰² Cass. (civ.), 24 juin 1878, *S.* 1878.1.430.

⁸⁰³ Toulouse, 22 mai 1880, *S.* 1880.2.296. Sur cet arrêt « longuement motivé », v. A. Lainé, « La théorie du renvoi », p. 620, qui en cite un long passage pour montrer à quel point la Cour de Toulouse « s'est... inconsidérément égarée, dès le début, comme un voyageur qui, sans hésitation, prend un chemin pour un autre » ; sur l'exubérance de ses considérants et l'exiguïté des motifs, v. É. Martin, *Principes*, t. I, p. 296.

⁸⁰⁴ Trib. Pau, 24 avr. 1873, *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1874, p. 404.

⁸⁰⁵ Cass. (civ.), 5 mai 1875, *S.* 1875.1.410.

⁸⁰⁶ Pau, 14 mars 1874, *S.* 1875.1.410 ; v. M. Philonenko, « L'affaire Forgo (1874-1882) », p. 282 ; et l'auteur de conclure « *fama communi*, Forgo était considéré comme Français ». Bordeaux, 24 mai 1876, *S.* 1877.2.110, rapporte que le nom de Forgo avait subi une altération en « François Fourgeau », et que c'était sous ce nom que le *de cujus* avait entrepris sa carrière militaire, qui l'avait par la suite conduit dans les Basses-Pyrénées.

⁸⁰⁷ Trib. Pau, 24 avr. 1873, *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1874, p. 404.

⁸⁰⁸ M. Philonenko, « L'affaire Forgo (1874-1882) », p. 282.

partant sous le régime de la communauté légale, et laquelle avait, peu avant son décès intervenu à peine trois mois avant celui de son époux⁸⁰⁹, hérité, en concours avec ses deux sœurs, de la « fortune considérable » accumulée par son frère, Guillaume Adoue, homme d'affaires avisé⁸¹⁰. Il s'agissait « exclusivement de biens mobiliers qui se trouv[ai]ent en France », à Pau, précise la Chambre des requêtes dans l'arrêt de 1882 qui scelle cette mémorable affaire⁸¹¹.

Le premier annotateur de la dernière décision, adversaire résolu et influent du renvoi, fit remarquer qu'avec la France, Forgo avait « formé les attaches les plus fortes et les plus durables, y a[vait] concentré ses affections, a[vait] fixé à jamais le siège de sa fortune, y a[vait] renfermé toutes les perspectives de sa destinée »⁸¹². L'auteur qui, souhaitant, cinquante ans plus tard, reconstituer aussi exactement que possible une telle saga judiciaire, mena l'enquête jusque dans les archives de la Cour suprême, constata d'emblée que « [l]a succession

⁸⁰⁹ Voici donc les événements marquant les derniers mois du couple Forgo : le 14 mai 1868 meurt Guillaume Adoue (résumé dans *Bull. civ.*, 1875, n° 68, p. 138 ; v. ég. note suivante) et « la communauté d'entre [François-Xavier] et [Jeanne-Marie] s'enrichit du tiers recueilli par celle-ci dans [la] succession mobilière considérable » laissée par son frère (résumé in *D.* 1875.1.343 ; ajoutons que les biens qui la constituaient étaient en partie situés en Angleterre, tant il est vrai qu'une « Jeanne Adoue » avait, le 20 janvier 1869, obtenu de la High Court of Justice l'envoi en possession : v. l'extrait du *Calendar of the Grants of Probate and Letters of Administration made in the Probate Registries of the High Court of Justice*, London, 1869, p. 165, téléchargeable depuis le site <Ancestry.com>, où on lit comme suit : « Adoue Guillaume, Effects under £ 30,000 Letters of the Personal estate and effects of Guillaume Adoue late of Pau in France Bachelor deceased who died 14 May 1868 at Pau aforesaid were granted at the Principal Registry to Jeanne Adoue of Pau aforesaid Spinster the Sister and one of the Next of Kin of the said Deceased she having been first sworn ») ; le 5 juin 1868 le tribunal de Pau prononce, à la requête de sa femme, l'interdiction de Forgo, « qui avait dû être renfermé dans une maison de santé » (*D.* 1875.1.343 ; de façon curieuse, Jeanne Adoue avait déclaré lors de la procédure de *Probate* en Angleterre être « célibataire » ; à supposer bien entendu que cette « Jeanne » soit bien Jeanne-Marie et non pas, par exemple, une sœur de celle-ci) ; le 18 avril 1869 Jeanne-Marie décède léguant tous ses biens à un sieur Dassieu (qui allait d'ailleurs former une demande en intervention, qualifiée d'« assez étrange » par le Trib. civ. Pau, fondée sur les mêmes moyens que celle introduite au principal par les consorts Dichtl) ; le 6 juillet 1869 François-Xavier décède *ab intestat* (v. également résumé dans *D.* 1875.1.343). La succession recueillie par la dame Forgo du fait du décès de son frère et le lot échu au patrimoine du sieur Forgo du fait du décès de son épouse (au titre de « moitié de [leur] communauté *opulente* » : italique en original : *D.* 1875.1.343) ne furent déterminés et liquidés qu'après leur décès, ce lot se montant à 510.106 francs (*D.* 1875.1.343 ; alors que la succession mobilière de la dame Adoue valait 1.344.472 francs : v. résumé de l'affaire dans *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1874, p. 402).

⁸¹⁰ Guillaume Adoue avait été l'un des premiers négociants français à débarquer au Mexique, où il avait fondé, à Vera Cruz, une maison de banque et y avait résidé 45 ans en exerçant pendant un certain temps les fonctions de Consul de France ; « après avoir acquis par son travail une fortune évaluée plusieurs millions, M. Adoue s'était retiré en France où l'attendait la croix de la Légion d'Honneur. Au sein de la brillante position qu'il s'était créée, M. Adoue n'oublia pas ses nombreux parents et les fit largement participer à sa fortune. Il laisse des sœurs qui continueront ses traditions de bienfaisance » (notice nécrologique parue au *Memorial des Pyrénées*, 16 mai 1868). Entre la Bibliothèque municipale et le Château de Pau, la « Rue Adoue », à Pau, honore la mémoire de la famille de l'épouse de Forgo.

⁸¹¹ Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *S.* 1882.1.395. Cf. rapport du conseiller Demangeat, *S.* 1882.1.394.

⁸¹² J.-E. Labbé, note sous Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *Forgo*, *S.* 1882.1.393.

apparaît comme une succession française, ressortissant sous tous les rapports au droit interne », les consorts Dichtl s'évertuant à « combattre la réalité des choses et distraire à la France une fortune qui réunissait, pour la caractériser comme nationale française, tous les éléments de la réalité »⁸¹³. Aussi est-il peu douteux que la loi française finalement retenue pour trancher ce conflit de renvoi franco-bavarois qui est à la source de « la plus fameuse des controverses qui ait agité dans le monde entier la théorie du droit international privé »⁸¹⁴, est bien celle que commandait en l'espèce non seulement le principe de proximité, mais aussi tout autre critère bilatéral raisonnablement concevable pour résoudre le conflit des règles de conflit en matière successorale.

246. Jurisprudence entre 1882 et 1910. Au cours des vingt-huit ans qui suivirent l'arrêt de 1882 jusqu'en 1910, plusieurs juridictions de fond furent saisies d'une situation de renvoi opposant la loi française et la loi d'un pays de *common law*. La loi française l'emporta dans cinq espèces sur dix.

Les deux premières mettent en jeu des successions testamentaires. Celle que décida la Cour de Douai par arrêt du 2 février 1899⁸¹⁵ portait sur la succession de Joseph Anderson, ressortissant britannique décédé en 1893 en France, où il s'était établi en 1852 – date à laquelle il avait quitté l'Angleterre « sans esprit de retour », jusqu'à sa mort – pour exercer en France le métier d'ourdisseur en tulle. Ainsi que la Cour le relève dans un de ses derniers attendus, « tous les biens, meubles et immeubles, sont situés en France »⁸¹⁶ ; l'acceptation du renvoi entraîna alors que « la succession mobilière et immobilière de Joseph Anderson [fut] liquidée, tout au moins en ce qui concern[ait] les appelants d'après la loi française ». Les huit enfants du *de cuius* obtinrent ainsi la réduction à la quotité disponible prévue par l'article 1098 du Code civil du legs universel fait à Elisa-Rémy Grosjean, d'origine française, qu'il avait épousée en secondes noces en 1861⁸¹⁷.

⁸¹³ M. Philonenko, « L'Affaire Forgo (1874-1882) », p. 284. C'est par l'expression d'« époux Dichtl » que cet auteur qualifie les demandeurs mais il n'est à aucun moment, dans le texte des jugements, question d'« époux » mais toujours de « consorts Dichtl », ou « Ditchl » (Cass. civ., 24 juin 1878, et résumé in S. 1882.1.3 évoque « Joseph Ditchl et huit autres consorts, tous nés et domiciliés en Bavière ou en Autriche » ; l'écriture « Dichtl » est sans doute la bonne ; encore aujourd'hui, Passau est le coin d'Allemagne où se concentrent le plus de « Dichtl », au nombre de 75 : <www.verwandtschaft.de/karten/absolut/dichtl.html>, alors qu'il ne semble y avoir, dans toute l'Allemagne, aucun « Ditchl » pas plus que « Ditschl » ou « Ditschle »).

⁸¹⁴ B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 64. Cf. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 50, qui évoque « l'importance historique extraordinaire de l'affaire Forgo ».

⁸¹⁵ Douai, 2 févr. 1899, *Clunet*, 1899, p. 825. Sur cette décision, v. A. Lainé, « La théorie du renvoi », p. 629 et É. Potu, *La question du renvoi*, p. 37.

⁸¹⁶ Passage cité également par A. Lainé, « La théorie du renvoi », p. 629.

⁸¹⁷ Douai, 2 févr. 1899, p. 828. Rien n'est dit en revanche à propos de la nationalité de la première femme, dont étaient issus certains des héritiers présomptifs.

Une question de réserve héréditaire est aussi ce dont eut à s'occuper le Tribunal de Pau dans son jugement du 19 avril 1902⁸¹⁸. « Citoyen américain comme étant né de parents originaires de l'État de New York », le sieur W. J. avait « son domicile de fait en France, où il a[vait] séjourné de longues années jusqu'à sa mort », tant et si bien que c'est « en France que se trouvait le centre de ses affaires et de ses relations, et qu'il s'était établi ou fixé, d'une façon effective et volontaire ». Après avoir fait état du conflit de renvoi, le tribunal énonça tout net que « la dévolution héréditaire des biens meubles que W. J. possédait en France doit s'effectuer d'après les règles de la loi française ». Il s'ensuit que « demoiselle J. », fille naturelle du défunt, put recueillir la réserve à l'encontre d'une « dame H. », instituée légataire universelle⁸¹⁹. À côté des meubles, le *de cuius* avait laissé des immeubles – une villa notamment – situés, semble-t-il, uniquement en France et régis, comme le précise le jugement, « par la loi française aux termes de l'article 3 du Code civil »⁸²⁰.

Les trois autres décisions portent sur l'administration et le partage des biens laissés *ab intestat* par des Britanniques fixés en France. Celle que prononça le Tribunal civil de la Seine en date du 4 décembre 1899⁸²¹ roulait sur la validité, contestée par certains créanciers, des « lettres d'administration » (*letters of administration*) délivrées en Angleterre à la faveur de l'épouse survivante du *de cuius*, un certain Henry Oppenheimer, anglais décédé « *ab intestat*, à Paris, où il était domicilié en fait depuis de longues années » en y « exploita[n]t un fonds de commerce de commissionnaire en marchandises ». Après avoir, d'une part, pris conscience de la situation de renvoi et, d'autre part, relevé que la succession litigieuse « se compos[ait] exclusivement ou presque exclusivement de biens mobiliers qui se trouvent en France »⁸²², les juges parisiens décidèrent que « la succession de Henry Oppenheimer doit être définitivement et exclusivement régie par la loi française ».

Le même tribunal eut quelques années plus tard⁸²³ à statuer sur une demande de partage des meubles, et préalablement de licitation de la propriété immobilière, laissés par le sieur William-Robert Rowan, sujet anglais décédé en ayant son dernier domicile en France. Le contentieux opposait, d'une part, l'épouse, Gerdine-Athalie, et la fille Ellen, et, d'autre part, les enfants mineurs, Agnès, Arthur, Frédéric, William et Henry. Si le domicile du sieur Rowan n'est pas davantage caractérisé, il est rapporté que sa fortune se composait du do-

⁸¹⁸ Trib. civ. Pau, 19 avr. 1902, *Clunet*, 1903, p. 875. Sur ce jugement, v. A. Lainé, « La théorie du renvoi », p. 629.

⁸¹⁹ Le « centre des relations du *de cuius* » se trouvant en France, il n'est pas improbable que demoiselle J. soit née d'une union avec une Française. Cf. l'attendu où le juge évoque « la loi et les coutumes dudit État [de l'État de New York] stipulant qu'un testateur a la liberté de disposer de tous ses biens, même au profit d'un *étranger* » (Trib. civ. Pau, 19 avr. 1902, p. 877).

⁸²⁰ Trib. civ. Pau, 19 avr. 1902, p. 877 (aucune mention n'est faite de biens laissés à l'étranger).

⁸²¹ Trib. civ. Seine, 4 déc. 1899, *Clunet*, 1900, p. 368.

⁸²² Trib. civ. Seine, 4 déc. 1899, p. 371 (cf. p. 370 : « actif mobilier, sis en France »).

⁸²³ Trib. civ. Seine, 3 nov. 1904, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 533, et la note.

maine dit le « château de la Lande » et de « diverses valeurs mobilières » « compren[ant] notamment une créance à recouvrer » à l'encontre d'une société française. C'est « la loi française – décida le tribunal par jugement du 3 novembre 1904 – [qui] doit recevoir application aussi bien pour la succession mobilière que pour la succession immobilière »⁸²⁴, puisque, du fait du renvoi, « il est admis par la législation des deux pays que la succession mobilière d'un Anglais domicilié et décédé en France est régie par la loi du domicile ». Il ne semble d'ailleurs pas que dans cette espèce – qui n'impliquait en substance que des parties résidant en France⁸²⁵ –, l'application de la loi française ait fait l'objet de contestation.

Tel n'est pas le cas de la dernière affaire de cette séquence, tranchée par la Cour de Grenoble en date du 31 mars 1908⁸²⁶. Le contentieux tirait son origine de la transmission d'une dette relative à la succession laissée par sieur Whitman, « sujet anglais, décédé à Corenc ». Constatant le renvoi opéré par la règle de conflit anglaise, la Cour déclara que « non seulement Whitman a laissé en France une succession immobilière que seule doit régler la loi française par application de l'article 3 C.civ., mais qu'ayant créé à Corenc une résidence permanente et un principal établissement, la dévolution héréditaire des biens meubles qu'il possède en France doit en outre être régie par la loi française ». À la suite de quoi elle admit un créancier du défunt à poursuivre en paiement la dame Whitman, épouse du *de cuius*, elle aussi ayant « déclaré Corenc pour son domicile ou sa résidence », et ses enfants, représentés par elle, en qualité d'héritiers⁸²⁷. La veuve Whitman avait par ailleurs « dans ses actes judiciaires et extrajudiciaires » acquiescé à la qualité de représentante du *de cuius* que lui accordait la loi française et lui refusait la loi anglaise, dont elle cherchait maintenant à se prévaloir dans le but d'échapper aux réclamations du créancier.

247. Arrêts Kilford-Korner et Soulié (1910). À peine deux semaines avant l'arrêt *Soulié*, la Cour de Paris approuve le Tribunal de la Seine – dont elle adopte les motifs – pour avoir appliqué la « loi successorale française... aux biens dé-

⁸²⁴ Trib. civ. Seine, 3 nov. 1904, p. 535. S'il exclut que ce jugement « se rattache au système de l'universalité de la succession », l'annotateur estime qu'il « aboutit sans doute comme résultat pratique à régir par une loi unique les biens laissés en France » (*ibidem*, p. 535).

⁸²⁵ Cf. note sous Trib. civ. Seine, 3 nov. 1904, p. 536, où à propos des enfants du défunt, l'annotateur conjecture que « vraisemblablement [ils] devaient être domiciliés en France, comme l'était leur père ».

⁸²⁶ Grenoble, 31 mars 1908, *D.P.*, 1908.2.264 et la note de E. Audinet, laquelle englobe aussi Paris, 1^{er} août 1905, *Samory*, et Pau, 11 juin 1906, *Knowles*, qui avaient résolu le conflit de renvoi au profit de la loi étrangère : v. *infra*, n° 249.

⁸²⁷ Possible selon la loi française, une telle action ne l'était pas au regard du droit anglais, qui reconnaissait le droit de représenter en justice le *de cuius* au seul administrateur nommé par la Cour de « Probate ». Sur ce que l'obligation au passif relève de la catégorie successorale, v. Paris, 2 avr. 1896, *Époux Ruel*, *Clunet*, 1897, p. 165.

pendant de la succession de la dame Kilford-Korner »⁸²⁸. On a pu écrire de l'arrêt *Kilford-Korner* qu'il est « d'une importance primordiale dans le développement de la jurisprudence française sur le renvoi » et aussi qu'il est « le mieux motivé de tous les arrêts favorables au renvoi »⁸²⁹. On controversait sur le point de savoir si le patrimoine laissé par George William Kilford, ressortissant britannique, devait s'entendre comme englobant tous les biens dont la dame Kilford-Korner, son épouse prédécédée, lui avait fait don *mortis causa*, valablement d'après la loi anglaise, ainsi que le soutenaient les consorts Périnelle, issus d'une fille du premier lit ; ou bien si cette libéralité devait être réduite dans les limites de la quotité disponible selon la loi française, dont se prévalait le mineur Kilford, né du second mariage, résidant en France. Du sieur Kilford l'arrêt rapporte qu'il « était établi depuis de nombreuses années à Courbevoie, où il habitait une villa et une rue qui porte son nom⁸³⁰ ; que les enfants nés de ses deux mariages sont établis en France et qu'il semble bien n'avoir jamais fait que des séjours momentanés dans son pays d'origine ; qu'il doit donc être considéré, ainsi que sa seconde femme, comme ayant toujours eu un domicile de fait en France »⁸³¹. Cette précision à propos du domicile de dame Kilford-Korner, que le tribunal recherche du côté de celui de son mari comme le prescrivait le droit anglais, n'est pas sans importance car il s'agissait d'établir, en tant que question préalable, seule au demeurant controversée, la loi régissant sa succession à elle⁸³². « Née Française mais devenue Anglaise par mariage », les biens, meubles notamment, seuls en cause, étaient, semble-t-il, localisés en France (ils comprenaient notamment 6.000 francs de rente sur l'État fran-

⁸²⁸ Paris, 17 févr. 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 870, et la note, *D.P.* 1910.2.145, note A. Wagner, *Journal du notariat*, 1910, p. 563, et la note, confirmatif de Trib. civ. Seine, 23 juin 1909, rapporté dans l'arrêt d'appel.

⁸²⁹ Respectivement É. Potu, *La question du renvoi*, p. 56 (cf. ég. p. 57 : « haute valeur scientifique ») et J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 718 ; cf. A. Wagner, note sous Paris, 17 févr. 1910, *D.P.* 1910.2.145 (« l'arrêt ci-dessus rapporté présente un très grand intérêt »).

⁸³⁰ La Rue Kilford est encore aujourd'hui une importante rue de Courbevoie, commune de la banlieue parisienne limitrophe de Neuilly-sur-Seine, et donne même son nom au Centre Hospitalier Kilford Courbevoie-Neuilly-sur-Seine.

⁸³¹ Trib. civ. Seine, 23 juin 1909, p. 871. Les juges parisiens font plus d'une allusion à la volonté des époux de soumettre au régime juridique français la libéralité *mortis causa* qu'ils s'étaient réciproquement consentie. La « déclaration qu'ils entendaient se soumettre à la loi française » placée en tête de leur contrat de mariage semble bien déborder aux yeux des juges le contexte des régimes matrimoniaux : « une semblable déclaration par la place qu'elle occupe, doit avoir été nécessairement considérée, dans l'intention commune des parties, comme devant régir toutes les stipulations qui seraient énoncées à sa suite ». Cette intention est confirmée par ceci que « la donation semble bien avoir été regardée par le bénéficiaire lui-même, comme faite dans les limites seulement permises par le Code civil », c'est-à-dire par la loi française ; après le décès de son épouse, en effet le *de cujus* n'avait disposé, sur les 6.000 francs, « que de la seule quotité dont l'art. 1094 du Code civil lui accordait la pleine propriété, soit un quart » (*ibidem*, p. 871).

⁸³² Pour É. Potu, *La question du renvoi*, p. 56, en effet, il s'agissait « de la liberté testamentaire d'une Anglaise morte à Courbevoie, où elle s'était établie » ; et l'auteur de préciser que « la *de cujus* avait toujours eu un domicile de fait en France ».

çais)⁸³³. Par l'article 3 C.civ. – nous dit le tribunal – la loi française « n'entend pas restreindre sa souveraineté propre, de façon *absolue* » ; et de fait « rien ne s'oppose à l'application, aux valeurs mobilières, des dispositions impératives et d'ordre public... toutes les fois que l'autorité de la loi étrangère, au lieu de faire obstacle à l'extension de la loi française, s'incline devant elle ; que la loi anglaise, en soumettant ses sujets domiciliés en France à la loi de ce pays, relativement aux valeurs mobilières dépendant de leurs successions, ne fait par cette renonciation de compétence à leur égard, que permettre à l'autorité souveraine du législateur de l'exercer normalement, que dans ces conditions, la loi française doit être considérée ici comme ayant recouvré sa pleine compétence et s'appliquer à toutes les valeurs successorales de quelque sorte qu'elles soient »⁸³⁴.

Ces formules annoncent en les explicitant celles, plus abruptes et intuitives, que la Chambre des requêtes allait employer quelques jours plus tard⁸³⁵. Coralie Soulié, issue de l'union naturelle d'un Français, Jean Soulié, et d'une quarteronne, Eulalie Mazange, d'origine louisianaise, était décédée à l'âge de 92 ans à Paris où « elle habitait depuis un temps indéterminé »⁸³⁶, en ayant en

⁸³³ Trib. civ. Seine, 23 juin 1909, p. 870 ; v. ég. *ibidem*, p. 871, où il est question de « rente française ».

⁸³⁴ Trib. civ. Seine, 23 juin 1909, p. 871. Aux motifs développés par les premiers juges, la Cour de Paris ajouta qu'« il n'est pas naturel » de penser que l'article 3 « exigerait impérativement l'observation [de la loi étrangère] pour toutes les successions mobilières laissées en France par des étrangers » (*ibidem*, p. 872). Quoi que l'on pense de la pertinence de l'évocation de l'article 3, il n'en demeure pas moins que, pour la Cour, il n'est pas justifié d'affirmer qu'en posant la règle de conflit, le législateur français *refuse absolument* d'appliquer la loi française aux successions laissées *en France*.

⁸³⁵ Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 872, et la note, *D.P.* 1912.1.262, *Clunet*, 1910, p. 888, note J. Perroud, *S.* 1913.1.105, note E.A., rejetant un pourvoi formé contre Paris, 25 févr. 1909 prononcé en appel de Trib. civ. Seine, 6 avr. 1906. On regrettera que ni le jugement de première instance ni celui d'appel ne furent publiés. Sur cette affaire, outre les notes précitées, v. A. Pillet, « Contre la doctrine du renvoi », *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 5 et É. Potu, *La question du renvoi*, p. 59.

⁸³⁶ Rapport du conseiller Denis, *D.P.* 1912.1.262. Les Soulié étaient une famille de planteurs, propriétaires terriens, négociants, constructeurs, courtiers, banquiers qui avaient accumulé une fortune considérable à la Nouvelle Orléans au cours notamment de la première moitié du XIX^e siècle. Père de Coralie, Jean Soulié, né dans le Tarn vers 1760 et décédé à Paris, où il avait réintégré son domicile, en 1834 (informations tirées de l'acte de décès téléchargeable de <<http://search-ancestry.fr>>), était militaire (Ch. Benfey, *Degas in New Orleans*, Berkeley, 1997, p. 24), propriétaire et banquier (et semble-t-il Grand Maître de la Grande Loge de Louisiane dans les années 1815-1816 : M.R. Poll, « A Foundational Study of the Grand Consistory in Louisiana 1811-1815 », 18 oct. 1997, <<http://louisianalodgeofresearch.org>>) ; sa présence à la Nouvelle Orléans peut être retracée jusqu'en 1787 (v. l'affaire *Madeleine v. Jean Soulié*, 17 nov. 1787 et 10 juill. 1791, citée par Th. M. Ingersoll, *Mammon and Manon Early New Orleans, The First Slave Society in the Deep South : 1718-1819*, Knoxville, 1999, p. 426, note 46). Née en 1775, Eulalie Mazange Vivant était une quarteronne, fille (comme sa sœur, Constance Vivant, mère du célèbre ingénieur franco-louisianais Norbert Rillieux, cousin du peintre Edgar Degas) de Jean Charles Vivant, négociant français, et Louise Cheval, mulâtresse, fille à son tour d'un François Cheval et d'une noire affranchie. De l'union de Jean Soulié et d'Eulalie (dont Jean Soulié figure dans l'acte de décès comme « divorcé » ou « veuf » et qu'il considérerait donc semble-t-il comme épouse, selon les coutumes de l'époque, où l'union entre un homme blanc et une femme quarteronne ne pouvait être solennisée en tant que mariage encore que, lorsqu'une telle union réunissait, comme il n'était pas rare, les caractères de la

stabilité et de l'exclusivité, elle était considérée comme telle par la société créole) naquirent en tout cas trois garçons, Norbert, Albin et Bernard, lesquels allaient consolider et développer les affaires de la famille tout en maintenant des liens étroits avec la France. D'après S. Wilson / M.L. Christovich / R. Toledano, *New Orleans, Faubourg Tremé and the Bayou Road*, New Orleans, 1980, p. xv, Bernard et Albin vivaient la plupart du temps à Paris dans les années cinquante déjà (« majors developers and builders in Faubourg Tremé between 1820 and 1855 include... the Soulié brothers, who resided both in France and New Orleans. Norbert Soulié lived in 200 block of N. Rampart Street and managed the properties of his well-to-do brothers, Albin and Bernard, who spent most of their time in Paris ») et il semble en tout cas certain qu'ils s'étaient installés en France après la Guerre de Sécession (J.E.K. Walker, *The History of Black Business in America, Capitalism, Race and Entrepreneurship*, New York, 1998, 2nd ed., 2009, évoque les « Soulié Brothers, who retired in France after the War », p. 122, et qui auparavant « were moving between New Orleans and Paris », p. 127). Les historiens ont même cherché à chiffrer la richesse des « frères Soulié » en la rapportant à des valeurs actuelles : v. H. Bodenhorn, compte rendu de la seconde édition de *The History of Black Business in America : Capitalism, Race, Entrepreneurship, Journal of Southern History*, 2011, p. 689 : « At their height (circa 1857), the Souliés were worth a half-million dollars, which would have made them very nearly billionaires by today's standards. Like many a modern billionaire (or movie star), they retired comfortably in France ». Resté plus longtemps au commandement des affaires louisianaises, Bernard Soulié avait été protagoniste de nombreuses actions judiciaires devant les juridictions de la Nouvelle Orléans dont gardent trace les recueils jurisprudentiels louisianais (v. les affaires *Bernard Soulié v. Brown, Johnson & Co.*, 13 La. Ann. 521, 1858, La., déc. 1858 ; *J.A. Fernandez v. Bernard Soulié*, 28 La. Ann. 31, 1876, La., janv. 1876 ; *Bernard Soulié v. Louis Ranson*, 29 La. Ann. 161, 1877, La., Mars 1877) ; Albin et Bernard sont même cités par une importante décision de la Cour suprême des États-Unis, *New Orleans v. Gaines' Administrator*, 138 U.S. 595 (1891), qui semble confirmer qu'Albin était, dans les années soixante, déjà rentré à Paris (« the facts appearing in the record are that [Albin] Soulié resided in France, and was represented in this country by Bernard Soulié, his brother and agent »). Les *Registres de la Famille Soulié*, rassemblés par la *Historic New Orleans Collection*, en 5 volumes, de 1843 à 1880, sont surtout un témoignage des activités des frères Soulié : v. D.J. Clifton / F. Hardy / B. Turner, « Les archives des francophones de la Louisiane », 36 *Archives* 2 (2004-2005), p. 32. La présence en France de la génération de Bernard et Albin Soulié à partir des années 1860 est confirmée par la généalogie des Soulié (et Soulier) reconstituée par Claude Soulier, généalogiste amateur (disponible sur la page <http://pagesperso-orange.fr/claude.soulier/soulier_soulie/alphasoulie.htm>). Celui-ci rapporte de son côté que trois fils étaient issus de l'union d'un Jean Soulié et d'une Eulalie Mazange : Norbert Soulié, né en 1796 à la Nouvelle Orléans et mort à Paris en 1869 ; Albin, né à la Nouvelle Orléans et mort à Paris en 1873 ; Jean Louis Léonard Lucien, mort à Paris en 1862, celui-ci figurant en 1836 déjà comme « rentier demeurant à Paris » dans le *Bulletin des Lois de la République Française*, 1836, p. 581. Si Coralie n'y est pas mentionnée, à propos de Bernard Soulié on lit qu'il avait épousé en 1836 à la Nouvelle Orléans une dame Elisa Courcelle ; que de cette union étaient issus Victor Alfred, né à la Nouvelle Orléans en 1836 et mort à Paris en 1866, et Émile Léon Soulié, né en 1837-1839 à la Nouvelle Orléans (en 1837 d'après le « 1837 New Orleans Parish Birth Index » des *Louisiana State Archives*, disponible aux <<http://files.usgwarchives.net/la/orleans/vitals/births/index/1837bi.txt>>). Cet Émile Soulié est sans doute le demandeur dans l'affaire *Soulié*. On est mieux renseigné sur lui : il avait épousé en France, à Castres, entre 1860 et 1863, Esther Mathilde Fourgassie ; de cette union étaient issus Fernand Jean Bernard Soulié, né à Paris en 1862 et décédé à Paris en 1864, Léon Émile Walter Soulié, né à Paris en 1863, Émilie Thérèse Soulié, née à Paris en 1865, Stella Renée Soulié, née à Paris en 1874, et mariée à Paul Fuzier en 1900. Ajoutons qu'Émile Soulié, ingénieur, avait étudié à l'Ecole des Mines à Paris, qu'il avait publié à Paris un important ouvrage sur *Les gisements de métaux précieux des États et Territoires du Pacifique (États-Unis)*, 1866, et qu'il figure sur les listes électorales de Paris de 1891, et c'est surtout cette dernière circonstance qui autorise à penser qu'il avait la nationalité française (le certificat électoral est téléchargeable depuis le site <www.ancestry.fr>). Ces données semblent confirmer que, si la génération de Bernard et Albin était encore installée à la Nouvelle Orléans dans les années 1830, elle s'était déjà fixée à Paris dans les années 1860. Si cette reconstruction est exacte et qu'elle peut être étendue à Coralie Soulié, il en résulterait que celle-ci était, à son décès, domiciliée en France depuis au moins quarante ans et qu'Émile Soulié, fils d'une Française et époux d'une Française et lui-même très probablement Français, avait passé la plupart de son existence en France. Il n'est cependant pas invraisemblable que Coralie, tout comme son frère Jean Louis Léonard Lucien, ren-

tout cas « perdu depuis longtemps [son] domicile louisianais »⁸³⁷. Prétendaient à lui succéder, d'une part, Émile Soulié, fils légitime de Bernard Soulié, frère de sang de Coralie, et, d'autre part, une dame Humann, instituée légataire universelle et un sieur Le Clech, cessionnaire pour partie des droits de celle-ci. C'est à l'encontre de ces derniers qu'Émile Soulié poursuivait l'annulation des « œuvres testamentaires » de sa tante Coralie pour démence sénile⁸³⁸, ce qui –

tier demeurant à Paris en 1836 déjà, était venue s'installer en France dès sa jeunesse, comme il était courant chez les filles de familles françaises et franco-créoles menant des affaires en Louisiane, et qu'elle demeurait à Paris à l'époque du décès de son père en 1834 (alors que sa mère était déjà décédée) : voilà qui élèverait à soixante-dix ans la durée de la résidence française de la protagoniste de cette affaire célèbre. Il est en outre permis de penser qu'en 1903, année du décès de Coralie, l'essentiel de la fortune de la famille Soulié, depuis plusieurs décennies déjà, avait été rapatrié en France et il semble en tout cas que la part, de nature mobilière, dont était titulaire Coralie y était située (v. note suivante).

⁸³⁷ Paris, 15 mars 1899 (*Clunet*, 1899, p. 794) sur appel de Trib. civ. Seine, 11 mars 1897 et 17 févr. 1898, qui avaient prononcé l'interdiction de Coralie Soulié (v. ég. *Arch. comm. de la France*, 1898, p. 398 : « Soulié dlle Marie, Coralie, dite Cora » interdite par jugement du « 17 fév. 98 – Paris ») et qui furent infirmés par la Cour de Paris qui déclara le demandeur, un Álvarez Latorre, américain-louisianais, cousin de la défenderesse, irrecevable en son action. Il est intéressant de constater que le point de savoir si Coralie Soulié était louisianaise ou française avait été débattu devant les juridictions parisiennes, le demandeur soutenant d'abord qu'elle était française puis qu'elle était américaine-louisianaise comme lui, alors que Coralie Soulié n'avait pas « pris parti sur sa propre nationalité ». La Cour estima qu'il n'y avait pas lieu de trancher la question : « si Coralie Soulié est Française, parce que [le demandeur] ne lui est point parent [et donc n'a pas, pour la loi française, le droit de demander l'interdiction] ; si elle est Américaine, parce qu'il ne peut exciper de l'art. 384 C. civ. de la Louisiane » (qui autorisait un tiers quelconque à provoquer l'interdiction) dès lors « ils ont l'un et l'autre perdu depuis longtemps leur domicile louisianais », « d'où il suit que l'appelante et l'intimé ne sont plus régis, pour leur statut personnel, par le Code de la Louisiane » (c'est nous qui soulignons). Et l'annotateur du *Clunet* de relever que « la Cour de Paris se prononce implicitement en faveur de la théorie du renvoi » (*ibidem*, p. 796). Le jugement du Tribunal civil de la Seine du 11 mars 1897, qui avait ordonné un « examen mental » de la demoiselle Soulié malgré l'opposition de celle-ci, et celui du 17 février 1898 qui, en se fondant sur l'expertise rendue, en avait prononcé l'interdiction, ensuite annulée par la Cour de Paris, permettent de mieux cerner le contexte dans lequel s'inscrit le contentieux successoral. Il résulte de ces arrêts que Coralie Soulié avait confié la gestion de sa fortune à son neveu Émile Soulié, qu'elle l'avait « à la date du 30 octobre 1896, assigné en reddition de compte » et que, « d'après le compte, Émile Soulié n'était débiteur que de 60,000 francs, somme – observe le Tribunal de la Seine – relativement peu importante eu égard à la fortune totale de la demoiselle Soulié ». Celle-ci avait également « introduit une plainte contre son notaire sous le prétexte que les comptes de la succession de son frère, réglée depuis longtemps, n'avaient point été régulièrement établis » : le « frère » dont il est question était probablement Bernard (Albin étant décédé en 1872 : v. *supra*, note précédente) et une partie du patrimoine de la demoiselle Soulié provenait probablement de la succession de celui-ci. C'est, semble-t-il, en raison de l'existence du procès en reddition de compte opposant Coralie et Émile que la demande d'interdiction n'avait pas été formée par ce dernier, mais bien par le cousin Álvarez Latorre, conformément par ailleurs à une résolution du conseil de famille auquel avaient participé Émile Soulié, « ses deux enfants et son gendre », résolution dont la demoiselle Soulié avait cherché un peu désespérément à faire déclarer l'irrégularité « à raison de la qualité d'héritier présomptif d'Émile Soulié ». L'expertise avait révélé que Coralie Soulié « ignore non seulement le montant et la consistance de sa fortune, mais qu'elle ne peut fournir aucune indication même approximative, sur le chiffre de ses revenus, les dépenses de sa maison, les gages de ses domestiques ». Le conseiller Denis signale que « l'interdiction [de Coralie Soulié] avait été prononcée » (*D.P.* 1912.1.263), mais puisque la décision de 1898 avait été mise à néant, il semble que si interdiction il y a eu, c'était à la suite d'une demande présentée ultérieurement, peut-être par Émile Soulié lui-même, une fois le procès en reddition de compte terminé.

⁸³⁸ V. note précédente.

soutenait-il – lui aurait valu la vocation héréditaire en vertu des règles françaises sur la succession *ab intestat* en sa qualité de collatéral naturel. Mais encore fallait-il que la reconnaissance dont Coralie et Bernard avaient fait l'objet fût valable, faute de quoi tout lien de parenté légale entre Émile et Coralie venait à disparaître. La validité de cette reconnaissance, bien que contestée par les défendeurs au motif que les lois lousianaises interdisaient, à l'époque où elle était intervenue – au début du XIX^e siècle – la reconnaissance des enfants de l'union d'un blanc et d'une femme de couleur, avait été établie par le Tribunal de la Seine et confirmée en appel. En revanche, l'application de la loi française à la succession, non seulement n'avait pas été remise en cause par la dame Humann et le sieur Le Clech, mais avait été acceptée et même saluée par eux jusque devant la Cour de Paris : celle-ci n'avait dès lors abordé la question que de façon incidente, en annonçant que « la dévolution de la succession mobilière de la dame Coralie Soulié doit être régie par la loi française alors même qu'on appliquerait la loi américaine qui, en pareille matière, s'en réfère à la loi du domicile »⁸³⁹. Cet accord prolongé quant à la soumission de la dévolution héréditaire à la loi française, s'il n'a pas été en tant que tel jugé faire obstacle à la recevabilité du pourvoi, est néanmoins assez longuement souligné par le conseiller Denis et par l'arrêt lui-même⁸⁴⁰, dont il contribue peut-être à expliquer la « sécheresse significative »⁸⁴¹. Les apophtegmes célèbres auxquels les hauts magistrats confient l'explication de l'accueil, en l'espèce, du renvoi, insistent notoirement sur le double « avantage » que procure celui-ci, consistant en la « suppression de tout conflit », d'une part, et, d'autre part, en la soumission à la loi française « des intérêts qui naissent sur [le] territoire » français. L'allusion au « territoire » autorise la conjecture que les effets mobiliers litigieux se trouvaient en France et il semble probable qu'Émile Soulié et la veuve Humann étaient très intimement liés à la société française⁸⁴².

⁸³⁹ Le passage cité au texte est tiré du rapport du conseiller Denis, *D.P.*, 1912.1.263 (v. note suivante).

⁸⁴⁰ Le conseiller Denis s'en explique ainsi dans son rapport devenu fameux (*D.P.* 1912.1.262, *Clunet*, 1919, p. 1009 ; *S.* 1913.1.105) : « [L]a discussion portait exclusivement sur la vocation héréditaire d'Émile Soulié. Les demandeurs en cassation la contestaient ; mais il y avait un point sur lequel toutes les parties étaient d'accord, c'est que la difficulté devait être tranchée d'après les lois françaises, c'est-à-dire les articles 756 et 766 de notre code civil. Cela est si certain que devant le tribunal, devant la cour d'appel et ailleurs, les avoués de Le Clech et de la dame Humann disaient 'que le jugement avait estimé à bon droit que la succession devait être réglée d'après les lois françaises' » ; et encore : « Je reconnais que la *théorie du renvoi*, sur laquelle je m'expliquerai tout à l'heure, est acceptée par le jugement ; mais je n'admets pas qu'elle ait fait l'objet de la décision, puisque, je le répète, *il n'y avait pas de contestation sur l'application de la loi française* » (c'est nous qui soulignons). Une part importante de l'arrêt de la Chambre des requêtes insiste sur ce point : « loin qu'une contestation se soit élevée entre les parties sur l'application dans la cause des art. 756 et 766 c. civ., les demandeurs en cassation l'affirmaient eux-mêmes dans leurs conclusions ».

⁸⁴¹ En ce sens la note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, p. 873.

⁸⁴² Quant au lieu de situation de la fortune de Coralie Soulié, v. *supra*, notes 836-837 ; quant aux attaches d'Émile Soulié, v. *supra*, note 836.

248. Décisions postérieures à l'arrêt Soulié (1910-1927). La période qui court de 1910 à 1927, année à laquelle fut abolie l'autorisation gouvernementale d'établir un domicile en France, nous livre encore une poignée de jugements ayant tranché au profit de la loi française un conflit de renvoi qui l'opposait de nouveau à la loi anglaise ou à la loi américaine. Ces décisions ont conduit les juges à réduire les dispositions prises par le *de cuius* à la quotité disponible prévue par le Code civil.

Dans le jugement qu'il prononça en date du 12 juillet 1910⁸⁴³, le Tribunal de la Seine s'emploie à dresser l'inventaire des liens unissant à la France, à l'Espagne et aux États-Unis, le *de cuius* et ceux qui se disputaient sa « fortune opulente »⁸⁴⁴, ses enfants notamment. Né citoyen espagnol et ayant ensuite, encore qu'au moyen de déclarations inexactes, acquis la nationalité américaine, notamment de l'État de New York, dont le tribunal jugea qu'il ne l'avait jamais délaissée depuis, Joaquín Luis Sanchez y de Larragoiti « a[vait] eu, pendant très longtemps, et jusqu'en octobre 1892, une vie extrêmement nomade »⁸⁴⁵. À cette date il s'était fixé en France, où « il a[vait] fait construire un hôtel d'une importance considérable, dans lequel il s'[était] installé avec sa famille » ; « en Europe et spécialement à Paris » il avait « fondé des entreprises considérables » – ce qui lui avait valu la légion d'honneur – en y résidant jusqu'à sa mort, survenue en 1907. Il avait « établi tous ses enfants à Paris, où il les a[vait] mariés, ... trois de ses filles... [ayant] épousé des Français »⁸⁴⁶. La loi française, invoquée par le demandeur, Joaquín Luis Lucio Sánchez, fils déshérité du défunt, fut appliquée par l'effet du renvoi tiré de la loi américaine, notamment de l'État de New York, dont cherchaient à se prévaloir ses frères et sœurs.

C'est à une conclusion semblable que parvint le Tribunal de Nice deux ans plus tard⁸⁴⁷. Eléonore Jenckes, épouse divorcée de William Greene Roelker, Américaine originaire du Rhode Island, était décédée à Lausanne mais en possédant sa dernière résidence à Nice. Par testament holographe, elle avait légué « l'universalité des meubles qui se trouver[aient] en France » à une Nellie Boulton, à l'exception de quelques bijoux qu'elle avait attribués à ses enfants. Ceux-ci s'opposèrent à l'exécution du testament en prenant appui sur la loi française. La situation de renvoi une fois établie, le Tribunal « ordonn[a] que la succession mobilière qu[e la défunte] a[vait] laissée en France et qui compos[ait], d'après les déclarations qu'elle a[vait] faites (...) tout l'actif qu'elle

⁸⁴³ Trib. civ. Seine, 13 juill. 1910, *Gaz. trib.*, 12 oct., 1910, *Clunet*, 1911, p. 912 ; v. ég. É. Potu, *La question du renvoi*, p. 62 et J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 150 et p. 200.

⁸⁴⁴ Trib. civ. Seine, 13 juill. 1910, p. 923.

⁸⁴⁵ Trib. civ. Seine, 13 juill. 1910, p. 920.

⁸⁴⁶ Trib. civ. Seine, 13 juill. 1910, p. 922.

⁸⁴⁷ Trib. civ. Nice, 11 nov. 1912, *Clunet*, 1914, p. 204, note É. Potu.

possédait, sera[it] réglée, conformément à la loi française, c'est-à-dire que la quotité disponible sera[it] réduite au quart »⁸⁴⁸.

Dernière décision en date, celle du Tribunal de Rouen du 19 décembre 1927⁸⁴⁹ eut à régler la succession d'un Thomas Mallinson qui, originaire d'Angleterre, n'avait « conservé ni domicile ni résidence » dans ce pays, puisqu'il avait « résid[é] sans interruption à Boisguillaume, près de Rouen, et à Rouen, depuis le 9 mai 1908, avec sa femme et sa fille » jusqu'à sa mort en 1927. Sa fille, prédécédée, comme l'était sa femme, avait épousé un sieur Delorme, « de nationalité française et mort pour la France le 21 août 1918 ». Une Gisèle Delorme, « de nationalité française »⁸⁵⁰, était née de cette union. C'est bien à charge de les administrer en faveur de sa petite-fille que le *de cuius* avait légué ses biens – l'immeuble qu'il avait acheté à Boisguillaume et des meubles – à ses exécuteurs testamentaires, son frère et ses neveux. À cet effet, le sieur Mallinson avait entendu utiliser – semble-t-il – moins le *trust* du droit anglais que l'« institution française » du legs avec charge⁸⁵¹. En se prononçant en faveur de la loi française pour « l'ensemble de sa succession, tant immobilière que mobilière », les juges normands ont conclu à l'inefficacité de « l'organisation des *trustees* » et réduit le legs à la quotité disponible.

C'est par ce jugement que s'achève le corps des décisions ayant tranché en faveur de la loi française un conflit de renvoi n'engageant que les meubles. Penchons-nous sur celles qui, pendant cette période, avaient laissé la succession litigieuse sous l'empire de la loi étrangère.

B – Décisions ayant appliqué la loi étrangère

249. Jurisprudence antérieure aux affaires *Samory* et *Knowles*. Ayant à statuer, avant même l'épilogue de l'affaire *Forgo*, sur la succession testamentaire, composée de valeurs mobilières situées en France, d'un Georges Mac-Henry, « sujet anglais résida[n]t en France depuis de longues années », le Tribunal de la Seine, par jugement du 1^{er} mars 1881, s'en tint à la loi anglaise de la nationalité et du domicile légal du *de cuius*⁸⁵². Aucun des intéressés n'avait invoqué le renvoi opéré par la règle de conflit anglaise à la loi française. Les juges ont néanmoins constaté que « le testament de Georges Mac-Henry n'est que l'expression exacte de la loi française appliquée à la liquidation des biens trouvés en sa possession lors de son décès ». Ainsi, expliquent-ils, « la somme... qui est attribuée au mineur Margo », de nationalité française, au bénéfice duquel le tuteur réclamait l'application de la loi française à l'encontre de la deuxième épouse, Désirée Bunuel, « représente, dans cet ordre d'idées, d'une manière

⁸⁴⁸ Trib. civ. Nice, 11 nov. 1912, p. 205-206.

⁸⁴⁹ Trib. civ. Seine-Inférieure (Sect. Rouen), 19 déc. 1927, *Rev. dr. int. pr.*, 1928, p. 511, et la note.

⁸⁵⁰ Trib. civ. Seine-Inférieure, 19 déc. 1927, p. 512.

⁸⁵¹ Telle est du moins l'impression de l'annotateur (*Rev. dr. int. pr.*, 1928, p. 515).

⁸⁵² Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1881, *Clunet*, 1882, p. 432.

exacte, la réserve à laquelle il a droit de prétendre, aux termes de l'article 1098 du Code civil »⁸⁵³. Cet appel à ce que l'on devait qualifier bien plus tard de principe de l'« équivalence » affaiblit à tel point l'intérêt de la décision qu'il n'en sera plus question dans la suite.

L'application de la loi anglaise ne semble avoir été contestée par aucune des parties à l'instance⁸⁵⁴ que vint dénouer la Cour de Paris par arrêt du 2 avril 1896⁸⁵⁵, qualifié d'« hostile au renvoi »⁸⁵⁶. Il y allait de la demande en paiement d'une créance de 25.000 francs dirigée contre le sieur de Cuellar, légataire universel, par Charlotte épouse Ruel, fille de la défunte, une dame Schettler. Anglaise, celle-ci « résidait, il est vrai, à Paris, mais n'avait pas été régulièrement autorisée à établir son domicile en France » ; à son décès, elle n'avait laissé que des meubles. Observant que, d'une part, la défunte « s'est, dans son testament, conformée [aux] règles du droit anglais », ses dernières volontés ayant été par ailleurs « fait[es] en la forme anglaise », et que, d'autre part, la désignation de sieur de Cuellar comme légataire universel et exécuteur testamentaire avait été reconnue « par l'homologation et l'enregistrement dudit testament au greffe principal *of probate* de la Haute Cour de justice en Angleterre », la Cour de Paris décide que « la transmission testamentaire de cette succession ne peut être régie par la loi française, mais reste soumise à la loi anglaise »⁸⁵⁷.

L'application de la loi française par renvoi a en revanche été plaidée dans l'affaire décidée par le jugement du Tribunal de la Seine rendu le 11 mars 1904⁸⁵⁸. Était en cause la succession de William-Maurice Mack, ressortissant des États-Unis, décédé en ayant son dernier domicile à Paris où il s'était établi trente ans auparavant. Le *de cujus* avait laissé à sa survivance son épouse, Carolina Stuen, chilienne d'origine, citoyenne américaine par mariage, et cinq enfants répondant aux noms de Guilhelme-Georges, Sara-Caroline de Jesus épouse Maria Oliva, Enrique Guilhelmo, Elena-Margarita épouse De Paula Oliva, et Anita Maria. Dans ses dernières volontés, sieur Mack s'était « proclam[é] citoyen américain de l'État de Californie, déclarant que sa succession serait par conséquent régie par les lois américaines ». Le jugement fait également savoir que par décision du 6 avril 1903, la Cour de San Francisco avait conféré à Guilhelme-Georges Mack des lettres de représentation conformément à la loi californienne moyennant un cautionnement de 500.000 dollars, une partie importante de la succession, « purement mobilière », se situant aux États-Unis.

⁸⁵³ Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1881, p. 434.

⁸⁵⁴ Rapp. A. Lainé, « La théorie du renvoi », p. 631, qui y déduit que « s'ils n'y sont pas invités par les parties intéressées, s'ils demeurent libres de suivre l'inspiration du simple bon sens, [les juges] ne songent pas à ce que peut être la règle étrangère du droit international privé ». Cf. É. Potu, *La question du renvoi*, p. 38.

⁸⁵⁵ Paris, 2 avr. 1896, *Clunet*, 1897, p. 165, sur appel de Trib. civ. Seine, 8 août 1894.

⁸⁵⁶ J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 721.

⁸⁵⁷ Paris, 2 avr. 1896, p. 166.

⁸⁵⁸ Trib. civ. Seine, 11 mars 1904, *Clunet*, 1907, p. 435.

Aussi les juges parisiens se prononcent-ils en faveur de la loi américaine, demeurant ainsi fidèles au « principe de l'application du statut personnel » dont ils soulignent qu'il avait été « rappelé expressément par le *de cujus* lui-même », et ce – précisent-ils – « sans qu'il soit nécessaire d'examiner si dans certains cas le renvoi de la loi étrangère à la loi française pourrait être accepté ». Le jeu du renvoi devant être exclu en l'espèce, « il est en effet superflu de rechercher quel caractère devrait présenter le domicile du sujet californien à l'étranger pour le soustraire à l'application de sa loi nationale »⁸⁵⁹.

Plus célèbres, deux affaires portées devant les Cours de Paris et de Pau ne devaient pas non plus répondre au cas de figure dans lequel « le renvoi de la loi étrangère à la loi française pourrait être accepté ».

250. Affaires Samory et Knowles. Les arrêts *Samory*⁸⁶⁰ et *Knowles* « dominant de leur autorité toute la jurisprudence hostile au renvoi »⁸⁶¹. La vigueur des formules qu'ils emploient avait incité certains à nourrir l'espoir – vite déçu, on le sait, par l'arrêt *Soulié* – d'un revirement de la Cour suprême⁸⁶².

Numa-Joseph Samory était un citoyen américain originaire de Louisiane, où il était né en 1842⁸⁶³ et où il avait habité plus de quarante ans, jusqu'aux an-

⁸⁵⁹ Trib. civ. Seine, 11 mars 1904, p. 437.

⁸⁶⁰ Paris, 1^{er} août 1905, confirmatif de Trib. civ. Melun, 27 mars 1903, l'un et l'autre in *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 605 ; pour le texte de l'arrêt d'appel, v. ég. *Clunet*, 1906, p. 178, *D.P.* 1906.2.169, note Ch. Claro, *S.* 1908.2.257, note E. Audinet ; de larges extraits sont reproduits par É. Potu, *La question du renvoi*, p. 51-53. Cette décision inspira à A. Lainé l'étude sur « La théorie du renvoi en droit international privé », à l'époque probablement la plus fouillée sur le sujet.

⁸⁶¹ J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 714.

⁸⁶² V. notamment A. Lainé, « La théorie du renvoi », p. 661 et F. Despagne, *Précis de droit international privé*, 5^e éd., n° 106.

⁸⁶³ Pour l'année de naissance, v. le « 1842 New Orleans Parish Birth Index », tiré des *Louisiana Archives* et disponible sur <<http://files.usgwarchives.net/la/orleans/vitals/births/index/1842>>. Le père de Numa-Joseph, Pierre Claude Samory, était né en 1809 à Charleston, en Caroline du Sud, d'un Claude Nicholas Samory, d'origine française, qui s'était installé dès sa jeunesse en Caroline du Sud, où il fut membre et maître de la loge maçonnique *La Candeur*, fondée en 1796 à Charleston, ville dans laquelle il fut enterré en 1824. Pierre Claude Samory fut négociant puis avocat à la Nouvelle Orléans et joua un rôle important dans l'histoire de la franc-maçonnerie des États-Unis du Sud (v. pour une biographie, J. H. Cowes, *Supreme Council 33rd Degree Or Mother Council of the World of the Ancient and Accepted Scottish Rite of Freemasonry, Southern Jurisdiction, United States of America*, Montana, 2003, p. 187-188). Il décéda en 1889 à la Nouvelle Orléans et il y fut enterré. La mère de Numa-Joseph, Françoise Eléonore Doubrère, était née à la Nouvelle Orléans en 1810 d'une famille de couleur libre. Les frères et sœurs de Numa-Joseph étaient tous nés à la Nouvelle Orléans : Marie Aline Samory, née en 1832, Henry Joseph Samory, né en 1837 et protagoniste d'une affaire qui alla jusqu'à la Cour suprême des États-Unis (*Henry Samory v. Samuel M. Montgomery*, Juin 1867, 19 La. Ann. 333, La. 1867, *Montgomery v. Samory*, 1878, 99 U.S. 482. 25 L. Ed. 375), Marie Armantine Samory, née en 1838, Annette Samory, née en 1841, Elizabeth Samory, née en 1846. Encore que la famille Samory ait eu des racines françaises, le père et la mère de Numa-Joseph n'avaient jamais vécu en France (à la différence de Jean Soulié qui y était né et décédé : v. *supra*, note 836), il n'avait jamais été question chez Numa-Joseph de nationalité française (alors que la nationalité de Coralie Soulié avait été débattue : v. *supra*, note 837) et rien n'indique que les frères et sœurs de Numa-Joseph qui prétendaient lui succéder avaient un lien avec la France (à la différence d'Émile Soulié qui résidait en France et avait probablement la nationalité française : v. *supra*, note 836). On peut donc penser que l'ancrage louisianais de la famille Samory était dans l'ensemble plus effectif que celui de la famille Soulié.

nées 1886-1888, époque à laquelle il était venu s'installer en France, où il s'était marié avec une Française, Félicie Samory née Perdriat, avait acquis une propriété et était décédé en 1902, *intestat* et sans descendants, en laissant, outre l'immeuble qu'il occupait, des valeurs mobilières⁸⁶⁴. Ses frères et sœurs, ressortissants américains-louisianais comme lui⁸⁶⁵, entendaient profiter de la loi louisianaise qui les appelait à la succession à l'exclusion de la dame Samory, épouse du *de cujus*, laquelle prétendait à l'usufruit que la loi française lui accordait sur la moitié de la masse héréditaire⁸⁶⁶. Un tel droit avait été reconnu à la veuve Samory sur l'immeuble, soumis à la loi française, et d'autres attributions lui avaient été faites en conséquence de la liquidation de la communauté de biens réduite aux acquêts. Pour le reste, le tribunal de Melun avait appliqué la loi louisianaise, motif pris de ce que la preuve du renvoi opéré par cette loi « à la loi du lieu du décès ou de la résidence de fait du *de cujus* » n'avait pas été rapportée. Par arrêt confirmatif du 1^{er} août 1905, la Cour de Paris, en renforçant les motifs, fait d'abord observer que le *de cujus* « n'a jamais acquis la nationalité française, ni été admis à jouir des droits civils en France » et « qu'il a, au contraire, lorsqu'il est venu s'établir à Saint-Sauveur-sur-Ecole [c'est-à-dire en 1897] fait une déclaration de résidence comme étranger », en renouvelant celle qu'il avait faite en 1890, date de son mariage, en montrant ainsi qu'« il avait toujours entendu conserver sa nationalité d'origine »⁸⁶⁷. La Cour déclare ensuite s'opposer à l'application de la loi française « aux règlements des intérêts de famille d'étrangers », sans qu'il importe de savoir si, comme le prétendait la dame Samory, selon la loi louisianaise « une absence volontaire de deux années en dehors de l'État ou l'acquisition d'une résidence... ailleurs entraîne la déchéance d'un domicile dans cet État »⁸⁶⁸.

Pau 11 juin 1906⁸⁶⁹ eut à trancher le contentieux naissant de la succession des époux Knowles. « Avocat et magistrat anglais », formé à l'*Inner Temple* et

⁸⁶⁴ À propos de la date de l'installation de Numa-Joseph Samory en France, l'on rencontre une discordance entre ce que rapportent, respectivement, Trib. civ. Melun, 27 mars 1903, p. 607 – « att. qu'il est constant en fait et qu'il n'est point méconnu que Samory, originaire de la Nouvelle Orléans, est venu en France, vers l'année 1888 » – et Paris, 1^{er} août 1905, p. 611 : « il a quitté [l'État de Louisiane], en 1886, pour venir habiter en France » (c'est nous qui soulignons).

⁸⁶⁵ Cf. l'allusion de Paris, 1^{er} août 1905, p. 612, aux « règlements des intérêts de famille d'étrangers qui ont manifesté l'intention de rester tels » (passage également cité plus loin, dans le texte). Pour l'identité des consorts Samory, v. *supra*, note 863 ; l'arrêt ne les indique pas nommément mais se borne à préciser que « Henry Samory a renoncé à la succession de Numa-Joseph ».

⁸⁶⁶ L'art. 911 du Code civil louisianais (modifié en 1982) énonçait que « les frères et sœurs du *de cujus* ou leurs descendants sont héritiers de toute la succession à l'exclusion des autres collatéraux et du conjoint survivant ».

⁸⁶⁷ Trib. civ. Melun, 27 mars 1903, p. 607.

⁸⁶⁸ Paris, 1^{er} août 1905, p. 612.

⁸⁶⁹ Pau, 11 juin 1906, *Knowles*, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 765, *Clunet*, 1907, p. 156, *D.P.* 1907.2.1, note A. Colin, *S.* 1908.2.263, note E. Audinet, confirmatif de Trib. civ. Pau, 27 juill. 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 766, et *Clunet*, 1907, p. 197. Ambroise Colin avait fourni à l'appui des prétentions de la dame Clementel – mère de Rigby Townley Knowles, petit-fils des époux Knowles et fils de Rigby qui était à son tour le seul enfant légitime de ceux-ci – une consultation (reproduite in *Rev.*

Barrister depuis 1836, Townley Rigby Knowles avait épousé Sarah Annie White⁸⁷⁰, elle aussi anglaise avec domicile d'origine en Angleterre. De ce mariage était né Rigby Knowles, seul fils légitime, qui s'était cependant ajouté aux trois autres fils naturels – Robert, Alexander et Arthur – que le couple avait eus avant de convoler⁸⁷¹. En 1870, la retraite du sieur Knowles (alors âgé de 59 ans) venue, les époux Knowles s'étaient fixés à Gan, dans la région de Pau, où ils avaient effectué diverses acquisitions immobilières. Sieur Knowles y mourut 16 ans plus tard, en 1886, « sans avoir jamais cessé de résider dans ses propriétés de France, qu'il ne quittait que pour faire, de temps en temps, de courts voyages en Angleterre »⁸⁷². De sa fortune, consistant, « outre les immeubles susdits situés en France, en divers immeubles en Angleterre et meubles et valeurs mobilières situés tant en France qu'en Angleterre », le sieur Knowles avait disposé par testament et notamment, quant aux biens se trouvant en France, en attribuant l'usufruit à son épouse et la nue-propriété à ses trois enfants naturels, à l'exclusion de Rigby Knowles. La dame White était décédée à son tour à Gan en 1904, soit dix-huit ans après son mari et trois ans après son fils légitime Rigby Knowles qui, mort en 1900, avait laissé de son mariage avec une dame Marie Duval, entre-temps remariée à un sieur Clémentel, un enfant unique, Rigby Townley, seul petit-fils légitime des époux Knowles. Par testament fait en Angleterre en 1902, la dame White avait légué tous ses biens personnels, mobiliers et immobiliers, à ses trois fils naturels, en déshérentant Rigby Townley⁸⁷³. Au nom de celui-ci, qui était mineur, la dame Clémentel, sa mère, réclamait, en invoquant la loi française, les droits de l'héritier réservataire. Pour ce qui est du patrimoine mobilier, la Cour de Pau l'en débouta en concluant à l'application de la loi anglaise tant à la succession du sieur Knowles qu'à celle de son épouse, au motif que les juges français « n'ont point à tenir compte de la renonciation que peut faire un législateur étranger de ses prérogatives » et aussi que les « faits eux-mêmes ne permettraient point d'accueillir le renvoi prononcé par la loi anglaise et supprimer le conflit des deux législations »⁸⁷⁴, tout en soulignant, quant à la succession de sieur Knowles,

dr. int. pr., 1906, p. 769) préconisant la maintien de la jurisprudence Forgo et l'application de la loi française.

⁸⁷⁰ En ce sens Trib. civ. Pau, 27 juill. 1905, p. 770 (« Sarah Annie White », « Sarah White »). Les bans de mariage datant du 5 février 1864 (*Surrey Marriage Bonds and Allegations records held by the London Metropolitan Archives*, London, England, consultables depuis le site <ancestry.fr>) indiquent le nom de Sarah Annis Whittle.

⁸⁷¹ Et qui n'avait pas pu être légitimés du fait du mariage, la légitimation ayant été introduite en droit anglais par le *Legitimacy Act* de 1926. Dans un contentieux ouvert en Angleterre bien des décennies plus tard, Townley Rigby Knowles cherchera à obtenir une déclaration judiciaire de légitimation l'encontre de ses oncles naturels, Arthur et Alexander : v. *Knowles v. Attorney-General* [1951] P. 54 qui nous livre d'intéressantes informations sur la saga de la famille Knowles.

⁸⁷² Passage tiré du résumé in *D.P.* 1907.2.1.

⁸⁷³ Cf. la consultation d'A. Colin, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 769.

⁸⁷⁴ Pau, 11 juin 1906, p. 767 et 769.

« la volonté par lui exprimée dans les termes de sa loi nationale [la loi anglaise] et dont il connaissait bien la portée »⁸⁷⁵.

La dernière affaire en date, la plus retentissante, gagne à être suivie dans les trois échelons judiciaires qu'elle a successivement gravés.

251. Affaire de Marchi della Costa (1928-1938)⁸⁷⁶. Du jugement de première instance, on a pu écrire qu'il « s'insurge nettement contre la théorie du renvoi », qu'il la « rejette catégoriquement »⁸⁷⁷. On y lit en effet que le principe de la soumission des étrangers « à la loi interne de leur pays... ne peut être tenu en échec par une loi étrangère adoptant pour ses nationaux un principe différent »⁸⁷⁸. Mais penchons-nous d'abord sur les circonstances de l'affaire. Cito-yen argentin établi à Paris, Carlos Alberto de Marchi della Costa était décédé bien avant l'entrée en vigueur de la loi de 1927 ayant supprimé l'admission à domicile⁸⁷⁹. En France – rapporte le jugement – le *de cuius* « n'avait point transporté les éléments de son imposante fortune, constituée presque exclusivement par des valeurs, immeubles ou créances hypothécaires, situées en République argentine », alors que les « biens... laissés en France » n'avaient que « peu de valeur »⁸⁸⁰. La veuve du *de cuius*, Magdalena d'Hertould de Beaufort, remariée ultérieurement à un sieur de Bagneux, avait pu obtenir des Tribunaux de Buenos Aires la déclaration qu'« elle avait un droit exclusif à l'envoi

⁸⁷⁵ Pau, 11 juin 1906, p. 768-769. On rendra brièvement compte également de Trib. civ. Grasse, 3 mai 1926, *Clunet*, 1928, p. 1022, cité parfois comme ayant refusé le principe du renvoi, mais qui n'a finalement pas retenu le conflit de règles de conflit (J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 717, note 1, p. 722 note 2). Il y allait de la succession d'une dame veuve Raphaël, née Josephine Schiff, anglaise, décédée à Cannes, dont les biens étaient poursuivis, d'une part, par les consorts Warburg, domiciliés à Londres (p. 1025), bénéficiaires des dispositions *mortis causa* prises par la défunte, et, d'autre part, par Cecil, fils naturel reconnu de celle-ci. La loi anglaise fut retenue, au motif que la défunte « n'avait pas abandonné l'Angleterre sans esprit de retour, qu'elle y demeurait au contraire régulièrement du mois de mai au mois de décembre, qu'elle avait dans son pays d'origine la grande partie de sa fortune ». Il n'est pas impossible que le Tribunal ait été encouragé à statuer en faveur de la localisation en Angleterre du domicile parce qu'un domicile de fait en France joint à l'acceptation stricte du renvoi aurait entraîné l'application de la loi française, ce qui, s'agissant d'un litige entre étrangers ayant pour objet des biens majoritairement situés à l'étranger, pouvait paraître peu désirable. Aussi s'agirait-il d'une nouvelle illustration de la « curieuse » tendance des juridictions du fond, lorsque la compétence de la loi étrangère à trancher le conflit de renvoi leur paraît mieux justifiée, à « armer leurs décisions par de multiples procédés contre la censure éventuelle dont elles risquent d'être l'objet » (J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 717 ; cf. ég. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 245).

⁸⁷⁶ Cass. (civ.), 7 mars 1938, *S.* 1938.1.172, et la note, *Clunet*, 1938, p. 784, *Rev. crit. dr. int.*, 1938, p. 472, note H. Batiffol, *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1938, p. 142, note P. Lepaulle, B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 16. En première instance, Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, *Clunet*, 1928, p. 1232, note J. P., *Gaz. Pal.*, 21 mai 1928 ; en appel, Paris, 12 avr. 1929, *S.* 1930.2.129, note J.-P. Niboyet, *Rev. dr. int. pr.*, 1930, p. 126. V. l'étude de J. Donnedieu de Vabres, « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », p. 167.

⁸⁷⁷ J. P., note sous Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, *Clunet*, 1928, p. 1234 et J. Donnedieu de Vabres, « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », p. 169.

⁸⁷⁸ Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, p. 1234.

⁸⁷⁹ H. Batiffol, note sous l'arrêt *de Marchi della Costa*, *Rev. crit. dr. int.*, 1938, p. 475 ; J. Donnedieu de Vabres, « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », p. 167.

⁸⁸⁰ Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, p. 1232 et 1234.

en possession de tous les biens mobiliers et immobiliers situés en Argentine »⁸⁸¹. Voilà qui, aux yeux des juges français, « impressionnés par ce fait que les tribunaux argentins saisis de cette affaire n'avaient pas eux-mêmes appliqué la loi française »⁸⁸², montrerait « à quelles difficultés pratiques [la théorie du renvoi] peut aboutir »⁸⁸³. Le Tribunal de la Seine se refusa donc à retenir la loi française invoquée par Antonio de Marchi et Elisa de Marchi de Faeria, frère et sœur du défunt, citoyens argentins, et se prononça pour la loi argentine de la nationalité du *de cuius*, et ce en dépit de l'« établissement principal » que celui-ci avait eu en France. Par son arrêt confirmatif, la Cour de Paris admit, quoique – a-t-on observé – « avec une mauvaise grâce évidente » et « à regret »⁸⁸⁴, le « caractère, en principe, obligatoire » du renvoi, tout en « s'attach[ant] aussitôt à en paralyser l'application effective à notre espèce »⁸⁸⁵. La règle de conflit argentine souscrivant au rattachement domiciliaire, la Cour de Paris se tira d'affaire en constatant que le *de cuius*, faute d'y avoir été autorisé, n'avait pas de « domicile » en France selon la notion « légale » française. Or – ainsi qu'un commentateur le ressent parfaitement – c'est en substance « violer la règle du renvoi » que de « ne pas se contenter du domicile de fait » que requiert la loi argentine⁸⁸⁶, sieur de Marchi dalla Costa « a[yant] passé presque

⁸⁸¹ Il s'agit à coup sûr de Trib. Buenos Aires, 27 juill. 1911, *La Prensa*, 29 juill. 1911, rapporté par *Clunet*, 1913, p. 901. Le litige opposait Doña Magdalena Hertould de Beaufort, « veuve de Don Carlos de Marchi », à Antonio de Marchi et Elisa de Marchi de Faeria, et avait pour objet la transmission des meubles sis en Argentine. Le juge argentin, un docteur Lagos, ne s'attarde pas sur la détermination du domicile du *de cuius* tout en laissant entendre que celui-ci se trouvait en France, tant il est vrai qu'il souhaite briser la « fiction qui considérerait les meubles comme situés dans le domicile de son ex-possesseur, ce qui, au point de la vérité rigoureuse, est contraire à la réalité des choses ». Le tribunal argentin avait donc appliqué le droit argentin en refusant le renvoi (J. P., note sous Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, p. 1234). Saisi à son tour, le Tribunal de la Seine, par jugement du 17 avr. 1912 (*Clunet*, 1913, p. 175, note J. Perroud, *Gaz. trib.*, 29, 30 mars, 4 et 20 avril 1912, avec l'analyse des débats, confirmé par Paris, 18 mars 1913, cité par Paris 12 avr. 1929), avait affirmé sa compétence au motif que l'art. 3283 du Code civil argentin désignait « le droit local du domicile que le défunt avait au jour de sa mort, que ses héritiers soient nationaux ou étrangers » (É. Potu, *La question du renvoi*, p. 64 : « peu importe la nationalité des intéressés ou la situation individuelle des biens », la « plus grosse part de la succession » étant située en Argentine).

⁸⁸² G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, p. 80.

⁸⁸³ « [A]ttendu que les décisions préappelées des tribunaux argentins montrent tout d'abord avec quelle réserve il faudrait... accepter [la théorie du renvoi], et à quelles difficultés pratiques elle peut aboutir » : Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, p. 1233.

⁸⁸⁴ J. Donnedieu de Vabres, « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », p. 169.

⁸⁸⁵ *Ibidem* (la mise en italique est de nous).

⁸⁸⁶ J.-P. Niboyet, note sous Paris, 12 avr. 1929, p. 130. On ajoutera qu'il s'agit là d'un paradoxe logique assez flagrant car en substance, d'après un tel raisonnement, la France n'accepte le renvoi du droit étranger du domicile d'origine à la loi française que lorsque le domicile, d'après la notion française, se trouve en France, ce qui est exclu par hypothèse. En ce sens, v. J. Donnedieu de Vabres, « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », p. 179 : « Cette solution aboutit à éliminer dans tous les cas de successions mobilières le phénomène du renvoi ». Rapp. J.-P. Niboyet, note précitée, p. 129 : « constatons, par conséquent – dit-il – que si la Cour de Paris n'a pas osé rejeter en droit le renvoi, elle lui enlèverait toute portée pratique si l'art. 13, C. civ., existait encore ». Et l'auteur de rappeler sa position à l'époque hostile au renvoi : « On ne pourrait donc que se féliciter de cette condamnation de biais ».

toute sa vie en France »⁸⁸⁷ en y menant une existence mondaine « appropriée à sa condition » et n'ayant fait retour en Argentine que lorsque les affaires l'y avaient appelé⁸⁸⁸. Tout en laissant entendre que c'est à la loi étrangère qu'il fallait emprunter la notion de domicile du renvoi⁸⁸⁹, la Cour suprême donna à croire que c'était bien ce qu'avait entendu faire la Cour de Paris : le raisonnement de celle-ci se réduisait de la sorte à une interprétation de la règle de conflit étrangère échappant à son contrôle⁸⁹⁰. Par l'habile camouflage d'une mé-

⁸⁸⁷ Du moins à en croire à Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, p. 1233.

⁸⁸⁸ Trib. civ. Seine, 17 avr. 1912, p. 177-178.

⁸⁸⁹ En ce sens H. Batiffol, note sous l'arrêt *de Marchi della Costa*, p. 474 : « L'arrêt rapporté décide d'autre part, implicitement mais nécessairement, que la notion du domicile est déterminée en l'espèce par la loi argentine ». V. déjà Trib. civ. Grasse, 3 mai 1926, p. 1022, pour qui « il faut rechercher ce que la loi qui prononce le renvoi entend par domicile ». Rappr. G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, p. 80.

⁸⁹⁰ La Cour suprême fait dire à la Cour de Paris ce que celle-ci n'a pas expressément dit et, très probablement, n'a pas voulu dire du tout. Voici ce que dit la Cour suprême : « Attendu qu'en décidant ainsi, les juges du fond se sont manifestement appropriés le système... selon lequel le... domicile... était, *aux yeux du législateur argentin*, le domicile acquis par son national dans un autre pays, avec les formalités et dans les conditions requises par les autorités de cet autre pays » (c'est nous qui soulignons). Et voici ce qu'avait dit la Cour de Paris : « Considérant... que la loi applicable à la transmission héréditaire des biens qui formaient la succession de Carlos de Marchi della Costa serait donc en principe la loi française, mais à condition que celui-ci ait eu en France, au moment de sa mort, un domicile suffisant ; or, considérant que le domicile qui pouvait seul mettre obstacle à l'application de la loi nationale du *de cuius* devait, du moins jusqu'à l'intervention de la loi du 10 août 1927 qui a supprimé l'admission à domicile par décret, s'entendre exclusivement du domicile autorisé par le gouvernement ; qu'une résidence habituelle, quelque prolongée qu'elle fût, demeurerait inopérante en la matière ; que Carlos de Marchi della Costa n'avait pas obtenu du gouvernement français l'autorisation d'établir son domicile en France ». On ne retrouve pas trace, on le voit, de l'intérêt que la Cour de Paris aurait porté à l'interprétation que donnent du domicile figurant à l'art. 3283 du Code civil argentin le législateur ou les juges de ce pays ; cela est d'autant plus manifeste que lorsque c'est du point de vue de l'ordre juridique argentin qu'elle se place, la Cour de Paris n'hésite pas à le déclarer, ainsi qu'elle le fait peu après : « considérant que les documents mis aux débats établissent qu'*aux yeux de la loi argentine*, telle qu'elle a été interprétée par les tribunaux argentins, Carlos de Marchi della Costa avait conservé la nationalité argentine » (c'est nous qui soulignons). L'observation que la Cour de Paris s'est désintéressée de la notion argentine du domicile se retrouve chez les commentateurs de l'arrêt d'appel. Ainsi, d'après J.-P. Niboyet, note sous Paris, 12 avr. 1929, p. 130 : « ne pas se contenter du domicile de fait, c'est violer la règle de renvoi qu'on déclare pourtant accepter » ; or « ne pas se contenter du domicile de fait » parce que la règle de conflit étrangère impose de ne pas se contenter de celui-ci et de tenir pour décisif un autre type de domicile que la règle de conflit étrangère impose de chercher et de tenir pour décisif, loin de représenter une violation de la « règle du renvoi », en constitue sa plus fidèle application. De même, pour G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, p. 80, « [l]a Cour estima que seule la loi française pouvait déterminer le domicile en question, car le domicile est une question d'ordre public et nul ne peut être domicilié en France sans le consentement de la loi française » ; v. ég. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 247, note 6 (« c'est la Cour de cassation qui a prêté ce raisonnement à la Cour de Paris »). On a vu plus haut (*supra*, note 881) que le Tribunal de Buenos Aires, dans sa décision du 29 juill. 1911, avait laissé entendre que le *de cuius* était, du point de vue de l'ordre juridique argentin, effectivement domicilié en France, encore qu'il n'ait pas approfondi la question, et, en tout cas, qu'il ait en tout état de cause déclaré applicable la loi argentine. En somme, il est probable que ni la Cour de Paris, ni la Cour de cassation ne se soient réellement souciées du type de domicile que vise l'art. 3283 du Code civil argentin, souhaitant s'en tenir à la loi argentine, désignée par la règle française, que les juges argentins avaient eux-mêmes déjà déclarée applicable vingt ans auparavant (cf. G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, p. 80).

prise, peut-être délibérée, des juges d'appel⁸⁹¹, la Chambre civile put immuniser leur décision confirmative contre sa propre censure⁸⁹² en les approuvant tacitement d'avoir abouti, dans le cas d'espèce, à une « condamnation de biais » du renvoi⁸⁹³, à son « élimination en fait »⁸⁹⁴.

Comme annoncé, une série d'affaires nous transporte maintenant dans le milieu colonial.

§ 2. Renvoi provoqué par la succession aux meubles et aux immeubles

252. Règles de conflit en vigueur dans le Protectorat français. À partir de 1881, date de la création du Protectorat français de Tunisie, le régime des capitulations avait été progressivement supprimé et les tribunaux français avaient remplacé les tribunaux mixtes ; dans les relations avec la Grande Bretagne – l'autre pays le plus souvent engagé dans ces conflits de renvoi de source coloniale –, cela s'est opéré dès 1884. Cependant, la règle de conflit locale y avait été maintenue : d'après « d'anciens usages », recueillis par l'article 2 de la loi sur la propriété foncière du 12 juillet 1885, « les successions [étaient] régies en Tunisie, même en ce qui concerne les biens immobiliers, par la loi nationale du défunt »⁸⁹⁵.

Dans trois affaires, le conflit de renvoi est tranché en faveur de la loi du for. S'y affrontent la loi matérielle en vigueur dans le Protectorat – la loi mosaïque applicable *ratione personarum* ou, selon les cas, la loi française –, et la loi britannique de la nationalité du *de cuius*. La règle de conflit britannique étant double – domicile pour les meubles, loi de situation pour les immeubles – ce conflit de renvoi est lui aussi *double*, car il frappe à la fois les meubles et les immeubles, le domicile et le lieu de l'ensemble de ces derniers pointant vers le for (A). Dans la quatrième espèce, le conflit met aux prises la loi en vigueur dans le Protectorat au titre de loi du domicile et la loi suisse en sa qualité de loi nationale du *de cuius* et c'est en faveur de cette dernière qu'il est résolu (B).

⁸⁹¹ Pour G. Levasseur, *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, p. 80, « si on laisse de côté l'arrêt [de Marchi, que l'auteur avait qualifié de « contraire à toute la jurisprudence antérieure » : p. 79], la solution plus ou moins explicite donnée par la jurisprudence est nette et homogène : *c'est à la loi qui prononce le renvoi à la loi du domicile, et à elle seule, de définir ce qu'elle entend par domicile* » (italique de l'auteur).

⁸⁹² Au prétexte que « l'interprétation d'une loi étrangère par les juges français échappe au contrôle de la Cour de Cassation », principe pouvant se réclamer d'une jurisprudence bien établie : Cass. (Req.), 12 févr. 1895, *Lenthé*, S. 1896.1.401, note A. Pillet.

⁸⁹³ L'expression est de J.-P. Niboyet, note sous Paris, 12 avr. 1929, p. 129.

⁸⁹⁴ En ce sens Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 247, note 6.

⁸⁹⁵ E. Audinet, note sous Cass. (Req.), 7 nov. 1933, *Ben Attar*, S. 1934.1.322 et Trib. civ. Tunis, 27 juin 1900, *Clunet*, 1902, p. 360.

A – Décisions ayant appliqué la loi du for

253. Affaires Ben Attar et Cohen. C'est au jugement du Tribunal civil de Tunis prononcé le 27 juin 1900 qu'il revint de clore le premier volet de la saga judiciaire impliquant la famille Ben Attar⁸⁹⁶. Rebbe Ben Attar, israélite indigène de Tunisie⁸⁹⁷, fils d'un Britannique originaire de Gibraltar et lui-même sujet britannique *iure sanguinis*, était décédé en 1888 en Tunisie où sa famille était depuis longtemps installée⁸⁹⁸. Sa fortune se « compos[ait] de biens meubles et immeubles situés en Tunisie ». Fille du *de cujus*, Semha Ben Attar avait assigné ses frères – l'une et les autres résidant en Tunisie – pour faire ordonner le partage sur le fondement du droit anglais en vigueur à Gibraltar, qui lui reconnaissait la qualité de successible, qualité que lui déniait en revanche la loi mosaïque régissant en Tunisie la communauté israélite. Le même tribunal qui, quelques jours auparavant, dans une espèce perçue comme « identique »⁸⁹⁹, en était resté à la loi étrangère, n'hésita pas à soumettre cette fois-ci l'intégralité des richesses litigieuses à la loi du for et spécialement mosaïque en acceptant ainsi le renvoi fait en faveur de celle-ci par les règles de conflit anglaises⁹⁰⁰.

Le contentieux familial devait se poursuivre trente ans plus tard et mobiliser la Cour suprême. Était ici en cause la succession d'un ancêtre de Rebbe

⁸⁹⁶ Trib. civ. Tunis, 27 juin 1900, p. 360.

⁸⁹⁷ L'expression « israélite indigène » désigne les Israélites « nés en Tunisie » avant le Protectorat, c'est-à-dire avant 1881 ou bien après 1881 de parents établis en Tunisie. Rebbe Ben Attar, dont le tribunal de Tunis nous apprend qu'il était décédé « environ douze ans » avant la décision rapportée, ce qui nous fait remonter à 1888, était vraisemblablement né en Tunisie. Cela correspond d'ailleurs à ce qui se laisse déduire des faits relatés par la Cour d'Alger dans la décision qu'elle devait prononcer quelques trente ans plus tard (12 janv. 1931, *Rev. crit.*, 1931, p. 568) et exposée ci-après, au texte. On y lit qu'un Rebbe Abraham Ben Attar « originaire de Gibraltar, s'était établi à Tunis *animo manendi* », où il était décédé en 1850 et que Rebbe Abraham « était Anglais *iure soli*, ainsi que son fils aîné Cheloumon, né à Gibraltar, et ses autres fils sont Anglais *iure sanguinis* ». La Cour d'Alger fait observer que la solution consistant à appliquer par renvoi la loi tunisienne « a été consacrée à plusieurs reprises dans des procès antérieurs entre descendants de Rebbe Abraham, notamment par les jugements du Tribunal civil de Tunis du 28 mars 1892 et du 27 juin 1900 », ce dernier étant à l'évidence celui dont il est question ici. Résumons : né à Gibraltar, Rebbe Abraham s'était vraisemblablement installé en Tunisie bien avant 1850, date de son décès ; seul son fils aîné, Cheloumon, était né à Gibraltar ; les autres fils étaient nés en Tunisie. Tout porte à croire que Rebbe Ben Attar était un descendant de Rebbe Abraham. Si cela est exact, il faut conclure que la famille Ben Attar qui se disputa la fortune de Rebbe et ensuite de son ascendant Rebbe Abraham et du fils de celui-ci Cheloumon, et cela jusque devant la Cour de cassation (Req., 7 nov. 1933, *Ben Attar*, *Rev. crit. dr. int.*, 1934, p. 440), s'était installée en Tunisie depuis au moins un siècle (cf. E. Audinet, note sous l'arrêt *Ben Attar*, *D.P.* 1933.1.321) en quittant Gibraltar, territoire avec lequel elle ne possédait plus d'attaches significatives mais dont les trois titulaires successifs du patrimoine litigieux tenaient encore la nationalité britannique.

⁸⁹⁸ V. note précédente.

⁸⁹⁹ É. Potu, *La question du renvoi*, p. 39 : « à quelques jours d'intervalle, le tribunal de Tunis eut à se prononcer dans deux affaires identiques, impliquant une question de renvoi ». L'auteur se réfère à l'affaire *Cicéron*, tranchée le 6 juin 1900 et rapportée *infra*, n° 254. Pour cet auteur, « [o]n chercherait vainement une explication de ces solutions opposées rendues à quelques jours d'intervalle » (*ibidem*).

⁹⁰⁰ D'après la loi mosaïque, les filles étaient exclues par les enfants mâles de la succession, en ayant seulement le droit de réclamer la dot qui leur était nécessaire pour contracter mariage.

Ben Attar, Rebbe Abraham, et du fils de celui-ci, Cheloumon, l'un et l'autre sujets britanniques du fait de leur naissance à Gibraltar. À leur décès survenu en 1850 en Tunisie, où Rebbe Abraham était installé depuis de longues années⁹⁰¹ et où se trouvait la totalité des forces héréditaires, mobilières et immobilières⁹⁰², celles-ci avaient été appréhendées « par les autres fils » de Rebbe Abraham « à l'exclusion des filles ». Descendant de l'une d'elles, Joseph Guez sollicitait la protection du droit anglais de la nationalité des défunts qui l'appelaient à la succession. Par arrêt du 7 novembre 1933⁹⁰³, la Chambre des requêtes approuve la Cour d'Alger d'avoir là encore, par l'effet du renvoi, statué en faveur des coutumes mosaïques ayant cours en Tunisie⁹⁰⁴. La Cour d'Alger avait pour sa part considéré que l'application de la loi tunisienne, sanctionnée au demeurant dans des « procès antérieurs » et répondant à la « situation de fait », était plus « conforme... aux traditions de race et de famille » et aux attentes de celle-ci, y compris des ascendants de ceux qui maintenant la contestaient, lesquels s'étaient en effet « tout naturellement conformés [aux traditions mosaïques] dans la dévolution de la succession de leurs auteurs »⁹⁰⁵.

L'espèce sur laquelle avait eu à statuer le Tribunal civil de Tunis par jugement du 2 avril 1924 confirmé par la Cour d'Alger le 12 mai 1926⁹⁰⁶ n'est au fond pas bien différente. Israélite indigène de Tunisie, Abraham Cohen possédait lui aussi la nationalité britannique. Son père, David Cohen, avait « pass[é] toute sa vie entre Djerba et la ville de Zarzis près de Djerba » mais cela n'avait pas suffi, à défaut de preuve de sa naissance en Tunisie, à faire acquérir la nationalité française à son fils Abraham. Toujours est-il que ce dernier « était né [en 1870] à Djerba, Régence de Tunis ; qu'il a, sa vie durant, habité dans la Régence [sans jamais quitter le sol de la Tunisie] ; qu'il s'y est marié ; qu'il y a exercé la profession d'agent de contentieux ou d'avocat ; qu'il y est décédé [en 1922]⁹⁰⁷ ». Les prétentions avancées par les frères – Meyer, Haim, Isaac et Khamous Cohen – se heurtaient à celles de l'épouse, Regina Sciamama, et d'une sœur, Maïma. Toutes les parties au litige avaient leur domicile en Tunisie, comme l'avait laissé entendre le Tribunal de Tunis : d'après celui-ci, en effet, « une telle acceptation [du renvoi...] ne peut avoir d'autre conséquence que de

⁹⁰¹ V. *supra*, note 897.

⁹⁰² Cf. J.-P. Niboyet, note sous Cass. (Req.), 7 nov. 1933, *Ben Attar, Rev. dr. int. pr.*, 1934, p. 442 (« Il ne restait donc plus qu'à consulter les lois du domicile pour les meubles et de la situation pour les immeubles, tou[s] en Tunisie »).

⁹⁰³ Cass. (Req.), 7 nov. 1933, *Ben Attar, Rev. dr. int. pr.*, 1934, p. 440, note J.-P. Niboyet ; S. 1934.1.321, note E. Audinet ; *Clunet*, 1935, p. 88, note J. P., rejetant le pourvoi formé contre Alger, 12 janv. 1931, *Rev. dr. int. pr.*, 1931, p. 568.

⁹⁰⁴ En vertu, pour J.-P. Niboyet, note sous Cass. (Req.), 7 nov. 1933, p. 442, d'un renvoi « interprovincial ou intercolonial » ; l'arrêt de la Chambre des Requêtes évoque en effet la loi « tunisienne ».

⁹⁰⁵ Alger, 12 janv. 1931, *Rev. dr. int. pr.*, 1931, p. 569.

⁹⁰⁶ Alger, 12 mai 1926, *Rev. dr. int. pr.*, 1928, p. 669 (où est reproduite la consultation de M^e H.-E. Barrault) ; *D.P.* 1933.2.101, note P. Chauveau ; sur appel de Trib. civ. Tunis, 2 avr. 1924, *Rev. dr. int. pr.*, 1925, p. 401, et la note.

⁹⁰⁷ En ce sens Trib. civ. Tunis, 2 avr. 1924, p. 402.

faire régler par la législation d'un pays les litiges pouvant exister entre individus domiciliés dans ce même pays »⁹⁰⁸. Les juges statuèrent en faveur de la loi française⁹⁰⁹ en vigueur dans la Régence, aussi bien pour les immeubles que pour les meubles, tous situés en Tunisie⁹¹⁰.

B – Décision ayant appliqué la loi étrangère

254. Affaire Cicéron. Quelques semaines avant le premier arrêt *Ben Attar*, le même Tribunal de Tunis, par décision du 6 juin 1900 à laquelle on a déjà fait allusion⁹¹¹, avait statué conformément à la loi suisse de la nationalité de la défunte sans se préoccuper de l'éventuel renvoi tiré de celle-ci à la loi tunisienne du dernier domicile. Marguerite Cicéron avait épousé Maurice Charrett, également ressortissant helvétique originaire du Valais. Leur mariage avait été célébré devant l'agent consulaire de la Confédération à Tunis. Pour ce qui est du régime matrimonial, il « est certain » que les époux avaient « voulu adopter celui qui [était] en vigueur en Suisse dans le canton du Valais »⁹¹². Sur le terrain successoral, la dame Cicéron-Charrett avait, par testament également formé devant le représentant de la Suisse à Tunis, légué tous ses biens à son époux. Il ne semble pas qu'il y eut un dissentiment quelconque entre les parties à l'instance – d'une part, les cinq enfants de la *de cujus* (Théophile et Benjamin Lison, issus d'un premier mariage et Richard, Guillaume et Charles Harris, trois enfants naturels), et, d'autre part, Maurice Charrett en sa qualité de bénéficiaire des dernières volontés de la défunte – au sujet de la vocation de la loi suisse à régir cette demande de liquidation et partage.

§ 3. Renvoi provoqué par la succession aux immeubles

255. Compétence juridictionnelle à l'égard des immeubles étrangers. Si elles débutent plus tardivement, en 1906, les décisions ayant statué sur un conflit de renvoi frappant les immeubles couvrent une période plus importante car la moitié d'entre elles datent des quinze dernières années. Ce chapitre est moins fourni en raison de ce que, pendant longtemps, il a été considéré que « la dévolution successorale des immeubles sis en pays étranger échappe en principe à la loi française et à la connaissance des tribunaux français »⁹¹³ : son incom-

⁹⁰⁸ Trib. civ. Tunis, 2 avr. 1924, p. 403.

⁹⁰⁹ La Cour eut ensuite à trancher le conflit interprovincial – qui ne nous retiendra pas – entre la loi mosaïque et la loi française métropolitaine.

⁹¹⁰ Le Trib. civ. Tunis, 2 avr. 1924, p. 402 nous apprend que les frères du *de cujus* avaient assigné les deux défenderesses pour obtenir l'envoi en possession de la succession litigieuse.

⁹¹¹ Trib. civ. Tunis, 6 juin 1900, *Clunet*, 1902, p. 358.

⁹¹² Trib. civ. Tunis, 6 juin 1900, p. 360.

⁹¹³ Cass. (civ.), 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé*, *Rev. dr. int. pr.*, 1934, p. 166, note J.-P. Niboyet, *S.* 1934.337, même note, *D.P.* 1934.1.1333, note E. Silz, *Clunet*, 1934, p. 862 ; Cass. (1^e Ch. civ.), 24

pétence de « principe » une fois constatée, « le juge français n'[a] plus à se prononcer sur la loi applicable ni donc sur un éventuel renvoi »⁹¹⁴. Mais au fil du temps, le bien-fondé du « principe » et la nécessité de son respect ont pu être remis en question précisément dans les affaires où la loi étrangère du *situs* se montrait prête à renoncer à s'imposer en renvoyant à la loi française. La compétence des juges français dans ces affaires a pu cependant, jusqu'à une époque récente, se justifier également par l'accord des parties⁹¹⁵ ou bien par la constatation que l'acte juridictionnel français n'allait pas requérir d'actes d'exécution étrangers au pays du *situs* : il en allait ainsi soit parce que la question de la loi applicable à l'immeuble se posait comme préalable à une action principale dont le juge français avait été régulièrement saisi⁹¹⁶, soit parce qu'il s'agissait de déterminer la valeur de la masse héréditaire à prendre pour base de calcul du montant de la quotité disponible, le maintien ou la réduction des libéralités litigieuses pouvant se réaliser sur les biens français⁹¹⁷, soit enfin parce qu'il fallait établir en quelle mesure une donation déguisée concernant l'immeuble étranger devait être rapportée, le rapport devant s'exécuter en valeur et pouvant dès lors s'opérer ici de nouveau sur des biens situés en France⁹¹⁸. Mais les formules utilisées par la Cour suprême étaient devenues à ce point générales qu'elles laissaient présager la mise à l'écart systématique du principe de l'incompétence à l'égard de l'immeuble étranger dans l'ensemble des cas où la loi du *situs* désigne la loi française. Annoncé il y a quelques années à l'occasion de l'affaire *Wildenstein* où la compétence française reposait sur le domicile du *de cujus*⁹¹⁹, ce contre-principe est posé sans ambiguïté dans le récent arrêt *Tassel*⁹²⁰ : la Cour régulatrice y affirme en effet une telle compétence pour « connaître des opérations de liquidation et partage » relatives à l'immeuble étranger dans une espèce où le domicile du *de cujus* se trouvait dans le pays du *situs* étranger, une telle compétence ne pouvait être fondée que sur la situation d'un immeuble français et la nationalité des parties ou de certaines d'entre elles.

Les huit affaires qui nous retiendront concernent toutes la succession d'un *de cujus* français qui avait laissé au moins un immeuble dans un pays dont la règle de conflit désignait pour le régir la loi française au titre soit de loi *nationale* (Italie, Espagne, Allemagne), soit de loi du *domicile* (Suisse). Dans cinq d'entre elles, le conflit de renvoi n'intéresse que l'immeuble puisque le *de cujus*,

nov. 1953, *Consorts Besson*, *Rev. crit.*, 1955, p. 698, note E. Mezger ; Cass. (1^e Ch. civ.), 7 janv. 1982, *Le Van Chau*, *Rev. crit.*, 1983, p. 87, note B. Ancel.

⁹¹⁴ B. Ancel, note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit.*, 2000, p. 402.

⁹¹⁵ Aix, 19 juill. 1906, *Raineri*, *Rev. dr. int. pr.*, 1908, p. 805.

⁹¹⁶ Trib. d'instance de Lille (juges des tutelles), 28 mars 1980, *Rev. crit.*, 1981, p. 289.

⁹¹⁷ Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit.*, 2000, p. 399.

⁹¹⁸ Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, *Rev. crit.*, 2009, p. 512.

⁹¹⁹ Cass. (1^e Ch. civ.), 20 juin 2006, *Wildenstein*, *Rev. crit.*, 2007, p. 383.

⁹²⁰ Cass. (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, *Rev. crit.*, 2011, p. 53.

outre la nationalité française, avait également son domicile en France ; dans les trois autres, il englobe également les meubles car le défunt, bien que français, avait son domicile à l'étranger et notamment dans le pays dans lequel se situe le bien objet du volet immobilier du renvoi et c'est alors d'un double conflit de règles de conflit dont il s'agit. Les décisions qui se prononcent en faveur de la loi française dominant (six sur huit⁹²¹) (B) mais, avant de les exposer, il convient de rendre compte de deux affaires franco-allemandes et notamment franco-alsaciennes dans lesquelles la loi étrangère a emporté les préférences des tribunaux (A).

A – Décisions ayant appliqué la loi étrangère

256. Deux espèces franco-alsaciennes⁹²². Dans la première se débattait le sort des biens mobiliers et immobiliers – se trouvant en partie en France et en partie dans l'Alsace annexée à l'Allemagne – laissés par le mineur Jean Ricklin, citoyen français *iure sanguinis*, son père, Maurice Ricklin, né de parents alsaciens, ayant opté, en 1871, pour la nationalité française. « [N]é en Alsace », le *de cuius* y avait vécu toute sa courte vie, son domicile se trouvant au lieu de celui de sa mère, qui en était la tutrice légale : alsacienne elle aussi, la veuve de Maurice Ricklin, née Lacour, « n'a[vait] fait que de très courts séjours en

⁹²¹ En vérité, l'existence d'une situation de renvoi n'avait été établie devant les premiers juges dans aucune des trois affaires composant la séquence *Ballestrero-Wildenstein-Riley*. Mais le conflit de renvoi existait bel et bien dans chacune d'elles, tiré respectivement, dans l'affaire *Ballestrero*, de la règle de conflit italienne qui soumet l'ensemble de la succession à la loi nationale (article 46 al. 1 de la loi de « réforme » du droit international privé italien du 31 mai 1995), dans l'affaire *Riley*, de la règle de conflit espagnole ayant la même teneur (article 9 § 8 du Titre préliminaire du Code civil de 1974 : v. *infra*, n° 349) et, dans l'affaire *Wildenstein*, à tout le moins de la règle de conflit suisse qui soumet, en principe et sous réserve de nombreuses nuances qui n'intéressent pas notre propos, la succession d'un étranger domicilié à l'étranger à la loi désignée par le droit international privé de l'État du dernier domicile (article 91 al. 1 LDIP). Aussi avons-nous pris la liberté de supposer que les juridictions auxquelles la Cour de cassation a renvoyé l'affaire ont bien rempli les consignes qu'elle leur a imparties, c'est-à-dire qu'elles ont bel et bien établi la teneur des règles de conflit de l'État étranger de situation et, prenant acte du conflit des règles de conflit, l'ont tranché au profit de la loi française.

⁹²² Il y a lieu d'apporter quelques précisions sur la nature singulière de ces conflits de renvoi. La première décision a été rendue par un tribunal siégeant dans un territoire qui n'a jamais été annexé à l'Allemagne : le Territoire de Belfort. Autant dire que le *for* est ici sans doute français à tout moment pertinent : il l'est à la fois au moment de la décision, au moment de l'engagement de l'instance et au moment des faits et notamment de l'ouverture de la succession (1912). Aussi bien, la loi du *for* est ici la loi française et la règle de conflit du *for* est ici la règle de conflit française. La loi allemande en vigueur dans l'Alsace annexée au moment des faits – y compris la règle de conflit allemande tirée de l'*EGBGB* – est « étrangère » aux yeux de ce *for*, dans le territoire duquel elle n'a jamais régné. La seconde décision a été prononcée par un tribunal – la Cour de Colmar – siégeant dans une partie du territoire qui avait été annexée à l'Allemagne à l'époque de l'ouverture de la succession (1904), mais qui avait été restituée à la France au moment de la décision (v. *infra*, note 924) et peut-être déjà au moment de l'engagement de l'instance, quoique ce point soit demeuré incertain. Il s'ensuit que le *for* se trouve en France si l'on se réfère au moment de la décision, tandis qu'il se trouve en Allemagne si l'on se réfère à l'époque des faits. La loi du *for* est la loi française si l'on adopte la première perspective et la loi allemande si l'on adopte la seconde perspective, mais le conflit de renvoi n'en existe pas moins dans les deux cas.

France où elle n'a[va]it jamais été domiciliée », la « succession de Jean Ricklin s'étant incontestablement ouverte à Massevaux », en Alsace. Par un jugement du 27 mai 1921, le tribunal civil de Belfort appliqua sans hésitation la loi française aux immeubles sis en France en vertu de la règle de conflit française : la grand-mère paternelle – une Marie-Joséphine Ricklin née Heimberger, française d'origine alsacienne – put recueillir la moitié de ces biens, l'autre moitié revenant à la mère du défunt⁹²³. S'agissant de la loi applicable aux meubles et aux immeubles localisés dans les provinces germanisées, il fallait, pour la déterminer, résoudre un double conflit de renvoi franco-allemand : la loi française y participait au titre de loi nationale du *de cuius*, déclarée applicable par l'article 25 EGBGB en vigueur en Alsace⁹²⁴ ; désignée par la double règle de conflit française du for, la loi allemande y participait en sa qualité de *lex rei sitae* (pour les immeubles) et de loi du dernier domicile du *de cuius* (pour les meubles)⁹²⁵. « Par suite de l'application de la loi allemande tant aux immeubles situés en Alsace qu'aux meubles en raison du domicile de Jean Ricklin », l'ensemble de ces biens fut attribué à la mère et la grand-mère paternelle en fut exclue.

La deuxième affaire est tout à fait semblable. Eugénie-Louise Jacquot, épouse Simon, ressortissante française domiciliée en Alsace où elle avait, semble-t-il, toujours habité, était décédée en 1904, laissant un patrimoine composé essentiellement de divers immeubles, tous situés en Alsace⁹²⁶. Son époux avait obtenu des autorités allemandes un certificat d'héritier lui accordant la pleine

⁹²³ Trib. civ. Belfort, 27 mai 1921, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1921, p. 37, note J.-P. Niboyet. Le Tribunal de Belfort avait été « choisi de commun accord entre les parties, bien que n'étant pas celui du lieu où la succession s'est ouverte » (*ibidem*, p. 41).

⁹²⁴ Et toujours applicable au moment de la décision : v. Trib. civ. Belfort, 27 mai 1921, p. 41. Si, depuis le 11 novembre 1918, l'Alsace et la Lorraine étaient redevenues françaises, le législateur français, par une loi de 1919, y avait – jusqu'à la « loi civile d'introduction » du 1^{er} juin 1924 – maintenu en vigueur les lois allemandes. Il en était résulté des conflits de lois « interprovinciaux ». La solution de ces conflits n'a été législativement fixée que par la loi du 24 juillet 1921, postérieure donc à la date du jugement ici commenté et sans pertinence en l'affaire, le conflit de lois présentant, au moment de l'ouverture de la succession, en 1912, et aussi au temps de la saisine du tribunal, qui avait eu lieu « apparemment avant la guerre », un caractère *international* et devant dès lors être tranché – comme l'a fait le Tribunal de Belfort – d'après les principes de droit international privé français (en ce sens la note de J.-P. Niboyet, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1921, p. 45) : le « for » se trouvait ici, en effet, à tout moment pertinent, en France, la ville de Belfort étant demeurée française (v. *supra*, note 922). Sur la question, controversée et différemment résolue par la jurisprudence, de savoir si la loi du 24 juillet 1921 avait un caractère interprétatif, avec portée rétroactive (mais pas au-delà du 11 novembre 1918), ou modificatif, v. H. Degand, note sous Trib. cant. Rosheim, 23 avr. 1927, et Trib. civ. de Saverne, 4 mai 1927, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1927, p. 477 et les jugements cités.

⁹²⁵ Et J.-P. Niboyet de commenter : « [le tribunal] s'est ainsi rangé du côté des adversaires du renvoi » (note sous Trib. civ. Belfort, 27 mai 1921, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1921, p. 46).

⁹²⁶ L'arrêt (Colmar, 13 mai 1938, *Clunet*, 1939, p. 115) rapporte que « Simon avait conservé son domicile de droit à Blamont (France), mais que les époux résidaient en fait à Heming (Allemagne) où la dame Simon possédait des biens immobiliers » (*ibidem*, p. 116). Dans la note anonyme parue au *Clunet*, il est question d'« immeubles sis en Alsace-Lorraine... et dépendant de la succession d'un Français domicilié également en Alsace-Lorraine » (*ibidem*, p. 121 ; l'italique est de nous).

propriété de la moitié de la masse à partager conformément au droit allemand et, par la suite disparu lui aussi, son héritier à lui revendiquait justement la propriété de la moitié des immeubles alsaciens. Sa prétention se heurtait à celles qu’avançaient les consorts Thomas-Rouyer, neveux de la *de cujus* et se disant de ce fait ses « héritiers naturels » : tous français originaires d’Alsace, à l’exception d’une dame Bickel, qui était allemande, ils se réclamaient de la loi française, compétente selon eux du fait du renvoi tiré de l’article 25 EGBGB, laquelle réduisait la vocation concurrente de l’époux survivant à un simple droit d’usufruit. Par arrêt du 13 mai 1938, la Cour de Colmar décide que, dès lors que la règle de conflit allemande se réfère en retour à la loi française et que l’article 27 EGBGB retient en cas de renvoi la loi allemande, c’est cette dernière en sa qualité de *lex rei sitae* qui « doit avoir le dernier mot », à défaut de quoi « le renvoi aboutirait à un jeu de raquettes perpétuel »⁹²⁷.

Penchons-nous à présent sur les conflits de renvoi que la loi française a dominés.

B – Décisions ayant appliqué la loi française

257. Deux jugements de fond : Raineri et Vandeville. Joseph-Louis-Amédée Raineri, citoyen français domicilié et décédé *intestat* en France, avait laissé plusieurs biens « parmi lesquels se trouv[ait] un immeuble situé à Gênes ». En l’absence de descendants et de conjoint survivant, cet objet était convoité par la mère du *de cujus*, la veuve Raineri, d’une part, et par les consorts Bourillon et Bisso, des collatéraux de ligne paternelle, d’autre part, l’une et les autres ayant semble-t-il leur résidence en France⁹²⁸. Sa compétence en vertu du « lieu d’ouverture de la succession n’[ayant pas été] contestée », le tribunal civil de Marseille, par jugement du 19 juillet 1905 confirmé en appel par la Cour d’Aix le 19 juillet 1906⁹²⁹, retint la vocation de la loi française pour trancher le « conflit »⁹³⁰ opposant la règle tirée de l’article 3 § 2 du Code civil désignant la *lex rei sitae* italienne et l’article 8 des dispositions préliminaires du Code italien désignant la loi française de la nationalité. L’explication que livrent les magistrats aixois de la préférence ainsi donnée à la loi française procède semble-t-il de la même

⁹²⁷ Colmar, 13 mai 1938, *Clunet*, 1939, p. 115, et la note, *Rev. jur. d’Alsace-Lorraine*, 1938, p. 528, *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1939, p. 226, note E. Mezger.

⁹²⁸ Les consorts Bourillon et Bisso avaient demandé au Tribunal de charger le consul de France à Gênes d’effectuer une expertise préalable « pour connaître si la maison de Gênes est ou non partageable en nature ». Le Consul avait en effet « les pouvoirs les plus étendus pour faire tous actes conservatoires dans l’intérêt des héritiers lorsque ceux-ci *ne sont ni présents ni représentés par un exécuteur testamentaire* après le décès d’un de leur nationaux dans le pays auprès duquel ils sont accrédités » (Trib. civ. Marseille, 19 juill. 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1908, p. 807 ; c’est nous qui soulignons).

⁹²⁹ Aix, 19 juill. 1906, confirmatif de Trib. civ. Marseille, 19 juill. 1905, *Clunet*, 1907, p. 152, *Rev. dr. int. pr.*, 1908, p. 805, *S.* 1908.2.293 ; pour un compte rendu contemporain, v. L. D’Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, p. 298.

⁹³⁰ En ce sens Trib. civ. Marseille, 19 juill. 1905, p. 806.

intuition qui allait, quatre ans plus tard, inspirer la jurisprudence *Kilford-Korner* et *Soulié* : si les juridictions françaises soumettent les immeubles étrangers à la loi de leur situation, « ce n'est pas – enseignent-ils – en vertu d'une disposition légale impérative, c'est par la nécessité logique de la réciprocité », si bien que la souveraineté étrangère « est parfaitement maîtresse de répudier cette réciprocité », auquel cas l'« application de la loi française... paraît... le seul moyen rationnel de résoudre un conflit qui serait sans issue ».

Quelques quatre-vingt ans plus tard, le juge des tutelles de Lille devait lui aussi être placé devant une situation de renvoi immobilier⁹³¹. Les questions touchant à la succession étaient ici préalables à l'octroi des autorisations que rendait nécessaires son ouverture. Français domicilié en France⁹³², Jacques Vandeville avait laissé à sa survivance, d'une part, trois enfants mineurs, « français, ayant toujours été domiciliés en France »⁹³³ – Stéphane, François, Sébastien –, nés de son second mariage avec Jacqueline Popieul, française, dissous par divorce prononcé par le Tribunal de grande instance de Lille, et, d'autre part, un enfant majeur, Marc Vandeville, issu de son premier mariage – dissous par le même tribunal – avec une dame Jacqueline Versée, qui en était la curatrice. Les forces héréditaires, mobilières et immobilières, se situaient en France, à l'exception d'un appartement en Belgique et de la nue-propriété d'un logement en Espagne. Profitant de sa qualité d'administratrice légale des trois mineurs, la dame Popieul avait demandé l'autorisation d'accepter la succession, y compris les immeubles étrangers, et de vendre l'immeuble belge. Estimant que pour y donner suite, il fallait déterminer la loi régissant la dévolution héréditaire, les juges lillois se prononcèrent en faveur de la loi française à l'égard tout autant des biens français que de l'immeuble espagnol, et ce par l'effet du renvoi de l'article 9-8 du Code civil espagnol qui « adopte le principe de l'unité » en faveur de la loi nationale, « française en l'espèce »⁹³⁴.

Si l'avantage de la réduction des masses successorales qu'ouvrait la soumission de l'immeuble espagnol à la loi française a été relevé⁹³⁵, cet avantage est plus visible encore, parce que plus entier, dans l'affaire *Ballestrero*, la première à être remontée jusqu'à la Cour suprême⁹³⁶.

⁹³¹ Trib. inst. Lille, 28 mars 1980, *Rev. crit.*, 1981, p. 289, note Y. Lequette.

⁹³² Et ayant toujours été domicilié en France : il était né à Lille, mort à Lille, avait eu à Lille une maison à usage de commerce et d'habitation et ses quatre enfants étaient nés à Lille.

⁹³³ Circonstance sur laquelle le tribunal de Lille prend appui pour conclure qu'il est « seul compétent pour donner les autorisations requises » (Trib. inst. Lille, 28 mars 1980, p. 292).

⁹³⁴ Trib. inst. Lille, 28 mars 1980, p. 290.

⁹³⁵ Y. Lequette, note sous Trib. inst. Lille, 28 mars 1980, p. 293-294. V. ég. F. Boulanger, *Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, Paris, 1964, p. 189.

⁹³⁶ B. Ancel, note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 mars 2000, p. 404 : « le renvoi au premier degré... travaille ainsi à réunir les immeubles étrangers à la masse successorale composée des meubles et des immeubles du for et il représente une étape dans la reconquête de l'unité de la succession ».

258. Renvoi immobilier devant la Cour suprême : Ballestrero, Wildenstein et Riley. Citoyen français domicilié en France, Arnaldo Ballestrero avait légué ses biens meubles et immeubles situés en France à une poignée de légataires et notamment son épouse en secondes noces, Ginette Moussard, ses deux enfants nés d'un premier mariage, Yves Ballestrero et Ginette Bourriot, et de tierces personnes répondant aux noms de Sauvage, Mattuizi, Giarretta et Prestat. Le patrimoine dont le *de cujus* était titulaire comportait également des propriétés en Italie qui avaient été vite liquidées après son décès. L'épouse et les descendants controversaient maintenant sur l'imputation de leur valeur à la masse constituant la base de calcul de la quotité disponible : si, comme le soutenait l'épouse, les immeubles transalpins devaient y être inclus, alors la quotité disponible augmentait proportionnellement et mettait la libéralité à l'abri d'une réduction ; si au contraire, comme le réclamaient les héritiers, ils devaient en être exclus, la réserve s'en trouvait atteinte et la libéralité devait être réduite. L'arrêt d'appel avait adopté la première solution en arguant de l'incompétence des juridictions françaises à l'égard des immeubles étrangers. Mais cet arrêt est censuré par celui qu'a rendu la Cour suprême le 21 mars 2000⁹³⁷, qui lui a reproché d'avoir omis d'appliquer « au besoin d'office, la loi italienne de conflit... et donc la loi à laquelle celle-ci faisait renvoi, en l'occurrence la loi nationale du défunt ». Même si l'on ignore la suite, il est permis de supposer que, si le contentieux s'est effectivement poursuivi devant la juridiction à laquelle l'affaire a été renvoyée, la loi française a été finalement tenue par celle-ci pour applicable à la question litigieuse – détermination des montants respectifs de la quotité disponible et de la réserve – et aussi, par voie de conséquence, à l'affectation du prix de la vente des immeubles italiens⁹³⁸.

Également citoyen français domicilié en France encore qu'entretenant des établissements professionnels en d'autres pays et notamment à New York, Daniel Wildenstein⁹³⁹ appartenait à une célèbre dynastie de marchands d'art dont l'initiateur fut son grand-père, Nathan Wildenstein, alsacien qui avait choisi la France lorsque l'Alsace avait été occupée par l'Allemagne. Il s'était marié une première fois avec une Française, Martine Kapferer, qui lui a donné

⁹³⁷ Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 mars 2000, *Rev. crit.*, 2000, p. 399, note B. Ancel ; *D.* 2000.539, note F. Boulanger ; *Gaz. Pal.*, 29 août 2000, note S. Drapier ; *Gaz. Pal.*, 30 oct. 2000, 1, p. 17, note C. Brière ; *Gaz. Pal.*, 2000, n° 275, p. 5, note M.-L. Niboyet ; *JCP G* 2000.II.10443, note Th. Vignal ; *Dr. fam.*, 2000, n° 5, mai 2000, p. 25, note É. Fongaro ; *Droit et Patrimoine*, n° 84, juill.-août 2000, p. 97, note F. Monégier ; *Rev. CRIDON*, Paris 2000, p. 211, obs. G. Khairallah ; *Clunet*, 2001, p. 506, note M. Révillard ; G. Lègier, « Tradition et innovation dans le domaine des successions internationales », *JCP N* 2000, p. 92. Cf. aussi L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, p. 299.

⁹³⁸ La nationalité française du défunt était mentionnée dans les moyens produits en annexe : v. M. Révillard, note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 mars 2000, *Clunet*, 2001, p. 507.

⁹³⁹ Cass. (1^{er} Ch. civ.), 20 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 321, p. 277, sur appel de Paris, 14 avr. 2005, n° 04-24.633, *Rev. crit.*, 2007, p. 383, note B. Ancel ; *Clunet*, 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 2007, p. 1710, note P. Courbe et 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Dr. et patrimoine*, 2006, n° 154, p. 83, obs. M.-E. Ancel.

deux enfants, Guy et Alec Wildenstein, ressortissants français⁹⁴⁰, puis une seconde fois avec Sylvia Roth, américaine. Les époux Wildenstein-Roth, lit-on dans l'arrêt d'appel, ont « toujours demeuré en France, à partir de 1966, tant avant leur mariage, célébré en 1978 à New York, que postérieurement et jusqu'au décès »⁹⁴¹, survenu en 2001. Considérable, la fortune accumulée par Daniel Wildenstein comporte des meubles, parmi lesquels un nombre impressionnant d'« œuvres d'art se trouvant dans différentes banques et galeries réparties dans le monde »⁹⁴², ainsi que des propriétés immobilières, situées tant en France – dont le Château de Marienthal, à Verrières-le-Buisson, ville natale du défunt – qu'en d'autres pays : États-Unis, Suisse, Kenya, Îles Vierges...⁹⁴³ Persuadant les premiers juges que la renonciation à la succession qu'elle avait consentie en contrepartie d'une rente viagère était entachée d'erreur, Mme Roth avait obtenu d'eux qu'ils confient à un notaire la mission d'établir – selon la loi française dont l'application à la succession n'avait pas été discutée en appel⁹⁴⁴ – un « projet de partage tenant compte des biens meubles et immeubles situés tant en France qu'à l'étranger ». En accueillant partiellement le moyen dénonçant la violation de l'incompétence tout autant des juridictions françaises que de la loi française à l'égard des immeubles étrangers, la Cour suprême fait grief aux juges d'appel d'avoir omis d'« appliquer au besoin d'office la règle de conflit donnant compétence en matière de succession immobilière à la loi étrangère du lieu de situation des immeubles et [de] rechercher si cette loi ne renvoyait pas à la loi française du dernier domicile du défunt ». S'agissant des pays indiqués, seule la loi suisse opère un tel renvoi, alors que les États-Unis, les Îles Vierges et le Kenya, suivant le modèle anglais, maintiennent sous l'autorité de leur propre loi les immeubles rattachés à leur territoire. Aussi et bien que de nature à réduire la pluralité des lois applicables, la loi française se révélait en l'occurrence largement impuissante à entraîner l'unité de la loi successorale.

⁹⁴⁰ Voilà ce qu'on lit à propos de M. Guy Wildenstein sur le site de l'*Alumni Association* du Lycée français de New York : « né en 1945 à New York de parents français, Guy Wildenstein possède la double nationalité. Marié et père de quatre enfants, il a fait toutes ses études primaires et secondaires au Lycée Français de New York où il a passé le Baccalauréat avant d'obtenir une Licence ès Lettres et un Diplôme de Maîtrise d'Histoire de l'Art à l'Université de la Sorbonne à Paris. Guy Wildenstein s'est toujours impliqué dans les activités de la communauté française aux États-Unis et plus particulièrement à New York ». M. Guy Wildenstein a reçu en 2009 le grade de commandeur de la Légion d'Honneur. Né à Marseille en 1940 (il n'avait donc vraisemblablement pas la nationalité américaine en sus de la nationalité française qu'il tenait de ses deux parents) et décédé en 2008 à Paris, Alec Wildenstein, lui aussi, comme son frère Guy, collectionneur d'art, tenait de son père la passion pour le sport hippique : l'écurie Wildenstein qu'il dirigeait est l'une des plus célèbres et sa « casaque bleue » a remporté quatre fois le prix de l'Arc de Triomphe et deux fois le Prix d'Amérique.

⁹⁴¹ Paris, 14 avr. 2005, n° 04-24.633.

⁹⁴² Paris, 14 avr. 2005, n° 04-24.633.

⁹⁴³ Ces informations, qui ne figurent pas dans l'arrêt d'appel, sont tirées de la note de H. Gaudemet-Tallon, *Clunet*, 2007, p. 130.

⁹⁴⁴ Alors que la question de la loi applicable au régime matrimonial l'avait été : v. H. Gaudemet-Tallon, *Clunet*, 2007, p. 129.

Sans doute plus propice à cet effet était la dispersion des biens successoraux dont le sort a fait l'objet de l'arrêt *Riley*⁹⁴⁵. Domiciliés en France⁹⁴⁶, les époux Marie-Thérèse Garcia Acuna-Riley et Horace Riley avaient en 1985 réalisé un acte de cession de deux immeubles sis à Majorque au profit de deux de leurs enfants, Charles et Horace Riley. Au lendemain du décès de leurs parents, survenu respectivement en 1989 et en 1991, Charles et Horace avaient été assignés par leur frère Richard devant le tribunal de Pau pour faire établir que sous le couvert d'une vente, c'est bien une donation qu'ils avaient reçue. Convaincus qu'il en était effectivement ainsi, les premiers juges avaient ordonné le rapport à la succession de chacun des donateurs d'un montant correspondant au prix du marché réduit d'un montant équivalent au prix effectif réévalué de la vente. Ils y avaient appliqué la loi française par renvoi de la règle de conflit espagnole « qui adopte le principe de l'unité de la succession, même en matière immobilière, et donne compétence à la loi nationale du défunt de sorte que la loi française est applicable à l'action ». Pareille constatation leur avait d'abord servi pour s'affirmer régulièrement saisi du contentieux successoral « puisque le renvoi effectué par la loi étrangère indique que le Tribunal étranger du lieu de situation de l'immeuble n'entend pas se reconnaître une compétence exclusive ». Par arrêt du 11 février 2009, la Cour casse au motif que les juges d'appel ont omis de « constat[er] que Marie-Thérèse Riley était de nationalité française alors que la loi française n'était compétente, par renvoi de la loi espagnole du lieu de situation des immeubles, que si elle était la loi nationale de la défunte ». Comme dans l'affaire *Wildenstein*, il est donc fait grief aux premiers juges d'avoir appliqué la loi française sans avoir au préalable constaté l'existence d'un conflit de renvoi⁹⁴⁷. Si la Cour décide que, dans la mesure où un conflit de règles de conflit se produit, c'est en faveur de la loi française qu'il doit, dans l'espèce *Wildenstein* comme dans l'espèce *Riley*, être tranché, la décision suscitée par cette dernière semble toutefois aller plus loin car se donnant les allures d'un arrêt de principe, elle énonce une proposition de portée apparemment générale en proclamant qu'« en matière de succession immobilière, le renvoi opéré par la loi de situation de l'immeuble ne peut être

⁹⁴⁵ Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Rev. crit.*, 2009, p. 512, note B. Ancel ; *Clunet*, 2009, p. 567, note H. Péroz ; *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *AJ.*, 562, obs. V. Egéa ; *JCP* 2009.II.10068, note F. Boulanger ; *Actu* 106, obs. E. Cornu ; *AJ fam.*, 2009, p. 356, obs. A. Boiché ; *Droit et patrimoine*, 2009, n° 107, p. 187, note M.-E. Ancel ; *Deffrénois*, 2009, p. 1705, note M.-C. Meyzeaud-Garaud ; *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, comm. 62, note É. Fongaro ; *JCPN* 2009, p. 1196, note A. Gosselin-Gorand ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 94, p. 14, note D. Sindres ; *D.* 2010, 1585, note P. Courbe. V. ég. C. Le Gallou, « L'unité successorale ou l'utilité du renvoi dans les successions immobilières internationales », *RLDC*, 2009, p. 45.

⁹⁴⁶ L'arrêt de cassation indique que la succession de Marie-Thérèse Riley « a été ouverte à Salies de Béarn ».

⁹⁴⁷ Là, c'était la règle de conflit du pays du *situs* à n'avoir pas été établie ; ici, la règle de conflit a été prouvée, mais c'est la localisation en l'espèce du facteur de rattachement qu'elle retient, la nationalité, qui ne l'a pas été car, alors que M. Riley était français, Mme Riley figurait dans l'acte de vente comme ressortissante cubaine.

admis que s'il assure l'unité et l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles ».

L'existence d'un conflit de renvoi franco-espagnol était en revanche acquise dans l'affaire *Tassel*, récemment tranchée par la Cour de cassation⁹⁴⁸. Le domicile du *de cujus* se trouvant cette fois-ci à l'étranger, c'est un double conflit de règles de conflit qu'il lui a fallu arbitrer.

259. Double conflit de renvoi : arrêt *Tassel*. Citoyen français, Claude Tassel avait épousé Jeanne Lacoume, également française, et de leur union était née Véronique Tassel. Si « les époux avaient conservé des liens, ils avaient des vies séparées »⁹⁴⁹. En effet, Mme Lacoume-Tassel et leur fille Véronique étaient domiciliées en France, à Montpellier, siège probable de l'ancien et légitime foyer familial, tandis que le *de cujus* avait déménagé en Espagne : il était recensé par l'administration madrilène comme résidant depuis 1991 à Madrid, où il avait travaillé jusqu'à sa retraite, prise en 1996, en continuant ensuite à y habiter jusqu'à son décès, survenu en 2006. D'une liaison qu'il avait nouée avec une dame Carvalho était née Ana Maria Tassel Carvalho, domiciliée à Madrid. La succession laissée par le défunt se compose d'un immeuble en France, un immeuble en Espagne et « divers meubles et comptes bancaires » dont la situation exacte n'est pas rapportée. L'épouse ayant assigné la fille légitime et la fille naturelle du *de cujus* à fin de liquidation et partage de la succession devant le Tribunal de grande instance de Montpellier, Ana Maria Tassel Carvalho excipe de l'incompétence de celui-ci à l'égard du logement madrilène en soutenant que le renvoi de la loi espagnole à la loi française serait impuissant à justifier l'extension de la compétence juridictionnelle hexagonale lorsque celle-ci ne peut prendre appui que sur la nationalité des parties à l'instance en vertu des articles 14 et 15 et du lieu d'un autre immeuble en France. Les juges d'appel ayant établi « que la loi espagnole applicable aux... opérations [de liquidation et partage] relatives aux meubles et à l'immeuble situés en Espagne renvoyait à la loi française », la Cour les approuve d'avoir affirmé leur compétence pour statuer sur « l'ensemble de la succession », y compris l'appartement espagnol.

Seule la question de la compétence juridictionnelle a fait l'objet de la décision *Tassel*. Aussi n'est-il pas interdit de penser que si le constat de l'existence d'un conflit de renvoi est suffisant pour habiliter le juge français à statuer sur la dévolution de l'immeuble étranger et par là à trancher ce conflit, il ne s'en-

⁹⁴⁸ Cass (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, n° 09-11-901, *JCP*, 5 juill. 2010, p. 748, note E. Cornu, « Le renvoi fonctionnel en matière de succession immobilière internationale. Acte 2 : l'unité du for et du jus », *Defrénois*, 2010, p. 1805, note P. Callé ; *D.* 2010, p. 2955, note L. D'Avout ; *JCP N* 2010, p. 1308, note A. Devers ; *Clunet*, 2010, p. 19, note H. Péroz ; *Rev. crit.*, 2011, p. 53, note B. Ancel, jointe à Cass. (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Ettehadieh* ; v. ég. l'avis de l'avocat général référendaire P. Chevalier, « Successions morcelées et renvoi législatif : une nouvelle occasion de simplification saisie par la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 11-12 août 2010, p. 13.

⁹⁴⁹ Montpellier, 25 nov. 2008, cité dans le moyen annexe produit par Ana Tassel Carvalho, demande-resse en cassation.

suit pas encore qu'il doive forcément le trancher en faveur de la loi française. On s'y arrêtera au cours de l'analyse des résultats qu'il faut désormais aborder.

Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence

260. Décompte. Des vingt-huit décisions inventoriées, vingt se sont montrées favorables à trancher le conflit de renvoi en faveur de la loi française et huit l'ont en revanche résolu au profit de la loi étrangère⁹⁵⁰. Minoritaires mais en nombre appréciable, les huit jugements qui ont refusé le jeu du renvoi intriguent d'autant plus qu'ils ont parfois paru dissidents⁹⁵¹. Attachons-nous d'abord à rechercher si une telle issue « alternée » est compatible avec celle que commande dans de telles espèces la mise en œuvre des facteurs dont nous avons soutenu qu'ils pourraient fournir la substance de la règle de conflit de renvoi de forme bilatérale que préconise la synthèse : le critère de proximité et celui de la volonté ou des attentes des parties (§ 1). Il s'agira ensuite de confronter les conclusions ainsi tirées aux motifs donnés par ces décisions et aux explications qu'en a proposées la doctrine (§ 2).

§ 1. Synthèse confrontée aux résultats de la jurisprudence

261. Nationalité du *de cujus* comme critère de classification. Il convient de distinguer suivant que le *de cujus* est citoyen *étranger* ou citoyen *français*. Ce critère nous permettra de placer dans une première catégorie tout à la fois les affaires mettant en cause un renvoi mobilier et celles qui se rattachent au Protectorat français (A), tandis que les affaires immobilières alimentent la seconde catégorie (B). S'il s'agit, dans un cas comme dans l'autre, de relever la géographie des attaches à la fois du *de cujus*, de son patrimoine et des personnes qui

⁹⁵⁰ Des décisions ayant eu à trancher un conflit de renvoi n'engageant que les meubles, onze sur seize ont retenu la loi française : *Forgo, Anderson, W. J., Oppenheimer, Rowan, Whitman, Kilford-Korner, Soulié, Sanchez, Jenckes* et *Mallinson*. Dans les litiges où le conflit de renvoi frappait soit les seuls immeubles soit les meubles et les immeubles en vertu du dualisme de la règle de conflit française, six décisions sur huit se sont, dans les termes et aux conditions que l'on a vus, prononcées en faveur de la loi française : *Raineri, Vandeville, Ballestrero, Wildenstein, Riley* et *Tassel*. Des décisions en provenance du Protectorat français, trois sur quatre ont penché au profit de la loi matérielle qui y était en vigueur et qu'on assimilera à la loi française, le conflit de renvoi visant ici à la fois meubles et immeubles, encore qu'en vertu cette fois du dualisme de la règle de conflit étrangère : *Rebbe Abraham Ben Attar, Rebbe Ben Attar* et *Cohen*. Inversement, des décisions ne visant que les meubles, cinq sur seize ont appliqué la loi étrangère : *Schettler, Mack, Samory, Knowles, De Marchi* ; la proportion est d'une sur quatre s'agissant des décisions émanant du Protectorat (*Cicéron*) et de deux sur six pour les conflits de renvoi engageant les immeubles ou également les immeubles (*Jacquot-Simon* et *Ricklin*).

⁹⁵¹ Sur le nombre non négligeable des décisions n'ayant pas fait jouer le renvoi, v. J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 722 ; cf. déjà É. Bartin, « Les conflits entre dispositions législatives », p. 136 et J. Perroud, note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Soulié, Clunet*, 1910, p. 890.

prétendent lui succéder dans la titularité de celui-ci, l'analyse de la proximité doit être ajustée à la différente composition des couples de rattachements donnant lieu au conflit des règles de conflit : celui-ci implique en effet, pour la première catégorie, deux liens de type personnels, nationalité et domicile, alors que, pour la seconde catégorie, il oppose un lien personnel – nationalité ou domicile, selon la teneur de la règle de conflit étrangère – et un rattachement réel, le lieu des immeubles, retenu par la règle de conflit française.

A – *Le de cujus est ressortissant étranger*

262. Attaches du *de cujus*. Constatons d'emblée que l'intensité du lien que révèle le domicile de fait selon le *quod plerumque fit* se trouvait considérablement accrue dans bien des espèces tranchées par la loi française⁹⁵². L'établissement en France du *de cujus* y avait été souvent poursuivi pendant des dizaines d'années (ainsi d'Anderson, Oppenheimer, Sanchez, Rebbe Abraham Ben Attar et selon toute vraisemblance Soulié, Mallinson, Rowan, W. J. et Whitman), voire pendant la presque-totalité ou la totalité de son existence (Forgo, Rebbe Ben Attar, Cohen, Kilford-Korner). Une telle permanence en France et l'intégration au milieu social français qu'entraînaient les circonstances dans lesquelles elle s'était réalisée en venaient par contraste à affaiblir le lien d'allégeance que nos protagonistes avaient conservé avec leur pays d'origine : Forgo, W. J., Rowan et Oppenheimer avaient épousé des Françaises⁹⁵³ ; la dame Kilford-Korner était française, devenue britannique par mariage ; Rebbe Abraham et Rebbi Ben Attar avaient convolé avec des femmes originaires de Tunisie⁹⁵⁴. En somme, la balance enregistrait le poids respectif des deux rattachements en conflit de renvoi, la nationalité et le domicile de fait, balance dont l'ordre juridique français estimait, *ceteris paribus*, qu'elle penchait le plus souvent du côté du premier, en venait à se redresser à l'épreuve des faits.

Les données des affaires laissées sous l'empire de la loi étrangère sont dans l'ensemble mieux ajustées à la présomption qui voit dans la loi nationale celle qui reflète le centre des relations et des intérêts du *de cujus*. C'est au cours de toute sa vie active que sieur Townley Rigby Knowles avait habité l'Angleterre en y exerçant une profession aussi solidaire de l'ordre juridique que celle d'avocat et magistrat. Intervenue après sa retraite, son installation dans le Midi, de même que celle de son épouse Sarah White, anglaise d'origine, et non donc par mariage, est en substance l'effet de cette « migration du troisième âge » dont les décisions anglaises et espagnoles rapportées plus loin confirmeront

⁹⁵² Les termes « français » et « France » s'entendent ici comme se référant également au Protectorat français de Tunisie.

⁹⁵³ C'est vraisemblablement le cas aussi Whitman et Mallinson.

⁹⁵⁴ Notons aussi que si François-Xavier Forgo et Coralie Soulié tenaient leur nationalité étrangère – bavarroise et louisianaise – de leur mère naturelle, la veine paternelle les rapprochait de la France, car Jean Soulié était français et Ladislas Forgo combattait pour la France : v. *supra*, notes 836 et 801.

qu'elle était déjà pratiquée des Britanniques fortunés de l'époque⁹⁵⁵ et aussi que le déplacement tardif qu'elle traduit ne suffit en général pas à remettre en cause la suprématie du lien du *de cujus* avec sa société d'origine⁹⁵⁶. L'affaire *Schettler* semble répondre elle aussi à ce schéma et, en tout cas, le jugement qui statue sur celle-ci donne à penser que la résidence en France de la protagoniste n'avait pas eu la même stabilité que celle de Forgo, Soulié, Anderson, Oppenheimer ou Rebbe Abraham. William-Maurice Mack n'était pas non plus lié au milieu français par mariage car il avait épousé une Américaine du Chili et s'était d'ailleurs sans cesse – y compris dans ses dernières volontés – proclamé ressortissant américain de Californie. Une telle revendication d'appartenance à l'État étranger est aussi ce qui frappe les juges chez Numa-Joseph Samory, dont la tranche de vie qu'il avait passée en Louisiane – longue de plus de quarante ans – avait largement dépassé les quatorze ans qu'avait duré son séjour français : les tribunaux anglais et espagnols ne seront pas non plus indifférents aux expressions spontanées d'allégeance du *de cujus* lui-même lorsqu'il s'agit de mesurer, pour les hiérarchiser, les liens respectifs qu'il entretient avec les deux États de la nationalité et du domicile qu'oppose le conflit de renvoi⁹⁵⁷. Ressortissante suisse, la dame Cicéron s'était mariée à un concitoyen et on devine la primauté de ses attaches avec la Confédération helvétique dont elle avait sollicité les autorités diplomatiques tout à la fois pour célébrer son mariage et former ses dernières volontés.

Lorsque l'installation du *de cujus* en France s'est poursuivie pendant une période appréciable, c'est en France qu'est situé souvent le siège principal ou même exclusif de ses biens.

263. Siège du patrimoine. Les juges rapportent, et en des termes laissant penser qu'ils n'y ont point été insensibles, qu'en France s'enracinait la totalité ou quasi-totalité des valeurs successorales laissées par Forgo, Anderson, Oppenheimer, Jenckes, Kilford-Korner, Rebbe Abraham Ben Attar, Rebbe Ben Attar, Cohen et la plus grande part de la fortune de Sanchez et de W. J.⁹⁵⁸ On peut

⁹⁵⁵ La ville et la région de Pau, où les époux Knowles s'étaient installés, était devenue au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, une des stations climatiques et sportives les plus réputées d'Europe occidentale, et, depuis notamment qu'en 1842 le médecin britannique Alexander Taylor y préconisa la cure hivernale, particulièrement prisée des Anglais qui pouvaient profiter du premier golf du continent et de la chasse au renard (*Pau Fox Hunt*). Un des fonds les plus riches de la bibliothèque de Pau est le Fonds anglais (9.000 volumes) hérité de l'ancienne *English Library*, créée par les expatriés britanniques.

⁹⁵⁶ Les conflits de renvoi, notamment anglo-français ou anglo-espagnols, issus de ce flux migratoire de retraités (*International Retirement Migration* ou « IRM »), ont en effet, par les juges britanniques et espagnols comme par les juges français, été assez régulièrement tranchés au profit de la loi britannique d'origine du migrant-retraité : v. *infra*, n° 290 s. et 363 s.

⁹⁵⁷ Pour l'Espagne, v. notamment les affaires *Campomar* et *Quetglás Sanchez*, *infra*, n° 355.

⁹⁵⁸ Cass. (Req.), 22 févr. 1882, S. 1882.1.395 (*Forgo*) : « succession composée exclusivement de biens mobiliers qui se trouvent en France » ; Douai, 2 févr. 1899, *Clunet*, 1899, p. 826 (*Anderson*) : « tous les biens, meubles et immeubles, sont situés en France » ; Trib. civ. Seine, 4 déc. 1899, *Clunet*, 1900, p. 371 (*Oppenheimer*) : « [la succession] se compos[ait] exclusivement ou presque exclusivement de biens mobiliers qui se trouvent en France » ; Trib. civ. Nice, 11 nov. 1912, *Clunet*,

sans doute supposer que l'essentiel des meubles litigieux détenus par Soulié, Rowan, Mallinson et Whitman se trouvait également en France⁹⁵⁹. Ces biens étaient aussi le plus souvent majoritairement d'« origine française »⁹⁶⁰ : soit parce qu'ils étaient le fruit d'une profession exercée par le *de cujus* en France⁹⁶¹, soit parce qu'ils lui avaient été transmis *mortis causa* par la branche française de sa famille⁹⁶², soit parce qu'ils provenaient surtout, comme chez Forgo, de « son mariage avec une Française fortunée »⁹⁶³.

Les espèces où la loi étrangère triompha nous livrent un tableau souvent différent. Carlos de Marchi della Costa « n'avait point transporté en France les éléments de son imposante fortune », qui était restée en Argentine, et il semble bien qu'il s'agissait pour la plupart de biens familiaux, immobiliers surtout⁹⁶⁴, les actifs français, eux, n'ayant que « peu de valeur »⁹⁶⁵. La présomption qui sous-tend la maxime *mobilia ossibus inhaerent*, dont l'irréfragabilité voit sa justification se dérober du fait du conflit de renvoi, s'en trouve ici désavouée car

1914, p. 205 (*Jenckes*) : « les documents versés au procès tendent à établir que la *de cujus* ne possédait, au moment de son décès, aucun autre actif que celui qui se trouvait en France » ; Trib. civ. Seine, 23 juin 1909, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 870 (*Kilford-Korner*), où il est question de « rente française » ; note de J.-P. Niboyet sous Cass. (Req.), 7 nov. 1933, p. 442, *Rev. dr. int. pr.*, 1934 (*Rebbe Abraham Ben Attar et Rebbe Ben Attar*) : « Il ne restait donc plus qu'à consulter les lois du domicile pour les meubles et de la situation pour les immeubles, tou[s] en Tunisie » ; Trib. civ. Seine, 13 juill. 1910, *Clunet*, 1911, p. 912 (*Sanchez*) : « [*de cujus*] a fondé en Europe et spécialement à Paris des entreprises considérables, dans lesquelles il a engagé des capitaux importants » ; Trib. civ. Pau, 19 avr. 1902, *Clunet*, 1903, p. 877 (*W. J.*) : « c'est bien en France que se trouvait le centre de ses affaires... » ; « la dévolution héréditaire des biens meubles que W. J. possédait en France ». Outre les meubles, Kilford, W. J., Mallinson, Rebbe Abraham Ben Attar, Rebbe Ben Attar et Sanchez possédaient des *immeubles* en France. Or, ainsi qu'on l'a souligné plus haut (*supra*, n° 226), dès lors qu'ils ne sont pas directement impliqués dans le mécanisme du renvoi, les immeubles n'en peuvent pas moins jouer un certain rôle dans le règlement du conflit frappant les meubles en ce qu'ils contribuent à affermir le siège global de la fortune du défunt. Aussi bien, l'application de la loi française aboutissait-elle à réunir les masses en prolongeant au niveau de l'ensemble du patrimoine l'œuvre confiée au domicile à propos des meubles. Ce « résultat pratique » est relevé parfois par les commentateurs de l'époque (v. note sous Trib. civ. Seine, 3 nov. 1904, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 536). Seul Sanchez possédait aussi des immeubles hors de France mais dans des pays (Brésil et Puerto Rico) autres que le pays en conflit de renvoi (qui était l'État de New York).

⁹⁵⁹ Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 872 (*Soulié*), où il est fait allusion aux « intérêts qui naissent sur [le] territoire [français] » (v. *supra*, n° 247) ; Trib. civ. Seine, 3 nov. 1904, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 535 (*Rowan*) : « biens laissés en France par un étranger décédé dans ce pays où il était domicilié » ; Grenoble, 31 mars 1908, *D.P.*, 1908.2.264 (*Whitman*) : « dévolution héréditaire des biens meubles qu'il possède en France ».

⁹⁶⁰ En ce sens M. Philonenko, « L'affaire Forgo (1874-1882) », p. 282.

⁹⁶¹ Commerce pour Anderson, Whitman et Oppenheimer, assurance pour Sanchez, cordonnerie pour Forgo, conseil juridique pour Cohen...

⁹⁶² Ainsi de dame Kilford-Korner et selon toute vraisemblance (v. *supra*, note 836) de Coralie Soulié.

⁹⁶³ M. Philonenko, « L'affaire Forgo (1874-1882) », p. 282. Selon M. Philonenko, *ibidem*, p. 287, la « provenance française des biens de la succession Forgo avait... fortement impressionné la Cour de Pau » (Pau, 14 mars 1874, *S.* 1875.1.410).

⁹⁶⁴ Trib. civ. Seine, 17 avr. 1912, *Clunet*, 1913, p. 176 et 177.

⁹⁶⁵ Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, *Clunet*, 1928, p. 1232 et 1234. V. ég. J. Perroud, note sous Trib. civ. Seine, 17 avr. 1912, *Clunet*, 1913, p. 180 : « La plus grosse part des biens composant la succession était située en Argentine ».

c'est le domicile du *de cuius* qui en vient presque à être attiré au siège effectif de sa richesse⁹⁶⁶. Ce n'est dès lors pas un hasard si les autorités argentines avaient été saisies les premières, pas plus que n'est accidentelle l'intervention des tribunaux californien et anglais qui, dans les affaires *Schettler* et *Mack*, avait précédé celle des juges français. Et la somme considérable – 500.000 dollars – que Georges-Wilhelm Mack avait dû verser au titre de caution pour obtenir de la Cour de San Francisco l'envoi en possession laisse entrevoir l'importance du patrimoine que son père avait accumulé aux États-Unis⁹⁶⁷. On rappellera également que l'exécuteur des volontés de la dame Schettler s'était lui aussi empressé de requérir de la Haute Cour de Justice londonienne un *grant of probate* relativement aux meubles anglais⁹⁶⁸. Enfin, si la fortune des époux Knowles était dispersée entre les deux pays en conflit de renvoi, la part laissée en Angleterre est indiquée dans les chroniques de l'époque comme considérable et en tout cas, il semble que l'origine de ces richesses se localisait en Angleterre⁹⁶⁹.

264. Attaches des successibles. Ceux qui s'affirmaient héritiers d'Anderson, Rowan, Kilford-Koerner, W. J., Sanchez et Whitman disposaient de fortes attaches françaises. Il s'agissait en effet le plus souvent de l'épouse survivante, française d'origine, d'une part, et, d'autre part, des descendants de ce ménage franco-anglais ou franco-américain qui avaient été élevés en France dans un environnement dont la composante socio-culturelle française était selon toute vraisemblance prépondérante⁹⁷⁰. Les protagonistes des litiges tunisiens – la

⁹⁶⁶ Comme relevé plus haut (*supra*, note 881), les autorités argentines avaient bien observé que, si « les valeurs mobilières... restent soumises à la loi du domicile », c'est en raison de la « fiction qui considérerait les meubles comme situés dans le domicile de son ex-possesseur, ce qui, au point de vue [de] la vérité rigoureuse, est [en l'espèce] contraire à la réalité des choses » : Trib. Buenos Aires, 29 juill 1911, *Clunet*, 1913, p. 902.

⁹⁶⁷ Trib. civ. Seine, 11 mars 1904, *Clunet*, 1907, p. 436 (« moyennant un cautionnement de 500.000 dollars sur lequel la justice française n'aurait aucune action »).

⁹⁶⁸ Paris, 2 avr. 1896, *Clunet*, 1897, p. 166.

⁹⁶⁹ Les époux Knowles avaient laissé « outre [d]es immeubles... sis en France, d'autres immeubles situés en Angleterre et des meubles et valeurs mobilières situés tant en Angleterre qu'en France » (Pau, 11 juin 1906, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 769) et il est permis de penser que c'est de l'activité professionnelle du sieur Knowles ou de l'héritage recueilli de leurs parents (britanniques) que provenaient ces biens. Un article paru au *Marlborough Express* du 6 avr. 1909, sous le titre « Schoolboy Abducted : Heir to a Large Fortune », rapporte que la succession immobilière recueillie en Angleterre par le mineur Townley Rigby Knowles du fait du décès de son père, Rigby Knowles (qui ne représentait qu'un quart de la succession laissée en Angleterre par le sieur Knowles dont on sait qu'elle avait été partagée « entre ses quatre fils alors tous vivants » : *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 770), lui valait un revenu estimé à 20,000 livres («.. large amount of property in Preston and other Lancashire towns, to which the boy is heir. The income from the estates is estimated a £ 20,000 a year »). D'après le *Calendar of the Grants of Probate and Letters of Administration made in the Probate Registries of the High Court of Justice*, London, 1901, p. 54, la valeur de ses « personal effects », sans donc compter les immeubles, se chiffrait à £ 183,646.

⁹⁷⁰ Leur intégration à la France s'y était parfois aussi consolidée en conséquence de leur mariage en France avec des ressortissants français. Ainsi en était-il des enfants de sieur Sanchez, dont le Tribunal de la Seine – on l'a constaté (*supra*, n° 248) – prend soin de préciser qu'il « les avait tous

progéniture de Rebbe Abraham Ben Attar, de Rebbe Ben Attar et de Cohen –, tous établis en Tunisie, n'avaient jamais vécu à Gibraltar et la nationalité britannique que tenaient certains d'entre eux avait de génération en génération perdu en effectivité⁹⁷¹. La veuve Humann était sûrement française établie en France et Émile Soulié, à supposer même qu'il fût demeuré louisianais⁹⁷², vivait depuis longtemps en France où il avait épousé une Française dont il avait eu plusieurs enfants nés et résidant à Paris⁹⁷³. Dans ces circonstances donc, l'acceptation du renvoi aboutissait, aux termes de la décision *Cohen*, à « faire régler par la législation d'un pays [la France] les litiges pouvant exister entre individus domiciliés dans ce même pays »⁹⁷⁴.

Dans d'autres cas, le centre de gravité des successibles s'oriente vers l'État étranger dont ils tenaient pratiquement tous la nationalité et dans lequel vivait une bonne partie d'entre eux. C'est le cas d'abord des deux procès impliquant les collatéraux : les frères et sœurs de Samory étaient eux aussi louisianais et rien n'indique qu'ils avaient suivi leur frère en France ; Antonio de Marchi et Elisa de Marchi partageaient avec leur frère Carlos la nationalité argentine et il est peu probable qu'ils aient entretenu avec la France des attaches de quelque consistance. Trois de ces litiges familiaux opposent les enfants d'un couple dépourvu de liens originaires avec la France (ou le Protectorat) : issus d'un ménage entièrement britannique, Robert, Alexandre, Rigby et Arthur Knowles avaient été éduqués en Angleterre et dans un milieu anglophone⁹⁷⁵ ; les descendants de William Mack et de Carolina Stuve – Guilhelme-Georges, Sara-Carolina de Jesus épouse Maria Oliva, Enrique Guilhelmo, Elena-Margarita

installés en France », « trois de ses filles ayant par ailleurs épousé des Français » (Trib. civ. Seine, 13 juill. 1910, *Clunet*, 1911, p. 922).

⁹⁷¹ Seule l'épouse de Cohen était originaire de Malte. Les membres de la famille étaient tous de religion juive – *supra*, n° 253 –, ce que la coutume mosaïque en vigueur en Tunisie *ratione personarum* pouvait mieux refléter que la loi britannique : v. Alger, 12 janv. 1931, *Rev. dr. int. pr.*, 1931, p. 569.

⁹⁷² Nationalité qu'il tenait de sa grand-mère naturelle, son grand-père et sa mère étant français : v. *supra*, note 836.

⁹⁷³ L'affaire *Forgo* propose en revanche une distribution plus équilibrée, car si l'Administration des Domaines était organiquement liée à la France, les neuf consorts Dichtl étaient « tous nés et domiciliés en Bavière ou en Autriche » (« notice » se rapportant à Cass., 5 mai 1875, *Bull. civ.*, 1875, p. 138). Il en va de même des successeurs de Jenckes, dont l'héritière instituée, Nellie Boulton, était citoyenne américaine tout comme les descendants, issus d'un couple entièrement américain semble-t-il. Quant à la succession Mallinson, Gisèle Delorme était française résidant en France alors qu'on ignore les attaches des exécuteurs testamentaires, frère et neveux du *de cujus*, contre lesquels se dirigeaient ses prétentions.

⁹⁷⁴ Trib. civ. Tunis, 2 avr. 1924, *Rev. dr. int. pr.*, 1925, p. 403.

⁹⁷⁵ Même le mineur Townley Rigby Knowles, dont la mère – Marie Duval Clémentel – était française (v. *supra*, n° 250), fréquentait une *boarding-school* en Angleterre, à Folkestone, le père ayant réussi à s'imposer encore qu'à la suite d'une procédure judiciaire devant la *Chancery Division* : v. l'article déjà cité (*supra*, note 971), « Schoolboy Abducted – Heir to Large Fortune », *Marlborough Express*, 6 avr. 1909, p. 2 : « Townley's mother is a French woman and a Roman Catholic. She wanted the boy brought up in her faith, the father wished him to be educated as a Protestant. The courts were asked to adjudicate on the question. The verdict was in the father's favour. The lad was made a ward in Chancery and was sent to a Protestant boarding-school at Folkestone ».

épouse De Paula Oliva, et Anita Maria – étaient tous américains, des États-Unis et du Chili ; de père et mère suisse, il est peu probable que Théophile et Benjamin Lison, d'une part, et Richard, Guillaume et Charles Harris, d'autre part, aient été mieux intégrés à la société tunisienne qu'aux milieux helvétiques. On sent bien en ces circonstances chez les juges français, selon les termes suggérés à la Cour de Paris par l'affaire *Samory*, une réticence à soumettre à la loi française « [les] règlement[s] des intérêts de famille d'étrangers »⁹⁷⁶ et en accorder le bénéfice au prétendu ayant droit qui l'invoque mais qui peut encore moins se réclamer de liens significatifs avec la France que le *de cujus* lui-même ; et ce d'autant qu'on eût souvent et par ce biais contrecarré les prévisions exprimées par celui-ci.

265. Volonté et attentes des intéressés. En effet, dans trois des cinq situations de conflit de renvoi mobilier laissées sous l'autorité de la loi étrangère, les seules à mettre en cause des successions testamentaires, le *de cujus* s'était référé à sa propre loi nationale. Ainsi, la Cour de Paris nous dit de la dame Schettler qu'elle « s'[était], dans son testament, conformée [aux] règles du droit anglais » ; de même, le Tribunal de la Seine fait observer que William-Maurice Mack avait « déclar[é] que sa succession serait... régie par les lois américaines » ; et enfin la Cour de Pau remarque que le sieur Knowles « avait exprimé sa volonté selon la loi anglaise, loi dont il connaissait bien la portée »⁹⁷⁷. Rares sont les cas où la volonté du *de cujus*, notamment celle de déshériter un membre de sa famille, exprimée conformément à l'une des lois en conflit, a été méconnue par application de l'autre⁹⁷⁸.

Quant aux ayants droit, il ne semble pas, on l'a déjà souligné, que l'aptitude des lois française et suisse à trancher le conflit de renvoi déclenché par les successions Rowan et Cicéron ait suscité des dissensions quelconques parmi les parties au procès⁹⁷⁹. C'est avec insistance – on l'a relevé aussi – que, dans l'affaire *Soulié*, la Cour suprême rappelle l'accord des plaideurs jusqu'au pour-

⁹⁷⁶ Paris, 1^{er} août 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 612.

⁹⁷⁷ Respectivement, Paris, 2 avr. 1896, *Clunet*, 1896, p. 165 (*Schettler*), Trib. civ. Seine, 11 mars 1904, *Clunet*, 1907, p. 437 (*Mack*), Pau, 11 juin 1906, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 767 et 769 (*Knowles*). La dame Cicéron-Charrett avait pris soin d'établir son testament devant le consul suisse, et il n'est pas impossible que le Tribunal de Tunis y ait discerné l'attente de la défunte quant à l'application de sa loi nationale, celle-là même que les époux Cicéron-Charrett « [avaient] voulu adopter » quant à leur régime matrimonial (Trib. civ. Tunis, 2 avr. 1924, *Rev. dr. int. pr.*, 1925, p. 402).

⁹⁷⁸ Mallinson ayant entendu profiter de l'« institution française » du legs avec charge (en ce sens la note sous Trib. civ. Seine-Inférieure, 19 déc. 1927, p. 515), tel est en substance le cas de Sanchez et Jenckes. Mais quant à Sanchez, la suprématie des attaches avec la France qu'il avait transmises à ses enfants, et notamment au fils qui réclamait la protection de la loi française, l'avait conduit à douter de la possibilité d'utiliser la loi américaine d'une nationalité qu'il avait tardivement acquise et dont l'effectivité – et à la vérité l'existence même – au moment de son décès était douteuses (*supra*, n° 248). Américaine, Eléonor Jenckes avait légué ses biens – tous, on l'a vu, sis en France (v. *supra*, n° 248) – à Nellie Boulton au mépris de la réserve que le droit français assurait à ses enfants, qui parvinrent à convaincre les juges niçois de la leur accorder.

⁹⁷⁹ V. *supra*, n° 246 et 254.

voit quant à la soumission à la loi française du règlement successoral⁹⁸⁰. À quelques occasions, la partie sollicitant le bénéfice de la loi étrangère avait naturellement conformé à la loi française sa conduite antérieure : ainsi, la Cour de Paris note que le sieur Kilford avait spontanément accepté la limitation, découlant de la loi française, de l'efficacité du legs que lui avait adressé son épouse⁹⁸¹ ; de même, les descendants de Rebbe Abraham Ben Attar avaient pendant longtemps omis de contester la vocation de la loi tunisienne à trancher le conflit ; de même encore, la veuve Whitman avait tiré profit de la loi française qui lui accordait la qualité de représentante et il semble bien que la Cour de Grenoble, en lui refusant l'avantage de la loi anglaise, n'ait pas été insensible au principe d'après lequel *cujus commoda eius et incommoda* qu'elle prétendait pourtant méconnaître⁹⁸².

Tournons-nous vers les situations de renvoi impliquant les immeubles.

B – Le de cuius est ressortissant français

266. Attaches du de cuius. Outre la nationalité française, Raineri, Vandeville et Ballestrero possédaient également leur domicile en France et celui-ci, en tant que rattachement tiers par rapport à ceux qu'opposaient ces conflits de règles de conflit franco-italiens et franco-espagnols – nationalité (française) et *situs* immobilier (italien et espagnol) – pouvait bien, selon l'esprit de la proximité, concourir à l'arbitrer. On est fondé à penser que l'établissement hexagonal du *de cuius* durait depuis longtemps et peut-être depuis sa naissance au point d'assurer à sa nationalité française une effectivité peu contestable⁹⁸³. Quant à Wildenstein, ses attaches personnelles avec la France, où il avait fixé son domicile conjugal pendant près de quarante ans, étaient sans doute supérieures à celles qu'il pouvait entretenir avec le seul pays dont la règle de conflit désignait en retour la loi française, à savoir, on l'a dit, la Suisse⁹⁸⁴. Aussi bien, dans ce conflit de renvoi franco-suisse, c'est la nationalité française qui, par rapport au domicile (en France) et à la situation de l'immeuble (en Suisse), s'offre comme circonstance tierce susceptible de participer à sa résolution. Si la nationalité

⁹⁸⁰ V. *supra*, n° 247 et la note 858.

⁹⁸¹ *Supra*, n° 247.

⁹⁸² On rappellera enfin la conjecture, émise par certains, selon laquelle les affaires où les intéressés se seraient accommodés de l'application de la loi étrangère sans la remettre en question par le biais du renvoi seraient nombreuses (Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 243 ; A. Lainé, « La théorie du renvoi », p. 631), encore qu'une telle enquête n'ait, semble-t-il, pu être menée à ce jour.

⁹⁸³ Et sans doute plus significative que la nationalité étrangère de Forgo, Anderson, Kilford-Korner, Rebbe Ben Attar, Cohen etc. Vandeville avait semble-t-il toujours habité Lille (Trib. inst. Lille, 28 mars 1980, *Rev. crit.*, 1980, p. 289). Raineri et Ballestrero étaient peut-être issus de familles d'émigrés italiens mais eux-mêmes et leurs descendants (tout comme déjà leurs ascendants, en tout cas pour Raineri dont la mère vivait en France et gérait même ses biens : v. Trib. civ. Marseille, 19 juill. 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 808) n'en étaient pas moins parfaitement intégrés à la société française (tant il est vrai, quant à Ballestrero, que ses héritiers s'étaient empressés de liquider les biens transalpins).

⁹⁸⁴ *Supra*, n° 258.

de la dame Riley Garcia de Acuna n'a pas été établie, celle de Horace Riley l'a été et était française⁹⁸⁵ : s'agissant alors d'un nouveau conflit de renvoi franco-espagnol, il semble bien probable que l'intégration du *de cujus* à la société française dont témoigne le domicile en France, facteur de localisation étranger au conflit, était plus intense que celle pouvant le rattacher à Majorque, une des destinations touristiques les plus fréquentées d'Europe⁹⁸⁶. De nature professionnelle, sociale et affective, les attaches de Claude Tassel avec le milieu espagnol sont en revanche bien plus significatives, puisqu'il y avait résidé pendant quinze ans en y exerçant son métier et entretenant une relation avec une dame Carvalho, que l'on suppose ibérique, laquelle lui avait donné une fille. De nouveau lien tiers, le domicile du *de cujus* pointe ici vers l'Espagne. Il est vrai toutefois que ses attaches avec la France ne sont pas pour autant négligeables car c'est en France qu'il avait fondé, avec une ressortissante française, sa famille légitime. En ce qui concerne les deux affaires franco-alsaciennes, le domicile de Jean Ricklin et de dame Jacquot-Simon – une fois de plus facteur neutre par rapport à la nationalité (française) et à la situation de l'immeuble (alsacien) – se trouvait, depuis leur naissance semble-t-il⁹⁸⁷, dans l'Alsace germanisée et les précisions que livrent les décisions laissent assez clairement apparaître que c'est avec ce territoire qu'ils possédaient l'un et l'autre les racines et les liens familiaux, sociaux et culturels les plus robustes.

Ces trois configurations se rencontrent également sur le terrain des attaches des biens et des successibles.

267. Siège du patrimoine. Les données des espèces et le langage des arrêts *Raineri*, *Vandeville* et *Ballestrero* laissent à penser que l'immeuble étranger pris dans le mécanisme du renvoi ne représentait qu'un élément du patrimoine, important en soi mais « accessoire » et susceptible, en cas d'équilibre, de suivre le centre patrimonial « principal », situé probablement en France. Tel était le cas des immeubles que Wildenstein avait laissés hors de France et notamment en Suisse, la grande partie de sa fortune étant composée d'œuvres d'art. On ignore si Horace Riley détenait d'autres biens que les logements espagnols et quelle était la valeur respective des deux masses⁹⁸⁸. Pour ce qui est de la distribution géographique de la succession de Claude Tassel, on est tenté de retenir un quasi-équilibre, puisqu'il a laissé des biens meubles et immeubles aussi bien en France qu'en Espagne⁹⁸⁹. En revanche, la recherche du point de gravité financier oriente vers l'étranger dans les affaires franco-alsaciennes car le siège à peu près exclusif de l'héritage de Eugénie Jacquot-Simon, constitué essentiellement des immeubles litigieux, dont les autorités allemandes avaient été sai-

⁹⁸⁵ C'est donc le conflit de renvoi frappant la succession de Horace Riley que l'on retiendra.

⁹⁸⁶ Ce que le troisième moyen annexé à l'arrêt lui-même ne manque pas de rappeler.

⁹⁸⁷ Cela vaut en tout cas pour Jean Ricklin et pour sa mère : v. *supra*, n° 256.

⁹⁸⁸ Cf. F. Boulanger, note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, JCP 2009.II.10068.

⁹⁸⁹ Rapp. L. D'Avout, note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, D. 2010, p. 2955.

sies d'une requête en certificat d'héritier, se situait en Alsace et c'est là que se localisaient également les principaux actifs laissés par Jean Ricklin.

268. Attaches des successibles. Les héritiers présomptifs de Vandeville et Ballestrero étaient tous français résidant en France et on devine qu'il en allait de même de la veuve Raineri et des consorts Bourillon et Bisso, dont aucun n'habitait Gênes, ville de l'immeuble litigieux. Citoyens français, Guy et Alec Wildenstein sont des personnalités connues des milieux culturels, sociaux et politiques français⁹⁹⁰. S'il est vrai que Guy Wildenstein entretient des liens forts avec New York et que Madame Roth est américaine, on rappellera que la loi américaine ne participe pas au conflit de renvoi⁹⁹¹. Vraisemblablement français comme leur père, Charles, Horace et Richard Riley sont tout aussi vraisemblablement domiciliés en France⁹⁹² et on s'imagine mal qu'ils aient des attaches personnelles significatives au-delà des Pyrénées. C'est en revanche à Madrid que vit Ana Tassel Carvalho alors que l'épouse et la fille légitime du *de cuius* sont françaises établies en France, ce qui suggère ici de nouveau une distribution que l'on peut tenir pour sensiblement équivalente. Le curseur se déplace en revanche vers l'État étranger s'agissant des deux affaires franco-alsaciennes : la veuve de Maurice Ricklin et Marie-Joséphine Heimberger, mère et grand-mère paternelle de Jean Ricklin, étaient alsaciennes d'origine et résidaient dans l'Alsace annexée et il en va de même d'Hippolyte-Auguste Simon, époux de la défunte, et des consorts Thomas-Rouyer, alors que la dame Bickel était elle-même allemande⁹⁹³.

C – Bilan

269. Mise en balance globale. Résumons les titres dont pouvait se réclamer la loi étrangère dans les huit espèces où elle a été effectivement jugée plus apte à gouverner la succession litigieuse frappée du conflit de renvoi.

La loi argentine tirait, dans l'affaire *de Marchi*, sa légitimité tout à la fois de l'enracinement en Argentine de la fortune de Carlos de Marchi, des liens des héritiers présomptifs avec l'Argentine dont ils tenaient tous la nationalité et où nombre d'entre eux avaient leur résidence, et de ce que le juge de Buenos Aires, saisi le premier, avait déjà statué en faveur de la loi argentine. L'application de la loi anglaise dans l'affaire *Knowles* prenait un robuste appui sur les attaches anglaises des époux Knowles et de leurs enfants, prolongées par la volonté exprimée par les défunts à l'aune de leur loi nationale, alors que les éléments de leur succession, de provenance majoritairement britannique, se trouvaient répartis entre les deux pays en présence. Semblable apparaît la vocation

⁹⁹⁰ *Supra*, note 940.

⁹⁹¹ *Supra*, n° 262.

⁹⁹² Cf. F. Boulanger, note sous l'arrêt *Riley*, *JCP* 2009.II.10068.

⁹⁹³ *Supra*, n° 256.

de la loi anglaise à régir la succession de la dame Schettler qui s'était elle aussi référée à cette loi et dont une bonne partie des biens, situés en Angleterre, avaient fait l'objet de l'intervention de la Haute Cour de Justice de Londres. La prépondérance de la loi américaine et spécialement californienne dans l'affaire *Mack* se fondait non seulement sur l'allégeance si orgueilleusement revendiquée par William-Maurice Mack aux États-Unis d'Amérique, qui devait faire apparaître d'autant plus digne de respect la *professio iuris* qu'il avait faite au profit de la loi californienne dans ses dernières volontés, mais aussi de la nationalité de toutes les parties impliquées et de la situation aux États-Unis de biens considérables dont la Cour de San Francisco avait déjà été saisie conformément à la loi californienne. La compétence de la loi louisianaise pour gouverner le sort des biens de Numa-Joseph Samory découlait de l'attachement du *de cuius* à sa Louisiane d'origine, de la nationalité des prétendus successibles et de la probable résidence d'une bonne partie d'entre eux. Quant à l'affaire *Cicéron-Charrett*, ce sont la nationalité commune des époux et en général la force de leurs liens et de ceux de leurs descendants avec la Suisse ainsi que l'accord des plaideurs sur l'application de la loi helvétique, qui pointaient dans l'ensemble vers celle-ci. Enfin, le choix de retenir la loi allemande en vigueur en Alsace dans les affaires *Jacquot-Simon* et *Ricklin* pouvait s'appuyer sur le domicile en Alsace des défunts, les racines alsaciennes et allemandes tout autant de ceux-ci que des héritiers présomptifs, corroborés par le point d'ancrage du patrimoine litigieux.

Dans les autres espèces, la vocation de la loi française à recouvrer le domaine d'applicabilité sacrifiée par la règle de conflit était plus convaincante, souvent de beaucoup, l'exemple de Forgo, pour être particulièrement démonstratif, n'étant pas pour autant isolé. En France se trouvaient en effet bien souvent le siège des attaches professionnelles, sociales et familiales du *de cuius*⁹⁹⁴ et, pratiquement toujours, le centre de gravité de ses biens, de provenance au demeurant largement française⁹⁹⁵, à quoi s'ajoutait fréquemment l'intégration prépondérante dans la société française de ceux qui les poursuivaient⁹⁹⁶, et parfois aussi leur accord ou conviction partagée – ou antérieurement manifestée par un comportement concluant – quant à la soumission de leurs prétentions à la loi française⁹⁹⁷.

⁹⁹⁴ C'est le cas de Forgo, Anderson, W. J., Oppenheimer, Rowan, Whitman, Kilford-Korner, Soulié, Sanchez, Mallinson, Rebbe Abraham Ben Attar, Rebbe Ben Attar, Cohen, Raineri, Vandeville, Ballestrero, Wildenstein et Riley.

⁹⁹⁵ Ainsi de Forgo, Anderson, W. J., Oppenheimer, Rowan, Whitman, Kilford-Korner, Soulié, Sanchez, Jenckes, Mallinson, Rebbe Abraham Ben Attar, Rebbe Ben Attar et Cohen ; la valeur des biens laissés en France par Raineri, Vandeville et Ballestrero était vraisemblablement supérieure à la valeur des biens italiens et espagnols.

⁹⁹⁶ Il en va ainsi des successions de Anderson, W. J., Oppenheimer, Rowan, Whitman, Kilford-Korner, Soulié, Sanchez, Mallinson, Rebbe Abraham Ben Attar, Rebbe Ben Attar, Cohen, Raineri, Vandeville, Ballestrero, Wildenstein et Riley.

⁹⁹⁷ Ainsi des successions de Rowan, Soulié et Whitman.

Seuls les arrêts *Jenckes* et *Tassel* semblent moins faciles à justifier à la lumière des critères ici envisagés. Si les biens d'Eleanor Jenckes étaient tous situés en France, les liens des héritiers présomptifs et les attentes de la défunte désignaient la loi américaine ; mais l'on n'est pas suffisamment renseigné sur les vicissitudes de la défunte elle-même pour conclure à une incompatibilité. Quant à Claude Tassel, ses propres attaches personnelles et celles de ses proches semblent, on l'a souligné, se distribuer entre la France et l'Espagne de manière tout aussi paritaire que les éléments de son patrimoine. Dans la mesure où la Cour a conclu à l'application de la loi française, cela tient peut-être à sa conviction que malgré la dernière résidence en Espagne du *de cuius*, son ancrage en France était demeuré prépondérant. Mais on rappellera une fois de plus que l'admission du renvoi n'a servi en cette affaire qu'à fonder la compétence du juge français ; on reviendra sur la singularité de cet emploi du renvoi⁹⁹⁸.

270. Continuité ou anarchie ? Principe ou exception ? Il importe ici de souligner que dans la mesure où ils sont exacts, les résultats de l'enquête menée jusqu'ici autorisent à penser que, loin de reposer sur la seule prise en considération de la règle de conflit étrangère ou sur le seul refus de la prendre en considération, la solution apportée par les juridictions françaises aux conflits de renvoi provoqués par les affaires successorales dont elles ont été saisies s'en trouvait déterminée par un principe autre que l'amas de ratiocinations qui sous-tendent les deux postures dogmatiques traditionnelles auxquelles elles n'ont pas vraiment souscrit, autre aussi que les deux rattachements qu'oppose l'antonomie de règles de conflit, et incarnant un « règlement supérieur » en ce qu'il tranche leur contradiction. Si cela est vrai, force est de constater que les formules « acceptation » ou « refus » du « renvoi », rarement employées par ces décisions, saisissent davantage l'image du résultat de la mise en œuvre de ce principe neutre que le principe lui-même, celui-ci demeurant plutôt extérieur à de telles formules et comme obscurci par le cône d'ombre qu'elles projettent. En ce qu'il ramène à une unité supérieure les arrêts dits fidèles à la théorie du renvoi et ceux qui s'en détournent, ce principe fait découvrir une continuité là où les expressions traditionnelles astreignent à ne voir que « contradiction » et « anarchie »⁹⁹⁹.

Aussi bien et en raisonnant de la sorte, on est conduit à attacher une valeur simplement statistique à l'idée, souvent déduite de l'observation de cette jurisprudence, que l'accueil du renvoi serait pour celle-ci le « principe » et le refus du renvoi l'« exception ». Si les décisions ayant retenu la loi française sont sensiblement plus nombreuses, cela tient à ce que s'agissant du contentieux des

⁹⁹⁸ *Infra*, n° 282.

⁹⁹⁹ É. Bartin, *Principes*, p. 199, pour qui la jurisprudence « est, dans cette matière, non pas indécise et confuse, mais contradictoire et anarchique » ; cf. p. 201, note 1 : « [L]a jurisprudence de ces vingt-cinq dernières années reste divisée » ; P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », p. 878, évoque lui aussi les « hésitations ou contradictions des cours d'appel et des tribunaux ».

successions, la saisine de tel for ou de tel autre par le demandeur de bonne foi repose souvent sur des circonstances – tels le lieu de situation des biens qu'il convoite ou les liens de proximité qui le rattachent à l'un et à l'autre État¹⁰⁰⁰ – qui, d'après l'hypothèse d'explication ici émise, ont également joué un rôle dans le règlement du conflit de renvoi¹⁰⁰¹. L'application de la loi française dans les affaires *Forgo*, *Soulié* ou *Ballestrero* obéirait alors tout aussi fidèlement à la règle que l'application de la loi étrangère dans les affaires *Knowles* ou de *Marchi*. À la supposer circonscrite à la vaste catégorie des successions, la controverse ayant agité la doctrine sur le point de savoir si l'admission du renvoi répondrait ou non à une « règle générale du conflit de lois »¹⁰⁰² semble enfin déboucher sur une solution la vidant de son sens : ce qui est d'application générale, c'est la « règle de conflit de renvoi », dont le propre est de pouvoir désigner tout autant la loi française que la loi étrangère.

271. Perspective de l'autre État « co-intéressé ». On a relevé que dans au moins quatre affaires, c'est-à-dire de *Marchi*, *Schettler*, *Mack* et *Jacquot-Simon*, l'intervention des autorités de l'État étranger avait été sollicitée avant celle des

¹⁰⁰⁰ « Cette règle sera favorable au renvoi parce qu'elle s'inspirera de l'intérêt prépondérant en cause et que cet intérêt sera généralement né, selon les termes de l'arrêt *Soulié*, sur le territoire de la juridiction saisie » : J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 731. Sur les vertues euristiques du critère de l'« intérêt prépondérant », v. *infra*, n° 274 s. Rapp. H. Batiffol / P. Lagarde, *Droit international privé*, 7^e éd., Paris, 1981, p. 368 : « si la loi nationale d'un individu renvoie pour son statut personnel à la loi de son domicile qui est dans le pays où il plaide, on peut penser que le 'centre de gravité' de ses intérêts se trouve plutôt dans le pays où il plaide en raison de ces circonstances ». Le fait que l'on plaide dans un pays suggérerait donc que le plaideur est *in concreto* rattaché au for et ce rattachement concret vient s'ajouter à celui que retient *in abstracto* la règle de conflit étrangère, concourant ainsi à déterminer le « centre de gravité » effectif de la personne. Aussi est-ce un raisonnement en termes de *proximité* que traduit l'observation ci-dessus reproduite, que les auteurs formulent en vue d'expliquer la démarche jurisprudentielle et la compatibilité du renvoi avec les « intérêts privés ». Sans doute l'observation vise-t-elle expressément les divisions du droit (tel le statut personnel), où le plaideur est celui dont les attaches personnelles sont retenues en tant que facteurs de rattachement, ce qui n'est pas le cas du domaine successoral car – nous y avons insisté ci-dessus (*supra*, n° 230) – le *de cuius* n'est en général pas partie à l'instance. Mais une telle observation semble bien valoir aussi pour les matières où c'est le « centre de gravité » des intérêts d'une personne autre que le plaideur qu'ont en vue les règles de conflit ordinaires et que le « centre de gravité » du plaideur est à même d'arbitrer le conflit entre deux rattachements identifiant dans l'abstrait, pour le non-plaideur qu'est cette autre personne, deux « centres de gravité » entre lesquels un choix s'impose.

¹⁰⁰¹ On peut penser que ceux qui réclament des droits sur une chose inclinent naturellement à saisir le tribunal de l'endroit où se trouve la chose qu'ils convoient et cette tendance se vérifie encore plus nettement lorsque ce lieu est celui auquel ils sont eux-mêmes rattachés. Cf. F. Rigaux, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », p. 151.

¹⁰⁰² V. encore aujourd'hui P. Courbe, « Retour sur le renvoi », *Mélanges J. Foyer*, Paris, 2008, p. 250-251, qui attire l'attention sur la divergence apparue entre la 7^e et la 8^e édition du *Traité de droit international privé* de H. Batiffol et P. Lagarde : l'avant-dernière édition qualifie en substance le renvoi de « principe acceptable » admettant des « dérogations dans des cas particuliers » alors que, pour la dernière, « il n'est pas possible d'en conclure que le renvoi doive être un mécanisme d'application générale ». Cf. au lendemain de l'arrêt *Riley*, A. Gosselin-Gorand, note sous cet arrêt, *JCPN* 2009, 1196, point 1.A (« Par principe, l'utilisation du renvoi est exclue en matière de succession immobilière. Par exception, son utilisation est admise lorsqu'elle permet au juge français saisi de soumettre la succession à une loi unique »).

juges de l'Hexagone et que la loi respectivement argentine, américaine, anglaise et allemande avait été retenue par les tribunaux de ces pays¹⁰⁰³. C'est précisément l'application de la loi étrangère que les juridictions françaises ont aussi, dans ces quatre espèces, entérinée de leur côté ; il est peu douteux – et d'ailleurs manifeste dans l'affaire *de Marchi* – que leur intention de s'ajuster à la position concrètement prise par leurs homologues étrangers figure au nombre des arguments qui les en ont déterminées en ce qu'elle venait à affermir la constatation, qu'elles firent pour leur propre compte, que la loi de l'autre État « co-intéressé » avait plus de titres pour régir la succession frappée du conflit de renvoi¹⁰⁰⁴. C'est en somme le désir d'harmonie des solutions qui suggérerait ici de refuser le renvoi.

Tournons-nous vers les autres affaires et supposons-les, « ce qui aurait très bien pu arriver »¹⁰⁰⁵, portées devant les juridictions de l'État étranger. Aussi bien, imaginons l'*Amtsgericht* de Passau saisi de la succession *Forgo* en lieu et place du Tribunal de Pau, la Haute Cour de Justice de Londres saisie de la succession *Knowles* en lieu et place ici de nouveau du juge béarnais, une Cour de district de la Nouvelle Orléans saisie de la succession *Soulié* en lieu et place du Tribunal de la Seine¹⁰⁰⁶, le Juge de première instance de Palma de Majorque saisi de la succession *Riley* en lieu et place du Tribunal de Montpellier, le Tribunal de Gênes saisi de la succession *Raineri* en lieu et place du Tribunal d'Aix. Si ces juges étrangers avaient, pour trancher le conflit de renvoi, mis en œuvre les principes de la proximité et de l'autonomie, ils l'auraient tranché en faveur de la même loi qu'ont retenue les juridictions françaises : loi française pour ce qui est de la succession *Forgo*, *Soulié* ou *Raineri*, loi anglaise pour la succession *Knowles*, etc.¹⁰⁰⁷ Délaissions ce regard rétrospectif et supposons avoir affaire à des situations futures *analogues* à ces espèces passées quant à leurs éléments pertinents¹⁰⁰⁸. L'harmonie des solutions, qui suppose l'identité de la solution

¹⁰⁰³ Dans la seule décision étrangère sur laquelle on est un tant soit peu renseigné – Trib. Buenos Aires, 27 juill. 1911 –, il semble que le juge argentin, pour appliquer la loi argentine en dépit de la localisation en France du domicile du *de cujus*, s'était laissé influencer par le lieu du siège du patrimoine : v. *supra*, notes 881.

¹⁰⁰⁴ Cela ressort en des termes énergiques du jugement rendu en première instance dans l'affaire *de Marchi* : lorsqu'il y est affirmé que « les décisions... des tribunaux argentins montrent », en ce qu'elles ont appliqué le droit *argentin*, « tout d'abord avec quelle réserve il faudrait... accepter [la théorie du renvoi], et à quelles difficultés pratiques elle peut aboutir », c'est bien parce que faire jouer en l'espèce le renvoi ne conduirait pas à la coordination des systèmes français et argentin (Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, *Clunet*, 1928, p. 1233).

¹⁰⁰⁵ É. Martin, *Principes*, p. 207 à propos de l'affaire *Forgo*.

¹⁰⁰⁶ Cf. A. Pillet, « Contre la doctrine du renvoi », p. 11.

¹⁰⁰⁷ Comme on l'a relevé, dans la plupart de ces affaires, la prépondérance de la vocation d'une des lois rivales apparaît en effet avec une certaine netteté : le doute ne semble pas justifié à propos des affaires *Forgo*, *Kilford*, *Sanchez*, *Rebbi Abraham Ben Attar*, *Rebbe Ben Attar*, *Cohen*, *Raineri*, *Vandeville*, *Ballestrero* et *Wildenstein* et l'est assez peu à propos des affaires *Soulié*, *Anderson*, *Oppenheimer*, *Mallenson*, *Whitman*, *Jacquot-Simon*, *Ricklin*.

¹⁰⁰⁸ Cette démarche de l'esprit, disons-le au passage et avant d'y revenir par la suite, ne fait qu'épouser le champ de vision que se donne toute juridiction ayant pour tâche de préserver l'unité du droit. Une telle mission implique en effet que la cour qui en est investie tranche toute question inédite par

que donneraient au conflit de renvoi les juridictions des deux pays qu'il implique et qui peuvent en être saisies, s'en trouve largement garantie. Le conflit international de lois est résolu avant la saisine d'un tribunal, quel que soit ce tribunal, français ou anglais dans une espèce franco-anglaise analogue à l'affaire *Knowles*, français ou espagnol dans une espèce franco-espagnole analogue aux affaires *Vandeville* ou *Riley*, français ou italien dans une espèce franco-italienne analogue aux affaires *Raineri* ou *Ballestrero*... La sécurité juridique est assurée à un stade *préjudiciaire*, antérieur à toute judiciarisation. La loi applicable au règlement successoral devient largement prévisible pour les intéressés. Il s'ensuit que plus n'est besoin pour un sujet pourvu d'attaches personnelles et réelles équivalentes à celles de François-Xavier Forgo, Townley Rigby Knowles, Coralie Soulié, Jacques Vandeville, Arnaldo Ballestrero, Daniel Wildenstein, de demeurer dans l'ignorance de la loi – française ou allemande ? française ou anglaise ? française ou louisianaise ? française ou espagnole ? française ou italienne ? française ou suisse ? – qui régit la transmission *mortis causa* de ses biens et qui fixe l'étendue et les modalités d'exercice de sa liberté d'en disposer¹⁰⁰⁹. Il s'ensuit également qu'une fois sa succession ouverte, plus n'est besoin pour ceux qui se trouveront à la place de Joseph Dichtl et consorts, de Rigby Knowles, d'Émile Soulié et de la dame Humann, ou, pour venir plus près de nous, de Ginette Moussard ou de Yves Ballestrero, de Sylvia Roth ou de Guy ou Alec Wildenstein, d'engager une procédure judiciaire pour connaître la loi qui seule établit l'ampleur comme la nature de leurs droits dans la succession à laquelle ils doivent – et peuvent prétendre – obéissance¹⁰¹⁰.

Bien sûr, il peut se produire des situations où le résultat de la mise en œuvre des principes ici envisagés n'est pas suffisamment prévisible, auquel cas le droit applicable à la succession et aux prétentions dépendant de celle-ci n'est pas déterminable à l'avance. C'est le cas des affaires du type *Tassel* où le *de cujus* possède d'importantes attaches personnelles avec les deux États en conflit de renvoi, où les liens qu'entretient avec un État l'un des prétendus successeurs sont *a priori* tout aussi significatifs que ceux qu'un autre prétendant entretient avec l'autre État et enfin où les biens que l'un et l'autre poursuivent se

un principe pouvant régir les situations à venir et servir de modèle aux justiciables pour leur conduite future et aux juges pour l'appréciation de cette conduite : v. *infra*, n° 274 et 434.

¹⁰⁰⁹ Puisque la règle de conflit française retient aujourd'hui le rattachement au domicile de fait (et bientôt la résidence habituelle en vertu du « Règlement successions » : v. *supra*, n° 181), des successions franco-américaines du type de celle de Coralie Soulié et franco-argentines du type de celle de Carlos de Marchi ne provoquent en principe plus de conflits de renvoi (à supposer bien entendu que les juges des deux ordres nationaux localiseraient le domicile du *de cujus* de la même manière) : l'harmonie préjudiciaire des solutions, la prévisibilité du droit et la sécurité juridique sont déjà garanties par les règles de conflit ordinaires. Mais c'est au moment de la décision et au régime qui était alors en vigueur qu'il faut se rapporter dans cet exercice de prospection.

¹⁰¹⁰ Assurément, ils seront parfois obligés de s'adresser au juge lorsque, par exemple, les faits sont contestés ou que non pas l'identité mais la teneur de la loi applicable quant aux droits et obligations qu'elle fait naître dans la sphère des particuliers est elle-même incertaine : v. cependant notre hypothèse de travail, *supra*, n° 3.

trouvent répartis dans les deux États sans qu'un siège principal ne se dégage nettement. S'en remettre à la proximité signifie ici s'en remettre largement à la discrétion du juge saisi, dont on ne sait dès lors pas avec certitude vers quelle loi il s'orientera, mais on sait au moins que le degré de cette incertitude sera *a priori* le même devant le juge français et devant le juge espagnol. Si la sécurité préjudiciaire n'est pas garantie aux proches du *de cujus* qui se trouveront dans la peau d'Ana Tassel Carvalho ou de Jeanne Lacoume-Tassel, car ils seront contraints de s'adresser à un juge, espagnol ou français, pour que l'incertitude quant au droit applicable soit tranchée, le juge saisi, français ou espagnol, aura au moins le pouvoir de statuer lui-même sur le conflit de renvoi et trancher lui-même l'incertitude qui en découle en retenant concrètement la loi dont l'application lui paraît la plus équitable, si bien qu'au moins la justice entendue comme *Einzelfallgerechtigkeit* sera assurée. Si l'approche consistant à accepter de façon inconditionnelle le renvoi en matière successorale, ou à le refuser de manière pareillement inconditionnelle, était réellement adoptée par la France et l'Espagne, une telle approche, en plus d'obliger les parties à saisir un juge pour se débarrasser de l'hésitation, retirerait du même coup au tribunal saisi le pouvoir de la trancher : c'est l'avatar d'Ana Tassel Carvalho qui, en saisissant le Tribunal de Madrid, aura le loisir d'arbitrer le conflit de renvoi en faveur du droit espagnol ou bien c'est celui de Jeanne Lacoume-Tassel qui, en ouvrant une action devant le Tribunal de Montpellier, le tranchera en faveur du droit français. La fonction juridictionnelle appliquée à la détermination de la loi compétente finirait de la sorte par être exercée en la circonstance par une partie au litige ; ce n'est pas le juge saisi qui tranche mais le plaideur le plus rapide, donc souvent le plus fort, celui qui dispose de plus de ressources, et il pourra le faire à son avantage, alors que l'équité commande souvent la solution opposée¹⁰¹¹.

Il reste à vérifier si les principes de la proximité et de l'autonomie sont à même de rendre compte également de la manière dont les juges étrangers – anglais, américains, espagnols, allemands (y compris bavarois) – ont tranché les conflits de renvoi en matière successorale, dont un certain nombre impliquaient d'ailleurs la France. Mais avant de poursuivre en ce sens l'investigation, restons sur notre terrain hexagonal et confrontons l'hypothèse d'explication que nous a paru appeler cette jurisprudence à celles qu'elle a inspirées à la doctrine française.

§ 2. Synthèse confrontée aux motifs et aux explications avancées par la doctrine

272. Conditions implicite et explicite du renvoi. On s'intéressera d'abord aux explications proposées à l'égard des décisions rendues en matière mobi-

¹⁰¹¹ *Supra*, n° 95.

lière. Ces décisions tirent leur origine d'une règle de conflit depuis longtemps obsolète et constituent dès lors une expérience fermée appartenant à l'histoire au point que le souvenir de telles théories et de leur aspiration à rendre compte du droit positif français s'est un peu estompé aujourd'hui. Axées en substance sur la recherche de l'« équité », de l'« intérêt prépondérant » et du « résultat concret » le plus souhaitable, elles supposent logiquement à l'œuvre dans la jurisprudence une « condition » implicite pour l'acceptation du renvoi (A). Suscité par une nouvelle vague décisionnelle venant clore une quasi-éclipse longue d'un demi-siècle, le renouvellement du débat doctrinal s'est surtout focalisé sur le caractère conditionnel du renvoi, explicité cette fois tout nettement par la Cour suprême à la faveur des récentes affaires immobilières (B).

A – « Équité », « intérêt prépondérant » et « résultat concret » : renvoi implicitement conditionnel (de Forgo à de Marchi)

273. La force de l'« évidence » et l'« équité ». La vocation de la loi française à trancher le conflit de renvoi généré par l'espèce *Forgo* s'est, a-t-on soutenu, imposée avec la force d'une « évidence »¹⁰¹². Car « [l]a succession apparaît comme une succession française, ressortissant sous tous les rapports au droit interne »¹⁰¹³. On a pu mettre en relief que « cette économie intime du litige », cette prépondérance des attaches avec la France, « a dominé toutes ces vicissitudes », que ce sont les « circonstances de fait » qui ont en l'espèce « recommandé » la « solution [en droit] »¹⁰¹⁴ : par quoi l'on entend attribuer à pareille prépondérance une valeur *déterminante* du triomphe de la loi française, y discerner la *justification* de ce triomphe¹⁰¹⁵, c'est-à-dire la *juridification* de ces circonstances de fait.

C'est, a-t-on aussi avancé et en des termes insistants, que « si l'on va au fond des choses, on découvre que surtout aux yeux des juges, il s'agissait d'un conflit entre l'*équité* et le *droit strict* »¹⁰¹⁶, d'une « longue lutte » que la justice

¹⁰¹² Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 227. Sur l'absence de motifs explicites dans les deux décisions de 1878 et de 1882, v. P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 6^e éd., p. 274 et aujourd'hui A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 49 (« aucun des deux arrêts ne fournit la moindre explication »).

¹⁰¹³ M. Philonenko, « L'Affaire Forgo (1874-1882) », p. 284.

¹⁰¹⁴ M. Philonenko, « L'Affaire Forgo (1874-1882) », respectivement p. 283-284 et 310.

¹⁰¹⁵ C'est peut-être ce à quoi l'on songe lorsqu'on affirme que l'affaire *Forgo* est « à tel point liée aux circonstances particulières du litige, qu'elle eût fort bien pu passer pour un cas d'espèce proprement dit » : Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 228.

¹⁰¹⁶ M. Philonenko, « L'Affaire Forgo (1874-1882) », p. 283, et puis encore, « ce n'est qu'une longue lutte entre le droit strict et l'*équité* » (p. 284) ; et « les juge du fond, le Tribunal civil et la Cour de Pau, impressionnés par les circonstances de fait de l'espèce, cherchent à échapper pour des raisons d'*équité* et de bon sens à l'argument juridique de double fiction qu'invoquent en leur faveur les époux Dichtl » (*ibidem*) ; cf. p. 287, où il est question d'« aspect *équitable* de la solution de la Cour de Pau » (c'est nous qui soulignons). R. Sfeir, *Aspects contemporains du renvoi*, p. 247 reprend à son compte cette analyse.

individuelle a finalement remportée. Précisons d'abord qu'il s'agit bien de l'équité propre au droit international privé, au regard de laquelle les « prétentions de l'Administration des domaines » apparaissaient « plus dignes de considération »¹⁰¹⁷ que celles de Joseph Dichtl et consorts *parce que* fondées sur la loi qui était dans l'ensemble la plus significativement rattachée à l'espèce, la loi française. Précisons ensuite et surtout que pareille équité-proximité ne s'est déployée qu'à partir de la découverte, œuvre de la Cour suprême elle-même et consignée dans son arrêt de 1878, de l'existence du conflit de règles de conflit et dans le seul but de résoudre cette nouvelle espèce de conflit que la Cour venait d'isoler¹⁰¹⁸. Ce point mérite qu'on s'y arrête.

Souvenons-nous qu'au cours de la première phase du procès, celle que clôt l'arrêt de 1875, seule a été agitée la question de la teneur de la règle de conflit française pertinente et que la Cour régulatrice, en se tenant sur le terrain du « droit strict », avait annulé la décision de la Cour de Pau qui, mûe, comme le Tribunal de Pau avant elle, par la recherche de l'équité-proximité au stade même du conflit de lois, avait accueilli, parce que justifiées au regard de la loi la plus significativement rattachée, les prétentions avancées par l'Administration. À cette décision, la Cour régulatrice reproche d'avoir retenu le domicile *de fait* et non le domicile *légal* lequel, comme elle en fait le constat, chez François-Xavier Forgo, n'était manifestement pas en France¹⁰¹⁹. Aussi équitable que soit dans le cas particulier, et singulier, de François-Xavier Forgo la préférence donnée au domicile de fait et par là à la loi française, la cassation n'est pas moins prononcée par la Cour suprême et ce, est-on fondé à penser compte tenu de la mission première de celle-ci, dans la vue de ne pas déstabiliser à nouveau la pratique, de ne pas replonger les justiciables dans l'incertitude quant au point de savoir si c'est le domicile légal-d'origine ou le domicile de fait qui est déterminant pour fixer le droit applicable à la succession d'un étranger : ce point, avertit en substance la Cour, a été tranché à l'occasion d'affaires antérieures et il faut en conséquence le tenir pour réglé jusqu'à nouvel ordre et se tenir à la façon dont il l'a été, que cela plaise ou non, sans prétendre le remettre en cause, et ce dans les situations mêmes où le respect rigoureux de

¹⁰¹⁷ M. Philonenko, « L'Affaire Forgo (1874-1882) », p. 308. Cf. R. Sfeir, *Aspects contemporains du renvoi*, p. 247.

¹⁰¹⁸ V. la démonstration menée, archives à l'appui, par M. Philonenko, « L'Affaire Forgo (1874-1882) », p. 288, dont voici la conclusion : « la Chambre Civile s'est livrée elle-même et *proprio motu* à l'examen des dispositions de la loi étrangère, au point de vue des règles de conflit de la loi bavaroiise d'après le *Codex Bavarioris Maximilianus...*, auquel ni les décisions des juges de fond, ni le pourvoi, ni le mémoire ampliatif ne contenait la moindre allusion ».

¹⁰¹⁹ « [L']arrêt attaqué s'est uniquement fondé sur ce que ledit Forgo, qu'il reconnaît d'ailleurs n'avoir point été autorisé à établir son domicile en France, y aurait eu un domicile de fait résultant de certaines circonstances relevées dans ses motifs ; attendu que ces faits, tels qu'ils sont constatés, ne suffiraient pas pour attribuer à Forgo un domicile légal avec les effets juridiques qui y sont attachés, et de nature, suivant les prétentions de l'Administration..., à soumettre sa succession aux règles établies par la loi française, qu'en jugeant le contraire, l'arrêt attaqué a violé les dispositions de l'art. 13 C. civ... » : Cass. (civ.), 5 mai 1875, S. 1875.1.410.

la solution retenue aboutit à une justice sous-optimale. Aussi la Cour a-t-elle préféré, au plan du *conflit de lois*, le droit strict à l'équité, la sécurité juridique à la justice du cas concret, en renonçant à admettre et faire jouer une sorte de clause d'exception avant la lettre, dont les conditions de déclenchement telles que les consacrent les dispositions d'aujourd'hui – lien lâche avec l'État de la loi désignée et lien beaucoup plus étroit avec un autre État – étaient pourtant en l'espèce si exemplairement réunies.

Tout a changé avec la découverte du conflit des règles de conflit. Sans doute la Cour a-t-elle senti en 1878 que le fait de tenir le rattachement au domicile légal-d'origine pour définitif alors même que – ce qu'elle ignorait en 1875 – il se heurtait au rattachement au domicile de fait retenu par l'État étranger, la Bavière, où il se concrétisait, risquait précisément de créer une instabilité du même type que celle qu'elle s'était efforcée de combattre en 1875, d'ébranler la sécurité internationale des rapports naissant de ces successions franco-bavaroises, et de toutes celles que secouait un heurt similaire, car ces successions venaient à se trouver simultanément soumises au droit *bavarois* (du fait du rattachement auquel souscrivait la France) et au droit *français* (du fait du rattachement auquel souscrivait la Bavière). Non seulement la préoccupation qui, s'agissant d'identifier la règle de conflit française, avait en 1875 milité en faveur de l'adhésion au domicile légal-d'origine même pour la succession de François-Xavier Forgo ne pouvait plus être invoquée pour expliquer son maintien à présent qu'il s'agissait de surmonter l'opposition des règles de conflit, mais c'est précisément cette préoccupation qui suggérait de s'en écarter. Voilà qui est, pour la Cour, une constatation libératoire, libérante, car elle la dispensait du devoir de s'accommoder malgré elle, au nom de la sécurité, d'un résultat aussi peu satisfaisant sous l'angle de la justice individuelle. Repoussée avec fermeté sur le plan du conflit de lois par l'arrêt de 1875, l'équité-proximité l'emporta donc en effet au stade du conflit de renvoi dans l'arrêt de 1878. Mais c'est une équité toute différente. Sur le plan du conflit de renvoi, elle ne s'opposait plus au droit strict, car sur ce plan il n'existait point encore de droit strict, de règle de conflit de renvoi bien établie et génératrice d'attentes. Une telle règle, c'est ce qu'il s'agissait d'édifier, et se trouvant propulsée sur ce terrain vierge, en friche, la Cour pouvait commencer à le labourer avec les outils que lui offrait une équité qui, non concurrencée par le droit strict, finissait par coïncider avec la justice de droit international privé à l'état pur.

L'analyse de l'enchaînement des deux décisions, de 1875 et de 1878, la perception du mouvement de l'esprit qu'il traduit, harmonieux en profondeur tel le mouvement de systole et diastole, l'une qui affirme que la loi française n'est pas désignée par la règle française de *conflit de lois*, l'autre qui affirme que la loi française peut et doit en l'espèce être retenue s'agissant de trancher un *conflit de règles de conflit*, permet de mieux mesurer la part de vérité que renferme la remarque qu'a formulée l'auteur qui s'est le plus attaché à « pénétrer la pensée de la Cour dans cette affaire capitale », selon laquelle « pour la Cour suprême, les considérations théoriques quant à la valeur intrinsèque... de la théorie du

renvoi... s'effaceraient devant un but beaucoup plus important, celui d'assurer le vrai respect à la loi française par son application... à une succession ouverte en France, et composée uniquement de biens situés en France », c'est-à-dire « relativement aux intérêts matériels se trouvant sur le territoire français »¹⁰²⁰ : formule, la première, empruntée à un arrêt rendu par la Chambre des requêtes le 28 avril 1836¹⁰²¹, dans lequel, nous dit l'emprunteur, « on aurait pu voir le vrai précédent de l'arrêt *Forgo* puisqu'il fait comprendre dans une forme exagérée, même sous un jour un peu cru..., la pensée intime de la Cour »¹⁰²².

Or la « pensée intime » de la Cour n'a assurément pas été qu'il fallait, en tout cas et à tout prix, satisfaire l'intérêt qu'avait l'État français à s'assurer la mainmise sur une succession opulente et les recettes fiscales que promettait son maintien en France, hypothèse d'explication répétée tant de fois notamment hors de France¹⁰²³ et qui, en mélangeant la cause et l'effet, aboutissait à adresser à l'une des juridictions les plus prestigieuses l'un des reproches les plus graves, celui de partialité, ici de surcroît calculée et masquée, reproche dont on remarquera qu'il se place aux antipodes de l'équité et dont il suffit de rappeler l'enchaînement arrêt de 1875-arrêt de 1878 pour en exclure la pertinence, si ce n'est pour en révéler l'injustice : l'arrêt de 1875, et celui de la Cour de Bordeaux de 1876 qui, en s'inclinant, condamnait l'Administration « à délaisser et à restituer [aux consorts Dichtl] l'entière succession mobilière de François-Xavier Forgo »¹⁰²⁴, auraient très bien pu clore l'affaire en faveur de ceux-ci, d'autant que le pourvoi formé par l'Administration ne se souciait pas de signaler à la Cour suprême la teneur contraire de la règle de conflit bavarise¹⁰²⁵.

Mais la pensée intime de la Cour n'a pas été non plus – et c'est l'enchaînement signalé qui de nouveau l'atteste – qu'il fallait, en tout cas et à tout prix, faire prévaloir la loi française par cela *seul* que celle-ci disposait des titres objectifs les plus légitimes. Une condition *sine qua non* du succès de la loi française a été le constat, dressé dans l'arrêt de 1878, de l'opposition franco-bavarise des règles de conflit : n'y aurait-il pas eu un tel conflit de renvoi,

¹⁰²⁰ M. Philonenko, « L'Affaire Forgo (1874-1882) », p. 308-309. Pour le « rapprochement » entre les arrêts *Forgo* et celui de 1836, v. ég. R. Sfeir, *Aspects contemporains du renvoi*, p. 247.

¹⁰²¹ S. 1836.1.751.

¹⁰²² M. Philonenko, « L'Affaire Forgo (1874-1882) », p. 309.

¹⁰²³ M. Sennettag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 23 résume ainsi ce que pensent de l'arrêt *Forgo* les nombreux auteurs qu'il a consultés : « [d]er einzige Zweck der Anerkennung des renvoi im Fall Forgo sei es nämlich gewesen, der Nachlass des Forgos dem französischen Fiskus zukommen zu lassen » ; v. ég. G. Maridakis, « Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé », *Rec. cours*, 1954, t. 85, p. 169 : « une solution trouvée à la seule fin que des biens qui se trouvaient en France ne fussent pas soustraits au fisc français pour tomber entre les mains de ressortissants étrangers ». Mais v. A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 58, note 69 : « [i]l serait toutefois arbitraire d'attribuer à la Cour une telle arrière-pensée ».

¹⁰²⁴ Bordeaux, 24 mai 1876, S. 1877.2.1010.

¹⁰²⁵ V. *supra*, note 886.

l'arrêt de 1878 aurait été confirmatif, le droit strict désignant la loi bavaroise se serait imposé, les consorts Dichtl auraient eu gain de cause. Mais si le passage cité plus haut semble méconnaître l'influence décisive qu'a eue cette condition, il a le mérite de suggérer que, pour être nécessaire, celle-ci n'en est pas pour autant suffisante, que si elle concourt à expliquer ce qu'a fait la Cour et pourquoi elle l'a fait, elle ne suffit pas à elle seule pour l'expliquer. La Cour ne s'est pas, pour surmonter le désaccord des règles de conflit, arrêtée à la seule règle de conflit bavaroise comme le veut le mécanisme qui sous-tend la « théorie du renvoi », elle a statué conformément à la loi française non pas par cela seul que la règle bavaroise la désignait au niveau du conflit de lois mais parce que le commandait, au niveau du conflit de règles de conflit, l'équité-proximité. Celle-ci faisait apparaître la prétention de l'Administration comme plus légitime non pas, insistons-y, parce que fondée sur la loi du for et du juge, sur la loi au contenu plus familier pour celui-ci ou plus élevé, non pas parce qu'elle faisait prévaloir le plaideur français sur le plaideur étranger, l'intérêt de l'État français sur l'intérêt de particuliers anonymes encore qu'aguerris, mais parce que fondée sur la loi dont la vocation à emporter le conflit de renvoi était plus respectable en ce qu'elle était la loi de l'État présentant les liens les plus étroits. Que la loi française se trouvait être la loi du for, la loi mieux connue du juge du for, celle qui favorisait en l'espèce le plaideur du for, l'État et tout particulièrement le fisc français, tout cela est vrai mais tout cela est de l'ordre des *effets* de la justice qu'a rendue la Cour et y insister autant n'a fait qu'obscurcir les vraies *causes* explicatives de celle-ci.

L'arrêt *Soulié* est moins pauvre en arguments explicites.

274. « Intérêt prépondérant » et « suppression du conflit » : *Soulié*. Ceux qu'il avance sont encore aujourd'hui cités comme les plus représentatifs de la démarche qu'a suivie la Cour régulatrice au cours de cette première saison du renvoi. Leur concision, parfois jugée décevante, si ce n'est irritante¹⁰²⁶, a cependant poussé les premiers commentateurs à en appeler aux « considérations d'ordre pratique », immédiatement saisies par la Cour, et par là à exclure que celle-ci ait entendu rendre un arrêt de principe : elle « laisse apparemment à la doctrine – a-t-on avancé – le soin de déterminer, par de nouvelles investigations et des recherches plus approfondies encore, si les principes imposent l'acceptation ou le rejet du renvoi »¹⁰²⁷. L'observation suggère que les « prin-

¹⁰²⁶ J. Perroud, note sous l'arrêt *Soulié*, *Clunet*, 1910, p. 890 : « [i]l est... regrettable que l'arrêt, à l'appui de la solution à laquelle il a cru devoir s'arrêter, se soit montré si laconique dans les motifs » ; E. A., note sous le même arrêt, *S.* 1913.1.105 : « [c]es motifs sont très brefs et peu précis » ; J. Falconbridge, « Renvoi et succession mobilière », p. 461 : « il paraît superflu de commenter plus longuement cette façon de trancher une importante question de principe » ; rapp. ég. A. Pillet / J.-P. Niboyet, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1924, p. 384 : « on pouvait espérer que... la Cour suprême procéderait à un examen approfondi du problème et de ses conséquences, appuyé de la volumineuse littérature du sujet et qu'elle rendrait, cette fois, un arrêt de principe fixant la pratique. Il n'en a rien été ».

¹⁰²⁷ É. Potu, *La question du renvoi*, p. 61.

cipes » puissent opérer dans un sens ou dans l'autre. Les « nouveaux efforts » que la Cour aurait « exigés »¹⁰²⁸ ne peuvent que se déployer à partir des deux indices qu'elle fournit. Il s'agit, d'une part, du résultat consistant en la « suppression du conflit » ; c'est la « vraie raison », le « grand argument » de l'arrêt *Soulié*, a-t-on dit du côté de ses détracteurs¹⁰²⁹, l'*argument-fin* pourrait-on dire. Il s'agit, d'autre part, de la soumission à loi française des « intérêts naissant sur le territoire français » : c'est là l'*argument-moyen*. Envisageons successivement l'un et l'autre.

Le conflit d'« intérêts », de prétentions, que recouvre tout litige oppose en matière successorale deux ou plusieurs *sujets* et a pour *objet* les biens héréditaires. Établis sur le « territoire français », Émile Soulié et la dame Humann possédaient des attaches dominantes avec la société française, qui était dès lors sans doute la plus affectée par leur différend. Les biens laissés par Coralie Soulié que poursuivaient l'un et l'autre se trouvaient eux aussi sur le « territoire français », en tout cas majoritairement. Il n'est dès lors pas étonnant que l'on ait pu discerner dans l'arrêt *Soulié* la consécration de l'« intérêt prépondérant »¹⁰³⁰, lequel s'apparente à la recherche du « centre de gravité » des intérêts des personnes concernées qui, pour d'autres auteurs, justifie et explique l'accueil du renvoi consenti par la jurisprudence rendue dans d'autres domaines¹⁰³¹. Rejoignant la *proximité* au sens reçu ici, l'« intérêt prépondérant », par les sujets et l'objet du contentieux, pointe, dans l'affaire *Soulié*, vers la France¹⁰³².

Quant à l'*argument-fin*, on s'accorde pour affirmer que la Cour a eu le « sentiment » qu'en l'espèce l'application de la loi française « résout un conflit », qu'« elle a perçu *in concreto* le conflit des règles de conflit »¹⁰³³. Tâchons de saisir la source et la portée de pareil sentiment. Le rôle de « juge du conflit des règles de conflit » qu'elle a dû endosser a incité la Cour à se hisser au ni-

¹⁰²⁸ En ce sens l'annotateur anonyme, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 873 : « le sens de notre arrêt n'est pas, croyons-nous, que la jurisprudence interdise ici toute espérance à la doctrine, mais simplement qu'avant de se livrer à un examen approfondi de ses raisons, elle exige de nouveaux efforts ».

¹⁰²⁹ A. Pillet, « Contre la doctrine du renvoi », p. 10.

¹⁰³⁰ J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 731.

¹⁰³¹ H. Batiffol / P. Lagarde, *Droit international privé*, p. 368 (cité *supra*, note 1000).

¹⁰³² Sur ce que l'« application [de la loi française] est justifiée par des considérations de proximité, du fait de la naissance de tels intérêts sur le territoire français », v. R. Sfeir, *Aspects contemporains*, p. 155.

¹⁰³³ H. Batiffol, *Aspects philosophiques*, p. 307. En ce sens ég. B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 70 : « En affirmant qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé, la Cour de cassation entendait sans doute marquer que, grâce au renvoi, la solution serait la même en France et en Bavière ». Sur ce que « dans l'attenué de l'arrêt *Soulié* » se fait jour l'« idée d'harmonie des solutions », v. récemment R. Sfeir, *Aspects contemporains du renvoi*, p. 359 : « l'objectif de supprimer tout conflit de part et d'autre pouvait être interprété comme le désir de parvenir à une harmonie effective des solutions ».

veau d'un « règlement supérieur du droit international privé »¹⁰³⁴ et à s'en rapporter à un principe « supérieur » de justice. Or suivre la règle de conflit française et appliquer la loi étrangère serait pécher par partialité tout autant que suivre la règle de conflit étrangère et retenir la loi française. Loi du « territoire » où se localise l'« intérêt prépondérant », la loi française désignée par la règle de conflit étrangère paraît aux yeux de la Cour apte à départager les rattachements au domicile d'origine et au domicile de fait de la *de cujus*. Si la Cour ne s'est peut-être pas clairement représentée le juge américain comme entérinant *effectivement* le même principe de solution, le fait de lui assurer en tout cas la *possibilité* de s'y rallier est inhérent à la démarche consistant à en appeler à un principe supérieur. Insistons sur ce point capital. On ne saurait nier que la haute juridiction ait entendu donner au conflit de renvoi franco-louisianais frappant la succession de Coralie Soulié une solution telle que les juges pouvant être à l'avenir confrontés à un conflit du même genre puissent la prendre pour modèle et l'entériner de leur côté. Cela répond au devoir pesant sur toute juridiction ayant pour tâche d'assurer l'unité du droit. Dès lors que le juge saisi le premier d'un conflit de renvoi considère que les juges de l'autre État entrent bien dans la catégorie de ces « autres juges » susceptibles de connaître à l'avenir d'un conflit du même type, la « généralisabilité » du principe de solution qu'il entend adopter, quel qu'il soit, devient même une nécessité. Aussi suffit-il de prêter à la Cour d'avoir envisagé comme pouvant être saisis de ce conflit de renvoi franco-louisianais non seulement les juges *français* mais également les juges *louisianais* pour conclure qu'elle a observé de manière spontanée et implicite la structure *bilatérale* de la règle sur le renvoi que préconise la synthèse. Il est d'autant moins aventureux de le penser que face à une question inédite, le juge doit bien la trancher comme pourrait le faire un *législateur* et que l'on admet généralement que le législateur désireux de « supprimer » un conflit de lois doit aborder le problème comme seul pourrait le faire un législateur *universel* ou tout au moins *supranational*. Aussi bien est-on fondé à supposer que ce juge-législateur, qui a eu le « sentiment » de « supprimer un conflit de lois » prenant la forme d'un conflit franco-louisianais de règles de conflit, ait entrepris de l'arbitrer comme seul pourrait le faire un juge-législateur supranational et spécialement franco-louisianais, c'est-à-dire à l'aide d'un principe susceptible d'être érigé en modèle et suivi tout autant par les juges et le législateur de son État, ici la France, que par les juges et le législateur de l'autre État, ici la Louisiane. Sans doute, à défaut de consignes législatives, le juge national ne détient que le pouvoir d'agir en lieu et place du législateur *de son pays* et le droit qu'il contribue de la sorte à créer n'est que le droit de l'État dont il tient ses pouvoirs. Mais puisqu'en droit international privé et plus particulièrement sur le terrain du conflit de lois, le législateur *national* peut et doit

¹⁰³⁴ Cf. J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 731, pour qui l'arrêt *Soulié* suggère « l'idée qu'un règlement supérieur de droit international privé intervient pour résoudre le conflit de renvoi », ce règlement reposant pour lui sur l'« intérêt prépondérant en cause ».

se penser comme législateur *supranational*¹⁰³⁵, force est de conclure que le juge national, lorsqu'il agit en lieu et place du législateur national, doit, tout comme celui-ci, se « comporte[r] d'une certaine manière en organe de la justice internationale »¹⁰³⁶ et adopter des solutions pouvant l'être également par les juges des autres États « co-intéressés ».

Il est d'autant plus raisonnable de le soutenir que l'étude minutieuse de la jurisprudence française des trois premières décennies du XX^e siècle a conduit à affirmer qu'« elle est pénétrée d'esprit universaliste », que « dans le silence des textes... elle s'applique à découvrir des règles universelles », que « pour nationale qu'elle soit de son essence, elle n'est pas moins universaliste par sa méthode, par son esprit et par les règles qu'elle consacre », que le « système qu'elle construit pourrait faire office de système universel », que l'on pouvait même y discerner « une leçon d'universalisme » donnée aux auteurs¹⁰³⁷. N'épouse-t-on donc pas mieux les tréfonds de la pensée de la Cour en attribuant à sa pensée sur le renvoi une forme multilatérale, à cette amorce de « système » de solution du conflit qu'elle met en œuvre, la forme bilatérale nécessaire pour qu'il « [puisse] faire office de système universel » ?

Voilà du moins où pourraient emmener les « nouveaux efforts » pour éclairer sa propre démarche, que, d'après la vue évoquée, la Cour aurait, dans l'arrêt *Soulié*, « exigés de la doctrine ».

275. « Intérêt prépondérant » et « suppression du conflit » plaidant en faveur de la loi étrangère : de Marchi. Que les décisions de la Cour sont directement liées à la configuration particulière des espèces qu'elles tranchent, c'est ce qu'a paru suggérer l'arrêt *de Marchi*. La Cour en effet, a-t-on dit, esquive ici « le domaine périlleux des principes pour se contenir sur celui, plus sûr et solide, des cas d'espèce et des situations concrètes »¹⁰³⁸. C'est une double préoccupation qui semble avoir animé son intervention dans cette autre grande affaire : de ne pas contredire les premiers juges, qui – notamment, en des termes énergiques, le Tribunal de la Seine – avaient laissé la succession litigieuse sous l'autorité de la loi étrangère, et de ne pas se contredire elle-même en marquant une rupture par rapport à la jurisprudence *Forgo* et *Soulié*. Montrer comment elle peut satisfaire ce double besoin de continuité, verticale et horizontale pourrait-on dire, c'est semble-t-il saisir le sens et l'économie de cette espèce d'acrobatie conceptuelle à laquelle elle a dû se livrer. Le *de cuius* « n'avait point transporté les éléments de son imposante fortune, constituée presque exclusivement par des valeurs, immeubles ou créances hypothécaires situés en République argentine », les biens laissés en France « n'ayant que peu de valeur ». Les parties au

¹⁰³⁵ *Supra*, n° 103 s. ; de telles considérations sont reprises *infra*, n° 434, ainsi que dans la « Synthèse ».

¹⁰³⁶ B. Audit, *D.i.p.*, p. 37.

¹⁰³⁷ J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 13, 21 et 23.

¹⁰³⁸ J. Donnedieu de Vabres, « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », p. 170.

litige – notamment Antonio et Elisa de Marchi, par leur résidence et par leur nationalité – étaient sûrement rattachées au milieu argentin et avaient aussitôt saisi les juges de Buenos Aires¹⁰³⁹. Pour reprendre les mots de l'arrêt *Soulié*, les « intérêts » que le différend met en cause semblent bien d'abord « nés », et en tout cas s'enraciner principalement, sur le « territoire » argentin. Quant à l'argument-fin, l'objectif de supprimer le conflit de renvoi commande ici aux yeux du Tribunal de la Seine – non désavoué par la haute juridiction – d'autant plus impérieusement que l'on retienne la loi argentine vers laquelle dirige la recherche de l'« intérêt prépondérant », que c'est au profit de cette loi que les juges argentins avaient estimé devoir le trancher. En évoquant – après avoir rappelé le fait de cette saisine antérieure – les « difficultés auxquelles [la théorie du renvoi] peut aboutir », le Tribunal de la Seine semble bien mettre en relief que c'est la finalité même à laquelle aspire par essence la règle sur le renvoi – l'harmonie qu'entraîne la suppression du conflit – qui impose ici qu'elle joue au profit de la loi étrangère.

276. Recherche du « résultat concret souhaitable ». « Renvoi-expédient ». « Renvoi-règlement subsidiaire ». En se penchant sur les décisions des juges de première instance et d'appel, au constat qu'ils « statuent tantôt dans un sens, tantôt dans un autre »¹⁰⁴⁰ se joint l'observation qu'ils « montrent... presque toujours ce parti pris de sagesse qui consiste à ne pas vouloir résoudre pour leur propre compte une question aussi abstraite et aussi notoirement ardue »¹⁰⁴¹. C'est là en quelque sorte un premier élément de continuité. Un second élément de continuité a pu être discerné dans la rationalité du résultat sur lequel débouchent de telles décisions : « [o]n peut... conjecturer qu'en admettant ou en rejetant le renvoi, les tribunaux et les cours d'appel aient visé souvent à atteindre un *résultat concret* considéré en soi comme *souhaitable* »¹⁰⁴².

Aussi est-ce de l'observation de cette jurisprudence – et en substance de la *justice du « résultat » concret*, qui n'est autre chose que la *justice du cas concret* (*Einzelfallgerechtigkeit*) – que se nourrit la théorie dite du « renvoi-expédient ». D'après celle-ci, la vocation du droit français à régir la relation frappée de renvoi, les tribunaux ne l'aurait pas admise par cela seul que la règle de conflit étrangère le désigne ; des facteurs supplémentaires les en auraient déterminés, qui les ont parfois orientés vers le droit étranger. La synthèse fondée sur un critère bilatéral et notamment sur la proximité et l'autonomie ne fait en définitive autre chose que tâcher de démêler ces facteurs supplémentaires, à savoir d'expliquer pourquoi le « résultat » consistant à ce que la succession de

¹⁰³⁹ Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, *Clunet*, 1928, p. 1233 : « les tribunaux argentins... statuant sur les prétentions de la veuve de Marchi, ont proclamé qu'elle avait un droit exclusif à l'envoi en possession de tous les biens mobiliers et immobiliers situés en Argentine ».

¹⁰⁴⁰ En ce sens J.-P. Niboyet, note sous Douai, 26 mars 1929, *Dutnall, Rev. dr. int. pr.*, 1930, p. 502-503.

¹⁰⁴¹ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 244.

¹⁰⁴² Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 261, dans les « Conclusions » de son maître-ouvrage.

Schettler, Mack, Knowles demeure sous le contrôle de la loi étrangère a paru tout aussi « juste » et « souhaitable » que l'a été la soumission à la loi française de la succession de Mallinson, Whitman et Sanchez ; elle voit dès lors une certaine stabilité dans l'action, et d'abord dans l'identification, de ces causes concomitantes, tandis que l'invocation de l'expédient peut donner à penser que chaque tribunal a agi sous l'impulsion de mobiles propres et à peu près insondables.

En cela la synthèse se rapproche de l'idée du renvoi-règlement subsidiaire telle qu'elle fut initialement énoncée. On rappellera que cette dernière a été également favorisée par l'analyse de cette jurisprudence et qu'elle a d'abord été proposée comme théorie d'explication du droit positif qui s'en dégage¹⁰⁴³. À l'instar du renvoi-expédient, la théorie du règlement subsidiaire soutient que les tribunaux ne se sont pas bornés à suivre la règle de conflit étrangère : en cela les trois explications se rejoignent parfaitement. À la différence du renvoi-expédient, les tenants du renvoi-règlement subsidiaire considèrent que c'est un principe assez constant qui a guidé les juges. La synthèse proposée semble bien s'affirmer de nouveau comme à même de réconcilier des points de vue apparemment opposés, à faire converger ces deux conjectures : si elle emprunte à la théorie du renvoi-règlement subsidiaire l'observation que les solutions retenues par les juges ne sont pas réductibles à une casuistique disparate mais peuvent se ramener à l'emploi d'un même facteur de solution susceptible d'être consacré dans une règle générale et abstraite, la synthèse partage avec la théorie du renvoi-expédient l'idée qu'un tel facteur ne s'identifie pas au rattachement qu'adopte la règle de conflit étrangère mais constitue bel et bien un élément tiers et neutre pouvant parfaitement désigner la loi matérielle étrangère.

277. Possibilité d'une interprétation restrictive. En embrassant d'un regard ce premier corps de décisions et notamment celles de la Cour suprême, on a pu en conclure que celle-ci « se montre ainsi singulièrement réservée », que si « elle consacre le renvoi avec constance » dans ses solutions, « elle n'en donne point de très claire raison »¹⁰⁴⁴ ; c'est parce qu'elle n'est pas « allée jusqu'à [l']admission *inconditionnelle* » du renvoi qu'elle « pourrait déjà être interprétée dans un *sens restrictif* »¹⁰⁴⁵. La transformation de la règle de conflit mobilière après 1927 a eu pour conséquence que les occasions pour expliciter la nature

¹⁰⁴³ P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », p. 877 ; v. ég. du même auteur, *Précis de droit international privé*, 6^e éd., p. 281, pour qui l'arrêt *Soulié* « s'accorde mieux avec la conception d'un règlement français subsidiaire qu'avec celle d'une délégation voulue par le d.i.p. étranger ».

¹⁰⁴⁴ J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 713.

¹⁰⁴⁵ Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 242. Pour D. Holleaux, J. Foyer et G. de La Pradelle, *D.i.p.*, n° 494, « la jurisprudence française n'a[...] pas affirmé de façon explicite un principe général d'admission du renvoi » (cités par P. Courbe, « Retour sur le renvoi », p. 250).

« conditionnelle » – et par là « restrictive » – de l’admission du renvoi devaient se présenter bien plus tard et sur le versant des successions immobilières.

B – Consécration explicite du caractère conditionnel du renvoi (de Ballestrero à Tassel)

278. Rôle du domicile dans les arrêts *Ballestrero* et *Wildenstein*. À propos de l’arrêt *Ballestrero*, dont on a souligné une fois de plus la « grande sobriété de motivation »¹⁰⁴⁶, on a pu dire de la loi française vers laquelle il s’achemine, que « peut-être cette loi, est-elle, en définitive, plus appropriée pour régir la situation litigieuse », « la Cour de cassation a[yant] estimé avoir affaire à une *succession entièrement française* »¹⁰⁴⁷. Est-ce donc, comme dans l’affaire *Forgo*, l’évidence de la supériorité des titres de la loi française qui aurait dispensé de motiver autrement qu’elle ait été préférée ?

Le silence est moins entier dans l’arrêt *Wildenstein*. La Cour invite à trancher l’éventuel conflit de renvoi au profit de la loi française en tant que « loi du dernier domicile du défunt » ; par quoi elle n’a sûrement pas entendu circonscrire l’acceptation du renvoi aux cas où la règle de conflit étrangère retient une attache domiciliaire. Si l’on se souvient de ce que les conflits de renvoi, dans les affaires antérieures (*Raineri*, *Vandeville* et *Ballestrero*), étaient tous tirés de la loi du *situs*, italienne ou espagnole, à la loi française de la *nationalité* du *de cuius* – il en va de même dans les deux affaires ultérieures, *Riley* et *Tassel* –, l’appel à la loi du *domicile* ne laisse d’intriguer. Il est vrai qu’aucun des pays où feu *Wildenstein* possédait des immeubles – États-Unis, Îles Vierges, Kenya et Suisse – n’est partisan de la nationalité, mais l’arrêt d’appel ne contenant pas de trace d’une telle énumération, dont on ignore d’ailleurs si elle était exhaustive, la Cour s’en est-elle effectivement avisée ? Quoi qu’il en soit, on est tenté de penser que les hauts magistrats ne se sont pas vraiment inquiétés de la teneur des rattachements adoptés par chacune des règles de conflit étrangères que l’affaire pouvait mettre en cause ; c’est au juge de renvoi qu’ils se sont empressés de confier la tâche de vérifier, pour chaque pays semble-t-il, cette teneur et donc d’établir, dans les relations avec chaque pays, s’il y avait conflit de renvoi ou non. Or, l’apparente généralité du recours à la loi du dernier domicile que prône la Cour, combinée avec son ignorance du rattachement concrètement retenu par les pays du *situs*, conduit à penser qu’elle a souhaité s’en rapporter à un principe exploitable quel que soit ce rattachement, y compris – hypothèse plus fréquente – lorsqu’il désigne la *loi nationale*. Si le domicile s’offre à l’esprit de la Cour comme pouvant ne pas figurer parmi les rattachements en conflit négatif, force est de reconnaître que lorsqu’elle l’invoque pour admettre le renvoi et que le conflit de renvoi oppose la loi de situation à

¹⁰⁴⁶ F. Boulanger, note sous l’arrêt *Ballestrero*, *D.* 2000, p. 539, n° 3.

¹⁰⁴⁷ Th. Vignal, note sous l’arrêt *Ballestrero*, *JCP* 2000.II.10443.

loi nationale, elle s'en sert là comme facteur de proximité complémentaire et subsidiaire pouvant se prêter à une bilatéralisation et à une généralisation.

C'est d'ailleurs à partir de l'arrêt *Wildenstein* que le vœu a pu être émis que la compétence de la loi française soit limitée aux cas de renvoi où « les intérêts supposés du défunt créent une *proximité suffisante* avec son dernier domicile »¹⁰⁴⁸. Il a été également relevé que la loi du domicile est celle qui, du côté français, régit les meubles, si bien que son application à l'immeuble pris dans l'étreinte du conflit de renvoi a pour conséquence de résorber la pluralité de lois applicables. Cet « effet heureux » est assez largement salué par les commentateurs de la jurisprudence *Ballestrero* et *Wildenstein*¹⁰⁴⁹.

279. « Renvoi conditionnel » : l'arrêt *Riley*. C'est à l'occasion de l'affaire *Riley* que la Cour, à s'en tenir du moins aux termes de son « attendu » déjà fameux, serait allée jusqu'à promouvoir cet effet à la dignité de *cause* déterminante de l'admission du renvoi. On reviendra ci-après sur la portée de cet « attendu ». Ici, il importe de mettre en relief la place de choix que l'arrêt *Riley* est sûrement appelé à occuper dans l'histoire de la jurisprudence française, car la Cour y affirme sans ambiguïté que le jeu du renvoi est subordonné à une condition. C'est sur l'existence de celle-ci – saisie par les appellations qu'elle a inspirées à la doctrine : *renvoi conditionnel*¹⁰⁵⁰, *conditionné*¹⁰⁵¹, *limité*¹⁰⁵², *opportuniste*¹⁰⁵³, *orienté* ou *fonctionnel*¹⁰⁵⁴ – avant même que sur sa *teneur* qu'il convient d'abord de s'arrêter. Le conflit de renvoi en matière immobilière doit désormais – nous dit la Cour en substance – tantôt être tranché par la *loi française*, tantôt par la *loi étrangère*. Aussi la loi française ne réclame-t-elle plus de vocation exclusive en déniautout vocation parallèle à la loi étrangère ; l'empire qu'elle revendique se restreint d'une façon qui ménage à la loi étrangère une place conséquente.

¹⁰⁴⁸ F. Boulanger, note sous l'arrêt *Riley*, *D.* 2009.II.10068. Cf. P. Courbe, « Retour sur le renvoi », p. 246, pour qui il s'agit « de concentrer le règlement successoral au lieu où le défunt a localisé le siège de ses intérêts pécuniaires », encore que ce lieu soit pour lui, « dans la tradition française », le domicile.

¹⁰⁴⁹ Th. Vignal, note sous l'arrêt *Ballestrero*, *JCP* 2000.II.10443 ; G. Légier, « Tradition et innovation », n° 38 ; H. Gaudemet-Tallon, note sous l'arrêt *Wildenstein*, *Clunet*, 2007, p. 125.

¹⁰⁵⁰ H. Péroz, note sous l'arrêt *Riley*, *Clunet*, 2009, p. 567.

¹⁰⁵¹ É. Fongaro, note sous l'arrêt *Riley*, *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, comm. 62 (« Successions internationales : le renvoi conditionné en matière de succession immobilière ») ; M.C. Meyzeaud-Garaud, note sous l'arrêt *Riley* (« Succession immobilière : l'admission du renvoi est conditionnée à l'unité de loi successorale »), *Defrénois*, 2009, p. 1705.

¹⁰⁵² A. Gosselin-Gorand, note sous l'arrêt *Riley*, p. 1196 ; v. ég. F. Boulanger, note sous l'arrêt *Riley*, *JCP G*, 2009, II 10068, « La limitation de la prise en compte du renvoi dans le règlement d'une succession internationale ».

¹⁰⁵³ B. Ancel, note sous l'arrêt *Riley*, *Rev. crit.*, 2009, p. 512.

¹⁰⁵⁴ E. Cornu, note sous l'arrêt *Riley*, *JCP G*, 2009, act. 106 (« Le renvoi fonctionnel en matière de succession immobilière internationale ») ; P. Courbe, « Retour sur le renvoi », p. 251 ; G. Lardeux, « Le mythe de l'unité successorale », *D.* 2009, p. 1658 (« conception fonctionnelle du renvoi ») ; P. Callé, note sous l'arrêt *Tassel*, *Defrénois*, 2010, p. 1807 (« approche fonctionnelle du renvoi ») ; A. Devers, note sous le même arrêt, *JCP N*, 2010, p. 1308 (« irrésistible ascension de l'approche fonctionnelle du renvoi en matière successorale »).

La formule censée tracer la ligne de démarcation des compétences respectives de la loi française et de la loi étrangère pour gouverner les relations successorales frappées du conflit de renvoi est même tournée de manière négative : « en matière de successions immobilières, le renvoi opéré par la loi de situation de l'immeuble *ne peut être admis que s'il assure l'unité successorale et l'application d'une même loi, aux meubles et aux immeubles* ». Or, le critère de l'unité de la loi successorale est *subsidaire* par rapport à celui que suit la règle française qui, en désignant la *lex rei sitae*, assume la pluralité de lois applicables aux immeubles et accepte aussi, en retenant le domicile pour le volet mobilier, l'éventualité que celui-ci soit soumis à une loi encore différente. Comment cet élément complémentaire s'est-il invité dans le raisonnement judiciaire ? Restituons ce développement dans le contexte dans lequel il a éclos.

Le juge français a d'abord été « envoyé » du fait du *situs* vers le système espagnol ; il y découvre l'article 9-8 du *Código civil*, d'après lequel la « loi nationale est applicable à tous les biens, *quelle que soit leur nature ou leur situation* ». Cette rédaction semble bien retenir les juges de fond ; par leur intermédiaire, la Cour rapporte que la disposition sus-visée « adopte le principe de l'unité de la succession, même en matière immobilière, et donne compétence à la loi nationale du défunt ». Supposant le conflit de renvoi réalisé, les hauts magistrats encouragent à le résoudre moyennant l'« unité successorale ». Ont-ils été en cela influencés par le « principe de l'unité de la succession » dont ils venaient, par le truchement des juges d'appel, de rencontrer dans le système espagnol l'une des consécutions législatives les plus abouties ? Arrêtons-nous un instant sur ce point. Sans doute la Cour s'est-elle ralliée à un principe de solution qui lui a paru parfaitement compatible avec le système français, les bienfaits d'une loi unique ayant été d'ailleurs signalés, on l'a vu, par la doctrine pratiquement unanime. Mais ce constat n'empêche pas de conjecturer que le principe de l'unité ait été *également* choisi, si ce n'est en s'inspirant, du moins en tenant compte des principes se dégageant du système espagnol de droit international privé. Autrement dit, il est bien possible que la Cour ait « senti » que, pour résoudre ce conflit de renvoi franco-espagnol, le principe de l'unité pouvait d'autant plus sûrement faire l'affaire du côté du système *français* qu'il pouvait, du côté du système *espagnol*, se lire en filigrane à l'article 9-8 du *Código civil*, qu'un tel principe était non seulement « généralisable » *in abstracto* dans des conflits de renvoi de ce type mais qu'il avait de bonnes chances, en ce qui concerne les rapports franco-espagnols, d'être « bilatéralisé » *in concreto*, c'est-à-dire réellement retenu par l'ordre espagnol pour arbitrer ces mêmes conflits de renvoi franco-espagnols. Bien sûr, l'article 9-8 du *Código civil* retient comme rattachement primaire la nationalité, et c'est de là que prend naissance le conflit ; mais on peut bien être tenté d'y discerner aussi, sur un autre plan, subsidiaire justement, la consécration de l'unité de la succession comme valeur

*autonome*¹⁰⁵⁵. En témoigne avec éclat l'emploi que le Tribunal suprême espagnol avait fait de l'unité de la loi applicable dans les grands arrêts *Lowenthal*, *Denney* et *François-Marie* dont il a été saisi entre 1996 et 2002. On reviendra sur ces affaires¹⁰⁵⁶ ; mais admirons d'ores et déjà ce mouvement spontané de coordination que révèlent les décisions les plus récentes de la jurisprudence française et espagnole. Car dès lors que le renvoi conditionnel entériné par la France se conjugue au renvoi conditionnel entériné par l'Espagne, et que la « condition » retenue par l'un et par l'autre pays est la même – supposons pour un instant qu'il s'agisse vraiment de l'unité de la loi successorale –, ce n'est pas seulement celle-ci qui est retrouvée, c'est aussi et surtout l'harmonie des solutions qui l'est, ou, si l'on préfère, l'unité *internationale* de la loi successorale, en ce sens que le droit déclaré applicable par la France et l'Espagne est le même, dans ce cas la loi française. Un tel constat nous astreint à nous distancier des impressions qu'a suscitées chez certains la direction imprimée par l'arrêt *Riley* à la carrière judiciaire du renvoi.

280. « Renvoi conditionnel » et « renvoi-coordination ». L'arrêt *Riley* a relancé en effet le débat sur la fonction du renvoi. L'idée du renvoi-expédient a été reprise¹⁰⁵⁷ et opposée à celle qui le charge de l'harmonie des solutions¹⁰⁵⁸. Ainsi a-t-on pu écrire que « le renvoi conditionnel ne recherche pas la coordination des systèmes mais l'application d'une loi unique aux successions internationales »¹⁰⁵⁹ ; dans le même ordre d'idées, on a opposé « la préoccupation interne de l'unité successorale » et celle de « l'harmonie des solutions à l'échelle internationale »¹⁰⁶⁰, pour suggérer que celle-ci aurait été négligée par la Cour au profit de celle-là.

À quoi l'on peut d'abord opposer l'argument que voici. On pense généralement que la préoccupation de l'effectivité, et plus exactement la crainte de l'ineffectivité, constitue l'une des raisons d'être du rattachement au *situs* : inutile de vouloir soumettre au droit français du domicile un immeuble qui, du

¹⁰⁵⁵ Cf. l'avis de P. Chevalier, avocat général référendaire, émis dans l'affaire *Tassel*, *Gaz. Pal.*, 12 août 2010, n° 224, qui évoque l'« effet conjugué » de l'article 9.8 *Código civil*, à savoir le « refus de s'appliquer de la loi étrangère » (c'est ce qui produit la situation de renvoi) et « son souci d'ancrer sous l'empire de la loi française de renvoi la liquidation partage de toute la succession ».

¹⁰⁵⁶ *Infra*, n° 355 s.

¹⁰⁵⁷ Cf. F. Boulanger, G. Lardeux, P. Courbe, B. Ancel, D. Sindres, dans leurs notes sous l'arrêt *Riley*, et Th. Vignal, dans sa note sous l'arrêt *Ballestrero*.

¹⁰⁵⁸ En ce sens, p. ex. F. Boulanger, note sous l'arrêt *Riley*, *JCP* 2009.II.10068 : « c'est le problème des objectifs du renvoi qui est soulevé. Faut-il rechercher l'harmonie des solutions à l'échelle internationale ou s'en tenir à la préoccupation interne de l'unité successorale ? ».

¹⁰⁵⁹ H. Péroz, note sous l'arrêt *Riley*, *Clunet*, 2009, p. 567. De façon encore plus nette, P. Courbe, note sous le même arrêt, *D.* 2010, 1585 : « le mécanisme du renvoi est clairement utilisé dans un but fonctionnel et non comme un outil de coordination des systèmes ».

¹⁰⁶⁰ F. Boulanger, note sous l'arrêt *Riley*, *JCP* 2009.II.10068 ; cf. également, à propos de l'arrêt *Ballestrero*, C. Brière, note sous cet arrêt, *Gaz. Pal.*, 30 oct. 2000, 1, p. 17, pour qui la « restauration de l'unité successorale » (intitulé du par. 2) risque de rendre l'« harmonie internationale des solutions impossible » (intitulé du par. 3).

fait de sa situation à l'étranger, échappe au pouvoir de l'État français de réaliser pareille volonté. Puisque la situation de renvoi montre que l'État de l'immeuble est prêt à renoncer à sa loi au profit de la loi française, la crainte de l'ineffectivité est, soutient-on, moins fondée¹⁰⁶¹. Or, pour qu'elle ne le soit plus du tout, il faut que l'État du *situs* accepte lui aussi que le conflit de renvoi soit tranché par la loi française¹⁰⁶². Il semble bien que l'unité de la loi applicable à la succession, c'est-à-dire, dans une espèce de type *Riley*, l'application à l'immeuble sis en Espagne de la loi française qui régit les meubles et – s'il y en a – les immeubles situés en France, ne se réalise que si l'Espagne, qui détient la maîtrise exclusive sur l'immeuble, accepte que la loi française le gouverne¹⁰⁶³. L'unité effective de la loi successorale est tout aussi peu concevable sans harmonie des solutions que ne l'est la résorption de la dualité des règles de conflit françaises sans coordination des systèmes de conflit français et espagnol.

Rappelons ensuite une fois de plus que l'harmonie des solutions est « inexistante dès que le renvoi est généralisé »¹⁰⁶⁴. Le renvoi *inconditionnel*, par la compétence exclusive qu'il assigne à la loi du for pour trancher le conflit de renvoi, est impuissant à stimuler la convergence des deux ordres qui s'affrontent. Comment espérer que la « recherche [par ceux-ci] d'un accord », d'une issue bilatérale au conflit, vers quoi « s'efforce le renvoi »¹⁰⁶⁵, puisse réellement aboutir si l'instrument censé la favoriser incite chacun des systèmes en conflit à toujours appliquer sa loi en ignorant la vocation simultanée de l'autre loi ? Le propre du renvoi conditionnel est de restreindre la compétence de la loi française au profit de celle de l'autre État. C'est là une contribution fondamentale à l'entreprise de coordination. Mais pour que celle-ci soit couronnée de succès, encore faut-il que l'autre entité à coordonner – c'est-à-dire l'autre État – apporte aussi sa pierre. Lorsque cet autre État est l'Espagne, il peut d'autant plus être encouragé à le faire que le critère de répartition qu'adopte le système français a été suggéré par l'observation des spécificités du système espagnol et qu'il conduit à faire une part égale à chacune des lois en conflit, française et espagnole. Il apparaît dès lors que le renvoi ne peut espérer et aspirer à être l'instrument d'une coordination qu'à la condition d'être conditionnel, cette condition traduisant un facteur susceptible d'être retenu par l'autre communauté

¹⁰⁶¹ Y. Lequette, note sous l'arrêt *Vandeville*, *Rev. crit.*, 1981, p. 294 ; B. Ancel, notes sous Cass. (1^e Ch. civ.), 7 janv. 1983, *Le Van Chau*, *Rev. crit.*, 1983, p. 97 et sous l'arrêt *Ballestrero*, *Rev. crit.*, 2000, p. 399 ; G. Légier, « Tradition et innovation », n° 38.

¹⁰⁶² En tout cas par l'acceptation d'une décision française ayant attribué ou réparti les biens étrangers conformément à la loi française.

¹⁰⁶³ Cf. D. Sindres, note sous l'arrêt *Riley*, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 94, p. 14 et A. Gosselin-Gorand, note sous le même arrêt, *JCPN*. 2009, p. 1196.

¹⁰⁶⁴ P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, n° 223 ; cf. É. Fongaro, note sous l'arrêt *Riley*, *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, comm. 62 ; cf. C. Brière, « Faut-il faire jouer le renvoi en matière de succession immobilière ? », *Gaz. Pal.*, 1-3 oct. 2000, p. 17.

¹⁰⁶⁵ Y. Lequette, « Renvoi », n° 26 pour qui « il est bon de compenser cet inconvénient [la divergence des désignations] par la recherche d'un accord ultérieur et le renvoi s'y efforce ».

étatique « co-intéressée » au règlement du conflit de renvoi au profit des parties à la relation privée que celui-ci menace.

C'est ce qui nous incite enfin à considérer la portée de l'unité de la loi applicable.

281. Portée de l'unité de la loi applicable comme condition du renvoi. À le prendre au pied de la lettre, l'attendu de l'arrêt *Riley* – qui évoque de manière apparemment redondante l'« unité successorale » et l'« application d'une même loi aux meubles et aux immeubles » – aurait pour corollaire que le renvoi ne pourrait plus être accepté dès lors que le *de cuius*, outre l'immeuble en conflit de renvoi, en laisse un autre dans un pays adepte lui aussi du rattachement au *situs*¹⁰⁶⁶. Aussi la loi du for n'aurait-elle vocation à régir le sort des biens impliqués dans le conflit de renvoi que si la *totalité* de la succession, mobilière et immobilière, s'y trouve soumise. Les affaires qui sont configurées de telle manière que l'application de la loi française par renvoi ne produirait qu'une *unité partielle* seraient désormais abandonnées à la compétence de la loi étrangère.

On est assez surpris de constater que s'il en est ainsi, le renvoi à la loi française ne saurait jouer dans le procès *Wildenstein* car le *de cuius* ayant laissé des immeubles aux États-Unis, l'unité totale est hors d'atteinte ; l'immeuble suisse doit demeurer soumis à la loi suisse, alors pourtant que la règle de conflit suisse désigne la loi française du domicile, laquelle est aussi celle de la nationalité du *de cuius*. Force est d'admettre qu'il y aurait là non seulement un écart entre la version *Riley* de 2009 ainsi entendue et la version *Wildenstein* de 2006¹⁰⁶⁷, mais aussi une discontinuité¹⁰⁶⁸, puisque rien dans l'espèce de 2006 ne semble suggérer à l'interprète, et d'abord à la juridiction de renvoi, que le retour à la « loi française du dernier domicile du défunt » que la Cour semble prôner avec énergie ne peut en réalité opérer que lorsque la totalité des pays où le *de cuius* a pu laisser des propriétés immobilières s'accordent pour désigner la loi française : éventualité d'autant plus improbable dans l'espèce *Wildenstein* que les immeubles héréditaires étaient nombreux et dispersés à travers les continents¹⁰⁶⁹. De même, le conflit de renvoi que soulève une affaire du type *Vandeville* – *de cuius* laissant un immeuble en Belgique et un immeuble en Espagne – ne pourrait plus être tranché par la loi française de la nationalité et du domicile du défunt et de tous les successibles – dont l'application par le Tribunal de Lille avait en son temps été saluée par les commentateurs¹⁰⁷⁰ –,

¹⁰⁶⁶ En ce sens, H. Péroz, note sous l'arrêt *Riley*, *Clunet*, 2009, p. 567 et É. Fongaro, note sous le même arrêt, *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, comm. 62 ; cf. A. Boiché, note sous le même arrêt, *Al. Fam.* 2009, p. 356 (encore que pour cet auteur « la question se pose... de l'opportunité d'une telle limitation »).

¹⁰⁶⁷ Sur ce que « l'arrêt *Riley* s'inscrit dans la même veine que l'arrêt *Wildenstein* », v. M.-C. Meyzeaud-Garaud, note sous l'arrêt *Riley*, *Defrénois*, 2009, p. 1705 et É. Fongaro, « Succession immobilière : l'admission du renvoi est conditionnée à l'unité successorale », *Defrénois*, 2009, p. 1709.

¹⁰⁶⁸ L'opposition entre « écart » et « discontinuité » est reprise de B. Ancel, note sous l'arrêt *Riley*, *Rev. crit.*, 2009, p. 514.

¹⁰⁶⁹ Rappr. D. Sindres, note sous l'arrêt *Riley*, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 94, p. 18.

¹⁰⁷⁰ *Supra*, n° 257.

mais devra rester sous l'empire d'une loi espagnole ne pouvant se réclamer d'autre chose que du *situs* d'un logement à vocation récréative.

Au surplus, l'unité de la loi successorale, ainsi interprétée, cesse d'être un facteur susceptible de généralisation. Les domaines qu'elle trace aux deux lois se désignant mutuellement n'ont pas la même étendue puisque c'est la compétence que le for reconnaît à la loi étrangère qui est maintenant plus large que celle qu'il réclame pour la sienne et à vrai dire exorbitante. Cela a pour conséquence que si, dans une affaire du type *Wildenstein*, la Suisse adopte elle aussi, comme critère subsidiaire, l'unité totale, elle devrait en rester à la loi française, car le retour à la loi suisse ne débouche pas sur une telle unité. Il s'ensuit que l'immeuble suisse objet du conflit de renvoi demeure avant la saisine d'un juge – suisse ou français – soumis à deux lois : la loi française et la loi suisse. Il en va de même de l'immeuble espagnol dans une affaire de type *Vandeville*, lui aussi soumis du point de vue espagnol au droit français et du point de vue français au droit espagnol. Le mal dont est affectée la situation de renvoi – la permanence du conflit international de lois en dépit des efforts des États « co-intéressés » à sa résolution – subsiste tout entier. La rationalité d'une telle solution, et des conséquences qui en découlent, est peu saisissable¹⁰⁷¹.

Surtout, un tel dénouement paraît mal s'accorder avec l'esprit de l'arrêt *Riley*, dont rien n'indique qu'il ait été conçu comme un abandon de la solution concrètement retenue dans l'affaire *Wildenstein*. Il ne s'agit pas de remettre en cause l'apport de cet arrêt à l'évolution de la jurisprudence en la matière, qui consiste – nous semble-t-il – à expliciter les bienfaits, soulignés par la doctrine à l'occasion des affaires *Wildenstein* et *Ballestrero*, de la soumission de l'immeuble étranger à la loi française de la nationalité et du domicile du *de cujus* et régissant déjà les meubles, de même que, surtout, de poser expressément le principe d'une restriction à la compétence de la loi du for à gouverner la succession menacée par le conflit de renvoi.

D'après certains, le besoin éprouvé par la Cour de cassation de fixer une condition au renvoi à l'occasion de l'affaire *Riley* découlerait des faits de l'espèce : « l'absence du renvoi dans l'arrêt de 2009... s'expliqu[e] sans doute par l'absence d'attaches sérieuses avec la France, au moins patrimoniales »¹⁰⁷². Y a-t-il à la racine de la formule restrictive le constat – ou la conviction – que la succession du ménage *Riley* était plus faiblement rattachée à la France que ne l'était, par exemple, la succession d'Arnaldo Ballestrero ou celle de Daniel Wildenstein ? On peut le penser, encore que l'attendu litigieux commande tout de même de tenir le droit français pour applicable à la succession d'Horace

¹⁰⁷¹ Une telle solution serait d'autant plus regrettable que c'est en définitive la présence d'un immeuble dans un État étranger au conflit de renvoi – États-Unis et Belgique – qui empêcherait les systèmes des pays « co-intéressés » d'épargner aux particuliers les méfaits d'un tel conflit.

¹⁰⁷² F. Boulanger, note sous l'arrêt *Ballestrero*, *JCP* 2009.II.10068 ; v. ég. du même auteur la remarque suivante : « L'idée générale de la Cour de cassation a été probablement qu'un litige sur le sort d'immeubles espagnols qui avaient été possédés par une ressortissante cubaine n'intéressait pas l'ordre juridique français, même si la défunte s'était trouvée domiciliée en France ».

Riley, la nationalité française de celui-ci étant en l'occurrence génératrice du conflit négatif entre règles de conflit. Si l'on souhaite demeurer autant que possible fidèle à la lettre et préserver la condition de l'unité de la loi successorale, on pourrait encore réputer cette condition réunie alors même que le renvoi aboutit à réduire le morcellement sans pouvoir l'éliminer. Voilà qui, en effet, dans des espèces du type *Wildenstein* et *Vandeville*, permettrait au renvoi de rester « coordination » – car la condition, ainsi interprétée, est bilatéralisable – et à la loi française de continuer à l'emporter. Mais il existe en tout état de cause des situations où l'unité comme condition du renvoi – qu'elle soit entendue comme compression ou suppression du morcellement – est vouée à la paralysie : elles sont révélées par une incursion sur le terrain du renvoi mobilier dont s'est à nouveau emparé le débat doctrinal¹⁰⁷³.

282. Renvoi législatif et renvoi judiciaire : arrêt *Tassel*. La doctrine s'est demandée si le renvoi conditionnel n'aurait pas vocation à se propager aux successions mobilières¹⁰⁷⁴. Les biens meubles sont en effet expressément inclus dans l'attendu de l'arrêt *Riley*¹⁰⁷⁵. Certes, les protagonistes des affaires immobilières – de Joseph-Louis-Amédée Raineri à Horace Riley – n'étaient pas seulement ressortissants français mais également domiciliés en France, de telle sorte que les meubles, assujettis par la règle de conflit de lois à la loi française, échappaient au conflit de renvoi. Mais le cas d'un Français décédé avec domicile dans le pays étranger de l'immeuble ne devait, au lendemain de l'arrêt *Riley*, pas tarder à se présenter et on peut même être surpris qu'il ne se soit pas présenté plus tôt : l'affaire *Tassel* propose une configuration de ce type.

Le domicile étranger du *de cujus* n'est d'ailleurs pas la seule nouveauté car l'application par renvoi de la loi du for n'a été admise par l'arrêt *Tassel* qu'incidemment, pour affirmer la compétence judiciaire française. C'est parce que la loi française, par l'effet du renvoi, avait vocation à s'appliquer à l'immeuble madrilène que le juge français, compétent pour statuer à la fois sur les meubles en vertu de la nationalité de la demanderesse et d'une des défenderesses et sur l'immeuble montpelliérain du fait de sa situation, a consenti à se prononcer sur la demande de partage du logement espagnol. Le « renvoi législatif » est ici délibérément asservi au « renvoi juridictionnel »¹⁰⁷⁶, le *ius* est attelé au *forum*. Le « curieux mélange des genres » auquel a donné lieu l'emploi sur le terrain du conflit de juridictions d'un instrument propre au conflit de lois s'est heurté aux vives critiques de certains¹⁰⁷⁷, cependant que pour d'autres, il s'agit d'une a-

¹⁰⁷³ On a pu dire de la formule en cause qu'elle « met la position de principe qu'elle défend à la merci de circonstances » : B. Ancel, note sous l'arrêt *Riley*, *Rev. crit.*, 2009, p. 514.

¹⁰⁷⁴ M.-E. Ancel, note sous l'arrêt *Riley*, *Dr. et patrimoine*, 2009, n° 187, p. 107.

¹⁰⁷⁵ D'après celui-ci, « le renvoi ne peut être admis que s'il assure l'unité successorale et l'application d'une même loi aux meubles et aux immeubles ».

¹⁰⁷⁶ Pour cette terminologie, v. H. Péroz, note sous l'arrêt *Tassel*, *Clunet*, 2010, n° 19 et L. d'Avout, note sous le même arrêt, *D.* 2010, p. 2955.

¹⁰⁷⁷ H. Péroz, note sous l'arrêt *Tassel*, *Clunet*, 2010, 1.B.

vancée salubre¹⁰⁷⁸. Pour esquiver les censures et rehausser les éloges, il faudrait pouvoir préserver le principe de la dissociation des deux compétences – dont l'« amalgame » est fustigé par ceux qui rappellent que c'est là la « raison d'être du droit international privé »¹⁰⁷⁹ – en même temps que l'idée, mise en avant depuis quelque temps par d'autres esprits et clairement entérinée par la Cour, que le renvoi peut accroître à proportion la compétence juridictionnelle française¹⁰⁸⁰.

La synthèse ici proposée permet ce double sauvetage sans trop de difficultés apparentes en ce qu'elle confie au renvoi un rôle dans l'un et l'autre domaine, mais un rôle différent. L'extension à l'immeuble étranger de la compétence des autorités françaises peut être admise du seul fait de l'existence d'un conflit de renvoi et cela en vertu de deux arguments, empruntés aux deux camps à l'instant évoqués. Le premier repose sur le fondement de l'abstention initiale de la France à l'égard de l'immeuble étranger, fondement qui est à rechercher dans la conviction que l'État étranger, tout comme la France, réclamera une compétence exclusive sur les immeubles sis sur territoire. Or de ce que l'Espagne est prête à renoncer à soumettre au droit espagnol les immeubles situés sur son territoire, on peut raisonnablement inférer qu'elle renonce à revendiquer une compétence judiciaire exclusive, c'est-à-dire qu'elle accepte de reconnaître la compétence au moins concurrente des autorités étrangères, notamment de l'État national, et par là de donner accueil aux décisions étrangères qui viseraient ces immeubles. On le voit, le renvoi opéré par la loi espagnole à la loi française ne compte pas pour lui-même mais pour ce qu'il s'en laisse déduire sur le terrain de la compétence étrangère¹⁰⁸¹. Bien sûr, on pourrait ne pas en rester là et ne s'intéresser à l'avenir qu'à la règle de compétence étrangère en faisant l'économie du relais de la règle de conflit étrangère et le cas échéant de la constatation du renvoi ; mais le passage par celle-ci n'est pas seulement en l'état ingénieux, il est également utile car il cautionne la démarche en assurant du sérieux des liens rattachant la situation à l'ordre français et par là de la légitimité – aux yeux de l'ordre étranger également – de l'extension de la compétence française.

Suggéré par les opposants de la corrélation entre *forum* et *ius*, le deuxième argument rappelle qu'on peut admettre simultanément plusieurs chefs de compétence à l'égard de la même question litigieuse et notamment la compétence espagnole et la compétence française à propos de la dévolution de l'immeuble espagnol, alors qu'il est impossible, s'agissant de déterminer les droits

¹⁰⁷⁸ L. D'Avout, note sous l'arrêt *Tassel*, *D.* 2010, p. 2956.

¹⁰⁷⁹ H. Péroz, note sous l'arrêt *Tassel*, *Clunet*, 2010, 1.B ; D. Sindres, note sous l'arrêt *Riley*, *Gaz. Pal.*, 2009, n° 94, p. 14.

¹⁰⁸⁰ B. Ancel, note sous l'arrêt *Ballestrero*, *Rev. crit.*, 2009, p. 402 et 404 ; v. déjà du même auteur la note sous l'arrêt *Le Van Chau*, *Rev. crit.*, 1982, p. 87.

¹⁰⁸¹ Le mémoire de l'avocat général référendaire y fait allusion, qui justifie la compétence française en se fondant sur l'accueil que la décision française rencontrera dans le pays de *situs* : P. Chevalier, « Successions morcelées et renvoi législatif », p. 16.

sur celui-ci, de retenir tout à la fois la loi espagnole et la loi française. Dès lors que la situation initiale est celle d'un conflit *négatif* de compétences, c'est-à-dire celle de la renonciation simultanée des deux pays à statuer sur l'immeuble – ce que redoute l'avocat général¹⁰⁸² –, il n'y aurait pas d'obstacle à ce que chacun des États se réapproprie *totale*ment la compétence sacrifiée en transformant le conflit négatif de compétences en un conflit positif. Il n'est nul besoin de faire appel à un critère subsidiaire qui rendrait partielle cette réappropriation : la règle sur la litispendance, quelle que soit sa teneur, suffit en principe à gérer la pluralité de compétences¹⁰⁸³. Seulement, si telle est la raison d'être de l'extension de compétence à laquelle invite la prise de conscience du conflit de renvoi, on peut hésiter à y apposer des limites tenant à l'unité du droit applicable : dans le cas où Claude Tassel avait laissé, en sus des immeubles français et espagnol, un immeuble en Angleterre, eût-il été vraiment sensé que le juge français renonçât à statuer sur l'immeuble espagnol, la reconnaissance en Espagne de la décision française n'en demeurant pas moins assurée ?

La réappropriation par le for de sa compétence *législative* – réappropriation qu'autorise la prise de conscience du conflit de renvoi – ne peut en revanche, d'après la synthèse, qu'être *partielle* et doit notamment s'organiser à l'aide d'un critère bilatéral qui en constitue, selon le mot de l'arrêt *Riley*, la « condition ». Voilà qui est propre à délier la compétence judiciaire française qui, dans les situations de renvoi, peut ne pas être conditionnelle, de la compétence législative, qui doit l'être. Dans l'intention évidente de rendre hommage à la formule *Riley*, l'arrêt *Tassel* dit retenir comme condition l'unité du droit applicable mais celle-ci se présentait sous un jour nouveau.

283. Loi applicable et l'arrêt *Tassel*. L'analyse de l'arrêt *Riley* comme visant à résorber, sur le plan purement interne et sans souci de coordination, la dualité des règles de conflit françaises à la faveur du rattachement au *domicile*, ne vaut pas pour l'arrêt *Tassel*, puisqu'une telle résorption s'opère en la circonstance au profit non pas du *domicile* (espagnol) mais bien de la *nationalité* (française) du *de cujus*. On s'aperçoit rétrospectivement que la réunion en France du domicile et de la nationalité qui marque toutes les espèces antérieures, de *Ranieri* à *Riley*, a pour conséquence que l'application de la loi française peut effectivement faire converger les deux systèmes en ce qu'elle réalise à la fois l'unité sous la bannière de la *loi nationale* telle que la conçoit l'Espagne et l'unité sous la bannière de la *loi du domicile* telle que la conçoit la France. Mais dès que la nationalité se détache du domicile, l'opposition entre système français et système espagnol resurgit, si bien qu'il ne suffit plus d'invoquer l'unité : encore faut-il

¹⁰⁸² P. Chevalier, « Successions morcelées et renvoi législatif », p. 16 (crainte au demeurant non fondée car le juge espagnol est dans les cas de ce type compétent en vertu du dernier domicile du défunt).

¹⁰⁸³ Dans le « cas d'étude » que nous nous sommes donné (v. *supra*, n° 3), la litispendance est bel et bien observée par l'État en conflit de renvoi dont le juge est saisi en deuxième lieu.

savoir à la faveur de quelle loi on compte la réaliser – loi française de la nationalité ou loi espagnole du domicile ?

Bien sûr, dans l'affaire *Tassel*, puisqu'au nombre des biens à partager figurait un immeuble en France, la compétence de la loi française pour trancher ce double conflit a pu être admise. Non sans paradoxe, le lieu de situation d'un seul immeuble, combattu à propos de *Riley* comme portant atteinte à l'unité, devient ici l'instrument, le pivot, de celle-ci. Encore faut-il ne pas perdre de vue que pour que l'unité se réalise réellement, il est une fois de plus indispensable que l'Espagne consente de son côté à soumettre l'immeuble espagnol à la loi française. Les décisions espagnoles rendues à propos de situations de renvoi de ce type, notamment lorsque les attaches des prétendants se partagent entre les deux pays, semblent corroborer, on le verra, une telle conclusion¹⁰⁸⁴, si bien que la coordination entre les systèmes français et espagnols a ici de nouveau des chances sérieuses d'aboutir¹⁰⁸⁵.

Mais *quid* si c'est l'immeuble français qui avait été aliéné, la compétence du juge français pouvant continuer à être fondée sur la nationalité d'une des parties ? Le conflit de renvoi serait demeuré *double* en ce qu'il aurait frappé les meubles et l'immeuble espagnol, mais il aurait été *total* puisqu'aucun élément du patrimoine n'aurait échappé à son emprise. En l'absence d'une loi-pivot, l'unité de la loi successorale n'est pas plus assurée par la loi française de la nationalité que par la loi espagnole du domicile et de la situation immobilière. Aussi l'unité serait-elle devenue inutilisable comme condition du renvoi parce que, l'application d'une loi comme de l'autre suffisant à la remplir, elle aurait cessé d'être un critère apte à les départager. Il en va de même lorsqu'un Français domicilié en Espagne ne laisse pas d'immeubles, le conflit de renvoi étant alors en même temps simple et total.

284. Recherche d'une nouvelle condition. Faut-il étendre ce qu'on peut appeler le *principe du renvoi conditionnel* à ces situations de renvoi mobilier ou mixte ? Tout porte à voir dans la « mise sous condition » du renvoi une conquête sûre et à entreprendre d'en faire profiter les relations successorales que frappent les conflits de renvoi non expressément visés par l'arrêt *Riley* qui l'énonce. Gageons qu'il fera école et que la Cour suprême s'y tiendra de manière d'autant plus ouverte et solennelle qu'elle aura pris lucidement conscience des bienfaits que procure cette « mise sous condition » de la vocation de la loi française à trancher le conflit négatif de règles de conflit qui l'implique. À la doctrine de l'aider à éclairer sa démarche en lui montrant que le renvoi conditionnel est le seul à même de réconcilier l'idée du renvoi-règlement subsidiaire et celle du renvoi-expédient en les sublimant sous l'idée du

¹⁰⁸⁴ *Infra*, n° 363 s.

¹⁰⁸⁵ P. Callé, note sous l'arrêt *Tassel*, *Defrénois*, 2010, p. 1811. On notera que si Claude Tassel avait aliéné l'immeuble en Espagne, le renvoi n'eût été que *mobilier* ; aussi longtemps qu'il existe un immeuble français, la réunion des masses sous une loi-pivot demeure possible.

renvoi-coordination : coordination qui, du fait de l'aptitude de la condition à être bilatéralisée, n'est plus vouée à demeurer un simple espoir mais peut fort bien devenir réelle.

Force est cependant de développer une *autre* condition que l'unité du droit applicable. Il est naturel et légitime de convoquer l'expérience sédimentée au cours des cinquante dernières années à l'aune de la règle ancienne désignant le domicile d'origine. Sans doute la loi française participe-t-elle désormais aux conflits de renvoi affectant les meubles au titre de loi nationale et non plus au titre de loi du domicile de fait. Mais les ressorts comme les enjeux du conflit demeurent inchangés. Selon nombre d'auteurs, on l'a vu, cette jurisprudence ancienne et vivante s'en serait en substance remise à la *loi de l'intérêt prépondérant* ou – ce qui revient largement au même – à celle propre à assurer le *résultat concret* le plus souhaitable.

La voie préconisée aujourd'hui par certains annotateurs n'est guère différente. À la suite de l'arrêt *Tassel*, il a, en effet, été affirmé que « l'objectif du renvoi devrait être de concentrer le règlement d'une succession au lieu où se trouve le centre des intérêts pécuniaires du défunt »¹⁰⁸⁶. Voilà qui semble suggérer que l'on instaure les attaches des biens du *de cuius* en « co-facteur » de solution. Cette idée n'a pas manqué de retenir l'attention, au point que l'on peut d'ores et déjà enregistrer l'amorce d'un débat à son sujet. Alimentons-le en convenant que dans les espèces du type *Tassel*, « il paraît difficile pour fonder le renvoi [de se livrer à] la recherche d'un centre de gravité faisant pencher les masses d'un côté ou de l'autre de la frontière, suivant la valeur des biens »¹⁰⁸⁷ : le patrimoine de Claude Tassel se distribuait entre la France et l'Espagne d'une manière que l'on peut penser à peu près paritaire¹⁰⁸⁸. Mais gardons-nous de croire qu'un tel équilibre se rencontre toujours ou même souvent. C'est d'un déséquilibre flagrant et fréquent que fait état la jurisprudence allant de *Forgo* à *de Marchi*, la totalité (*Forgo*, *Ben Attar*) ou la grande majorité (*Soulié*, *De Marchi*) des biens héréditaires étant assez régulièrement sise dans un des pays en conflit de renvoi, que ce soit le for (*Forgo*, *Soulié*, *Ben Attar*) ou le pays étranger (*de Marchi*)¹⁰⁸⁹. « À tout le moins – a-t-il été également recommandé – devrait-on exiger que la situation présente un certain nombre de liens objectifs avec l'ordre juridique français, comme le domicile du *de cuius* »¹⁰⁹⁰. Lors de l'apprécia-

¹⁰⁸⁶ P. Callé, note sous l'arrêt *Tassel*, *Defrénois*, 2010, p. 1811.

¹⁰⁸⁷ P. Chevalier, « Successions morcelées et renvoi législatif », p. 18 ; cf. H. Péroz, note sous l'arrêt *Tassel*, *Clunet*, 2010, n° 4, p. 19.

¹⁰⁸⁸ Mais à part le fait que le droit processuel interne connaisse la compétence en fonction de la *valeur* du litige et donc des biens litigieux – ce qui confirme que le déclinatoire ou l'affirmation de la compétence peut bien en dépendre –, il faut bien se garder de penser qu'une telle difficulté se présente tout le temps.

¹⁰⁸⁹ On s'en tient ici aux affaires portées devant la Cour suprême. Si l'on élargit l'investigation aux décisions de fond, nombre d'entre elles font état de l'inexistence de biens ailleurs qu'en France : v. *supra*, n° 263, et les notes y relatives.

¹⁰⁹⁰ P. Callé, note sous l'arrêt *Tassel*, *Defrénois*, 2010, p. 1812.

tion globale des indices localisant la succession *Tassel*, on n'a pas manqué d'intégrer à l'analyse « la nationalité et [le] domicile [des] héritiers »¹⁰⁹¹. Attaches personnelles du *de cujus* et des successibles présomptifs et lieu de situation des actifs héréditaires : ce sont là les trois types de facteurs dont peut dépendre, d'après la proposition ici avancée, l'issue du conflit de renvoi en matière successorale. Ajoutons-y la conviction que le juge français ne sera pas insensible à la désignation par le *de cujus* d'une des lois antagonistes, elle aussi pouvant bien définir l'« intérêt prépondérant ».

Si l'on retient ces critères s'agissant des conflits de renvoi frappant les successions mobilières et mixtes mais en l'absence de loi-pivot, il est tentant de se demander si l'unité du droit applicable, alors même qu'elle peut jouer, constitue vraiment la « condition » la plus propre à justifier, dans des affaires du type *Riley* et *Tassel*, le retour à la loi française. Ne faut-il pas discerner dans pareille unité « une raison supplémentaire d'appliquer [la loi du for] en réunifiant des masses dispersées »¹⁰⁹² voire un « effet collatéral »¹⁰⁹³, heureux sans doute, mais simple effet tout de même ? Cette terminologie incite à penser que la raison principale, la cause première de la préférence donnée à la loi française, non moins dans l'affaire *Riley* que dans les affaires précédentes, est à détecter ailleurs que dans l'unité. Si c'est là « parmi les sens multiples qui peuvent être attribués à ces arrêts »¹⁰⁹⁴ celui que l'on est enclin à privilégier, il faut bien admettre que la prise de conscience de l'unité venait à renforcer la pertinence de la vocation de la loi française, autrement dit à lui conférer un surcroît de légitimité. Certains – a-t-on rappelé plus haut – ont pu voir en substance dans la proximité l'élément déclencheur de l'acceptation du renvoi dans les arrêts *Ballestrero* et *Wildenstein* et de l'attitude plus mitigée dont témoigne l'arrêt *Riley*. Voilà qui confirmerait que ce dernier vaut moins par la condition qu'il dit retenir – l'unité de la loi applicable aux meubles et immeubles – que par l'affirmation de la nécessité d'une condition et par l'esprit qui en a guidé la recherche. Son apport demeure bien entendu capital.

La jurisprudence espagnole, devenue étonnamment riche ces dernières années, a suscité des interprétations et stimulé des réflexions semblables. Mais avant de nous y pencher, tournons-nous vers les pays qu'engageait la majorité des conflits de renvoi soumis aux juridictions françaises entre *Forgo* et *de Marchi* et dont la jurisprudence en matière de renvoi est elle aussi chargée d'histoire : l'Angleterre et les États-Unis.

¹⁰⁹¹ L. d'Avout, note sous l'arrêt *Tassel*, *D.* 2010, p. 2955.

¹⁰⁹² P. Chevalier, « Successions morcelées et renvoi législatif », p. 14.

¹⁰⁹³ B. Ancel, note sous l'arrêt *Riley*, *Rev. crit.*, 2009, p. 512.

¹⁰⁹⁴ C'est le constat de P. Courbe, note sous l'arrêt *Riley*, *D.* 2010, p. 1585.

Section III : Jurisprudence anglaise

285. Une jurisprudence à la portée discutée. Qualifiée de « terre d'élection » du renvoi¹⁰⁹⁵, l'Angleterre est en effet à l'origine de nombreuses décisions en la matière, dont certaines sont vite devenues légendaires et spécialement dans le domaine successoral, mobilier d'abord, mais aussi, à une époque plus récente, immobilier. La doctrine tout autant anglo-américaine que continentale – que cette jurisprudence et les formules par laquelle elle s'exprime n'ont jamais cessé de fasciner – s'interroge encore aujourd'hui sur l'interprétation qu'il convient d'y donner et notamment sur la conclusion qu'il faut globalement en tirer : « le renvoi fait [-il ou non] partie du droit anglais » et, si oui, sous quelle forme¹⁰⁹⁶ ? Voilà qui libère du soupçon de subversion la reprise en main au-

¹⁰⁹⁵ T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, p. 397.

¹⁰⁹⁶ Pour la majorité des auteurs, une analyse de la jurisprudence britannique n'autorise pas à affirmer que le droit anglais accepte la doctrine du renvoi, pas plus que sa variante dite du *double renvoi* ou *foreign-court theory*. Dans l'ordre chronologique, v. P. Bate, *Notes on the Doctrine of Renvoi*, p. 9 : « English law... cannot be said to have either accepted or repudiated the Renvoi theory in general... In a few cases, it has, indeed, given answers favourable to the theory, ... but... they can fairly be described as special cases, not justifying any general statement » ; E.H. Abbot, « Is the Renvoi Part of the Common Law ? », *L.Q.Rev.*, 1908, p. 146 : « At present, therefore, the *renvoi* cannot be considered a part of the Common Law, either on principle or on authority » ; E. Lorenzen, « The Renvoi Theory », p. 343 : « It may be said, indeed, that even in its application to the *lex domicilii* in the law of succession, renvoi is not as yet an established part of the English law » (v. du même auteur, trente ans plus tard, « The Qualification, Classification or Characterization Problem », p. 753 : les grands arrêts *in re Annesley* et *in re Ross* ne l'ont manifestement pas persuadé à changer d'opinion) ; E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », p. 561 : « The actual extent to which [the renvoi] has played a part in the case law... in England... cannot be stated with any assurance or accuracy » ; J.D. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », *L.Q.Rev.*, 1930, p. 465, *ibidem*, 1931, p. 271 : « As regards succession to movables it appears that, apart from *Re Ross*, which it is submitted, was wrongly decided, there exists no unequivocal authority in English law » ; v. ég. du même auteur « Renvoi and the Law of Domicile », *Can. Bar Rev.*, 1941, trad. Ph. Francescakis in *Rev. crit.*, 1947, p. 45 : « Il ne semble pas que dans une quelconque de ces affaires, un résultat présentant un mérite intrinsèque évident ait été atteint grâce à la seule utilisation de la théorie du renvoi » ; C. Grassetti, « La dottrina del rinvio in diritto internazionale privato e la 'common law' americana », *Riv. dir. int.*, 1933, p. 6 du tiré à part : « un esame accurato della giurisprudenza inglese e dei pochi casi nordamericani mi ha convinto... [che] [n]on solo il rinvio non costituisce, a mio avviso, un principio generale del d.i.p. anglo-americano, ma il concetto stesso di rinvio è estraneo a quel pensiero giuridico : anche quando il c.d. rinvio è apparentemente accolto, lo è sempre in base a criteri ed a motivi che con la dottrina del rinvio hanno ben poco o nulla a che vedere » ; A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 57 et 74 : « the supposed authorities for the *renvoi* are, to say the least, singularly weak » et, par rapport aux décisions antérieures à *in re Johnson*, l'absence de motifs entraîne que « it is hardly possible to know whether the courts in pronouncing the judgment were aware of what they were doing » (p. 76) ; W. Raeburn, « The 'Open Offer' Formula and the *Renvoi* in Private International Law », *Brit. Y.B. Int'L*, 1948, p. 226, qui évoque la « line of authorities which, when critically examined, either fail altogether to bear out the doctrine or themselves rest on insecure foundations » ; J.H.C. Morris, « The Law of the Domicil », *Brit. Y.B. Int'L L.*, 1937, p. 48 : « It is submitted that *in re Ross* is the only case which really supports the proposition that the 'law of the domicil' means the law which the courts of the domicil would apply to the domiciled person ; that that case was wrongly decided because the principle which it lays down is neither workable in practice nor warranted by the decided cases » (de J.H.C. Morris, v. ég. la note sous *in re Duke of Wellington*, « Renvoi », *L.Q.Rev.*, 1948, p. 267). Devenu *general editor* du traité de Dicey, J.H.C. Morris s'empresse de donner de la jurisprudence anglaise une interprétation différente de celle qu'avait

jourd'hui de ces vénérables dossiers jamais, à la vérité, complètement refermés. D'autant que – c'est là une autre singularité du droit anglais – jamais la *House of Lords* (aujourd'hui Cour suprême du Royaume-Uni) et la *Court of Appeal* n'ont été saisies de la question. Et quand elles le seront, lit-on encore aujourd'hui dans le traité-institution du droit international privé anglais, il leur sera loisible de « revoir la totalité du problème »¹⁰⁹⁷. Presque tous prononcés en première instance, les jugements intéressant notre propos se sont assez équitablement répartis l'attention de la critique. Après les avoir passés en revue (Sous-section 1), nous mesurerons l'aptitude des critères de la proximité et de l'autonomie à en fournir une clé d'explication (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence

286. Teneur des règles de conflit pertinentes. Les décisions les plus anciennes mettent toutes en cause la *forme* des testaments. Ignorant la règle du *locus regit*

défendue l'illustre fondateur : on lit dans la sixième édition (*The Conflict of Laws*, 6th ed., London, 1949, p. 47) que la référence à la loi d'un État étranger « means usually the local or domestic law of that country, sometimes any domestic law which the courts of that country apply to the decision of the case to which the Rule refers » ; et le *general editor* de désavouer les explications consignées aux éditions antérieures : « There is therefore as yet no justification for generalising the few English cases on renvoi into a general rule that a reference to foreign 'law' always means the conflict rule of the foreign country and (it is submitted) no justification for the statement in previous editions of this book that 'what is decisive is that not a single case to the contrary has yet been adduced' (5th ed., p. 866) ». La formule est demeurée pratiquement inchangée depuis (v. A.V. Dicey / J.H.C. Morris / L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed., London, 2006, vol. I, p. 73). La conviction que la doctrine du renvoi ou du double renvoi n'a pas sa place dans le droit positif anglais est partagée par l'autre *standard work* de la littérature britannique, le traité fondé par G.C. Cheshire : la dernière édition, dirigée par J.J. Fawcett (*Cheshire and North's Private international law*, 14th ed., Oxford, 2008, p. 61) énonce que « Although a number of cases are often cited in support of the total renvoi doctrine, they are far from satisfactory », et la seule conclusion qu'autorise un examen minutieux de ces cas est que « generally a reference made by an English rule for choice of law to a foreign legal system is to the internal law, not to the private international law, of the chosen system » ; v. déjà G.C. Cheshire, *Private International Law*, 3rd ed., p. 139 : « the theory is open to so many objections, both theoretical and practical, and is based upon judicial authority of so tenuous and unconvincing a character, that it cannot yet be said to represent the rule of English law » ; l'auteur venait cependant d'accomplir un revirement d'opinion : v. « Private International Law, 1885-1935 », *L.Q.Rev.*, 1935, p. 77 où il avait déclaré que « the controversy is dead », le droit anglais s'étant définitivement prononcé pour la *foreign court theory* ; v. aussi *Private International Law*, Oxford, 1935, p. 135 ; ce sont vraisemblablement les écrits, cités ci-avant, de Morris et de Mendelssohn-Bartholdy à l'avoir conduit à reconsidérer ses vues sur la question ; v. les remerciements dans la deuxième édition de son *Traité*, p. VIII ; cf. R. De Nova, « Considerazioni sul rinvio », p. 63, note 8. Même les auteurs qui sont enclins à prêter à la doctrine du renvoi une certaine positivité reconnaissent que la portée de celle-ci est difficile à préciser : v. M. Wolff, *Private International Law*, p. 193 pour qui cette doctrine « has not been applied uniformly in respect of all the English choice of law rules, nor in respect of any one of them ».

¹⁰⁹⁷ A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 13th ed., London, 2000, p. 79 : « There is no case which prevents the Court of Appeal (still less the House of Lords) from reviewing the whole problem, and it is submitted that such a review is long overdue » : ces mots sont reproduits in J.H.C. Morris / D. McLean, *The Conflict of Laws*, 6th ed., London, 2005, p. 511 ; cf. A.V. Dicey / J.H.C. Morris / L. Collins, *The Conflict of Laws*, 14th ed., p. 89.

actum à propos des actes de dernières volontés¹⁰⁹⁸ et plaçant la question de leur validité tant formelle que matérielle au sein du statut successoral¹⁰⁹⁹, la jurisprudence anglaise antérieure à 1861 soumettait impérativement les testaments ayant disposé des biens meubles à la loi du dernier domicile du testateur, au sens, on sait combien parfois insaisissable, du droit anglais¹¹⁰⁰. Les jugements dont il sera question ici ont tous¹¹⁰¹ privilégié la vocation de la loi anglaise qui participait au conflit de renvoi au titre soit de la loi de l'établissement de l'acte, soit, selon les cas, de la loi d'origine du *de cujus*, par l'effet du renvoi opéré par la règle de conflit de l'État étranger du dernier domicile. Par dérogation à la règle que l'on vient d'énoncer, tirée de la *common law*, qui demeura cependant en vigueur pour les cas – largement minoritaires – non réglés par la voie statutaire¹¹⁰², le *Lord Kingsdown's Act* de 1861¹¹⁰³ autorisa les Britanniques à tester alternativement, selon la *lex loci*, la loi du domicile du disposant au moment de l'acte ou la loi britannique du *dominion* d'origine. Voilà qui explique la raréfaction, après 1861, des situations de renvoi affectant la forme des testaments (§ 1). Les énergies des magistrats britanniques furent dorénavant mobilisées par des conflits de renvoi engageant le fond des successions, mobilières et, en nombre à peu près équivalent, immobilières. Le droit international privé anglais adhérent en la matière, tout comme le droit international privé français, à un système « dualiste » désignant la loi du dernier domicile à l'égard des meubles et la loi de situation pour gouverner les immeubles¹¹⁰⁴, le conflit de règles de conflit mettait aux prises la loi anglaise – au titre de loi nationale ou, selon les cas, du domicile d'origine – avec soit la loi étrangère du dernier domicile au sens anglais (s'agissant des meubles), soit la loi étrangère du *situs* (quant aux immeubles) (§ 2).

¹⁰⁹⁸ Alors pourtant que ce principe était connu et pratiqué en matière de contrats : v. N. Bentwich, *The Law of Domicile*, p. 114.

¹⁰⁹⁹ V. les « Rules 181-182 » énoncées par A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws*, London, 1896, p. 686-687 ; v. ég. J. Westlake, *A Treatise on Private International Law*, 4th ed., London, 1905, p. 112 ; N. Bentwich, *The Law of Domicile*, p. 114.

¹¹⁰⁰ La jurisprudence sur ce point semble assez univoque : *Pipon v. Pipon* (1744) Amb. 25 ; *Stanley v. Bernes* (1830) 3 Hagg. Eccl. 374 & 447 ; *De Bonneval v. De Bonneval* (1838) 1 Curt. 856 ; *Craigie v. Lewin* (1843) 3 Curt. 435 ; *De Zichy Ferraris v. Hertford* (1843) 3 Curt. 468 ; *Bremer v. Freeman* (1857) 10 Moo. P.C. 306, 14 E.R. 508 ; *Enohin v. Wylie* (1862) (House of Lords) 10 H.L.C. 1. Le caractère impératif est souligné par E. Lorenzen, « The Renvoi Theory », p. 340 et G.C. Cheshire, *Private International Law*, p. 414. Pour une critique, v. déjà R. Phillimore, *Commentaries upon International Law*, 3rd ed., London, 1879-1889, vol. IV, p. 627 (« England and North American States unwisely, arbitrarily and unphilosophically compel the testator to adopt the form prescribed by the *lex domicilii* »).

¹¹⁰¹ À l'exception de la décision du *Privy Council* dans l'affaire *Bremer v. Freeman* (*infra*, n° 288) qui se refusa à admettre l'existence d'un conflit de renvoi.

¹¹⁰² A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England*, p. 687-688 (« this, it should be carefully noted, is still the rule »).

¹¹⁰³ Wills Act 1861, 24 & 25 Vict. Cap. 114, s. 2.

¹¹⁰⁴ *Balfour v. Scott* (1793) 6 Bro. Parl. Cas. 550 ; A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England*, p. 516 ; W. Westlake, *A Treatise on Private International Law*, p. 189 ; G.C. Cheshire, *Private International Law*, p. 448.

§ 1. Loi applicable à la forme du testament

287. *Collier v. Rivaz*¹¹⁰⁵. Né vers 1740¹¹⁰⁶ à Clonmel, dans le comté du Tipperary, en Irlande, alors sous la Couronne d'Angleterre et depuis 1801 partie du Royaume-Uni¹¹⁰⁷, sujet anglais¹¹⁰⁸, Philip Ryan avait été au service de la marine britannique pendant dix-huit ans (de 1762 à 1780). Installé à Londres avec sa femme, une « dame anglaise » qu'il avait épousée à Rochester en 1776¹¹⁰⁹, il s'était ensuite adonné pendant plus de vingt ans au commerce de dentelles¹¹¹⁰, activité qui l'avait conduit à des fréquents déplacements d'affaires sur le continent et lui avait permis d'accéder à l'aisance. Devenu veuf, il s'était rendu en 1802 à Bruxelles, puis en France pour participer aux guerres napoléoniennes et, à la suite de l'éphémère paix d'Amiens, il y avait été emprisonné. Libéré en 1814, il s'était, après un bref passage en Angleterre¹¹¹¹, installé à Bruxelles, alors Royaume des Pays-Bas, pour y résider de manière stable et pratiquement ininterrompue jusqu'à son décès – intervenu en 1829, à l'âge de quatre-vingt-six ans (quatre-vingt-neuf selon certaines sources) – sans plus visiter les Îles

¹¹⁰⁵ (1841) 2 Curt. 855, 163 E.R. 608. Pour un compte rendu livrant quelques informations supplémentaires mais qui est, sur certains points, peu conciliable avec la décision reproduite dans *Curteis* et aux *English Reports*, v. 6 *Legal Guide* 348 (1841), du 2 octobre 1841. Le *Times* du 15 juillet 1841 contient, à la page 6, 5^e colonne, sous la rubrique « Law Reports », un résumé de l'affaire ainsi qu'un précieux procès-verbal des débats qui avaient eu lieu le 14 juillet 1841 notamment entre le *Queen's Advocate* et les *Doctors of Law*, à la suite desquels débats « Sir H. Jenner said he must take time to consider the case » ; la décision de Sir Herbert Jenner a été rendue les 1-3 août 1841. Le testament et les codicilles de Philip Ryan (enregistrés sous les lettres A, B, C, D, E, F, G) et celui de Mary Ryan (ainsi que ceux de Vincent Francis Rivaz et John Collier) peuvent être commandés par voie électronique au *Public Record Office, The National Archives* (pour la somme de 3,36 livres chacun). Le recueil *Notes of Cases in the Ecclesiastical & Maritime Courts*, vol. I, 1841-1842, London, 1843, p. 369 rapporte la décision rendue par le même Sir Jenner le 26 février 1842 en l'affaire *Collier v. Langebear, Conway and Rivaz*, qui, ainsi qu'on le dira ci-après, au texte, concerne la portée du dernier codicille laissé par Philip Ryan dont la décision de 1841 avait admis la validité formelle. En raison de son importance historique, nous nous sommes attardés sur cette affaire plus longuement que sur toute autre.

¹¹⁰⁶ D'après le *Times*, 15 juill. 1841, Philip Ryan serait né en 1740 (« Mr Ryan was born in 1740 ») et décédé à 89 ans (« till his death in 1829, at the age of 89 ») ; d'après le *Legal Guide*, il serait décédé à 86 ans, ce qui en situe la naissance vers l'année 1743 : 6 *Legal Guide* 348 (1841), p. 349.

¹¹⁰⁷ L'État libre d'Irlande fut créé par le Traité anglo-irlandais de 1922, qui mit un terme à la guerre d'indépendance irlandaise éclatée quatre ans auparavant.

¹¹⁰⁸ Pour le *Legal Guide* 348 (1841), p. 349, « in his correspondence he always recognised England as his country – himself as an English subject ».

¹¹⁰⁹ *The Times*, 15 juill. 1841 (« in 1776 he married in England an English lady »).

¹¹¹⁰ « The deceased was engaged in business as a dealer in foreign cambrics [le terme anglais est lié à Cambrai, capitale européenne de la dentelle et de la broderie] and in consequence of that business, was frequently in the habit of resorting to different places on the Continent for the purposes of that trade, but his principal residence was in this country » jusqu'en 1802 (2 Curt. 856).

¹¹¹¹ C'est le testateur qui le raconte dans le codicille « C » : « In consequence of this relationship upon the twenty first day of June in the year Eighteen hundred of fourteen being then in London I made a Codicil to my then will cannot tell the date of said will having made other wills since ». Cf. Sir Herbert Jenner, 2 Curt. 857 : « in 1814 he came to England, and remained there for a few months ».

britanniques et ne quittant sa demeure brabançonne que pour effectuer quelques séjours à Baden, Spa et Aix-la-Chapelle¹¹¹².

Composée de meubles uniquement¹¹¹³, la fortune laissée par Philip Ryan, d'une valeur estimée à plus de 20.000 livres, était en partie située en Angleterre et en partie investie dans des « fonds français », dont il avait demandé le rapatriement en Angleterre¹¹¹⁴. Il en avait disposé par divers actes de dernières volontés. Dans celui qu'il avait « fait, signé et scellé devant six témoins »¹¹¹⁵ à Bruxelles les 10 et 11 septembre 1824, il déclarait révoquer tout testament antérieur et désignait sa nièce, et depuis longtemps fille adoptive, Mary Ryan, qui habitait Bruxelles avec lui, comme exécutrice testamentaire et, comme exécuteurs ainsi que *trustees*, Vincent Francis Rivaz et Alexander Hugonin Rivaz, « marchands londoniens », fils de Jean Antoine Rivaz et Catherine Louise Perret, huguenots émigrés¹¹¹⁶ ; il laissait des sommes modestes à deux nièces résidant en Irlande – Ann Kennedy du comté du Tipperary, et Elenor Murphy, fille de Edward Ryan son frère, résidant avec son mari, recteur de la paroisse de Athboy, à proximité de Dublin¹¹¹⁷ – et faisait d'autres legs, dont un notamment de 1.000 livres à Eliza Rivaz, fille de Vincent Francis Rivaz ; il constituait d'importants *trusts* au bénéfice surtout de deux petites-nièces qu'il avait adoptées respectivement en 1820 et 1822 et qui vivaient semble-t-il elles aussi avec lui à Bruxelles¹¹¹⁸ : Susan et Sarah Langebear, filles de Susan Ryan, une autre

¹¹¹² *The Times*, 15 juill. 1841. Cf. 2 Curt. 857 (« with occasional excursions on matters of business and pleasure »).

¹¹¹³ 6 *Legal Guide* 348 (1841), p. 349 : « The whole of the testator's property was personal ».

¹¹¹⁴ « [P]art of his property was in England but a considerable part of it had been invested in French funds » : 6 *Legal Guide* 348 (1841), p. 349. Cf. *The Times*, 15 juill. 1841 : « yet he directed in his letters, and in a codicil, that it should be re-transferred to England ». Dans son testament de 1834 (pour le texte, v. *infra*, note 1119), Mary Ryan évoque encore des « French funds » (« After my sister and her daughters Susan and Sara Langebear As likewise Mr Francis Rivaz have received their legacies whatever remains belonging to me in the French funds or if transferred to England may produce »).

¹¹¹⁵ C'est en tout cas ce qui résulte du codicille F (*infra*, au texte) qui débute comme suit : « Upon the Eleventh September in the year Eighteenth hundred & twenty four I made signed & sealed In presence of six witnesses at Bruxelles in Brabant a last Will & Testament ».

¹¹¹⁶ Dans les codicilles B et D, ils sont indiqués comme « Esquires and Merchants of London ». Vincent Francis Rivaz (1766-1834) avait été baptisé sous le nom de Vincent François Rivaz à l'Eglise française huguenotte de Threadneedle Street (mieux connue comme « the French Church » ; elle fut démolie en 1841 pour faire place au palais de la Bourse) et fit une brillante carrière chez les Lloyds, notamment en tant que partenaire pour de nombreuses années de John Julius Angerstein, figure de proue de l'histoire de l'assurance (F. Martin, *The History of Lloyds and Marine Insurance in Great Britain*, London, 1876, p. 146 qui relate que certaines polices d'assurances étaient dénommées « Angerstein-Rivaz »). Francis Rivaz Jr. (1797-1877) était l'aîné des douze enfants que Vincent Francis avait eus de Willielmina Cornthwaite et fut lui aussi associé des Lloyds (*The Times*, 15 déc. 1877, p. 1, « for upwards of 60 years a member of Lloyds »). Alexander Hugonin Rivaz (1783-1861) était le frère cadet de Vincent Francis.

¹¹¹⁷ *Collier v. Langebear, Conway and Rivaz*, 1 *Notes of Cases* 369 (1843), p. 371.

¹¹¹⁸ À s'en tenir au récit du *Times*, 15 juill 1841 (« in 1820 he adopted a great niece, Susan Langebear, and in 1822, her sister, Sarah Langebear »). Selon le *Legal Guide* 348 (1841), p. 350, « he disposed of all of it for the benefit of three nieces (one, Mary Ryan, whom the testator survived [précision erronée, car l'oncle est prédécédé à la nièce] and two great nieces of the name of Langebear,

nièce, sœur de Mary Ryan et épouse d'un Richard Langebear, originaire du Devon ; il attribuait enfin le restant de son patrimoine (*residue*) à Mary Ryan, en lui conférant le pouvoir d'en disposer librement par testament ou par codicille et, à défaut, en renvoyant aux règles gouvernant la succession *ab intestat* de celle-ci¹¹¹⁹.

Ce document testamentaire allait être assorti de six codicilles, tous faits à Bruxelles. Portant une date antérieure – 19 août 1824 –, l'un d'entre eux était destiné plus exactement à compléter un testament du 1^{er} mars 1821 ; il sera cependant, et un peu mystérieusement, admis, et enregistré, comme « premier codicille » (ou codicille « B ») du testament de septembre 1824 ; le *de cujus* y nommait l'avocat John Collier, du Lincolns' Inn, comme quatrième exécuteur testamentaire, en lui accordant les mêmes pouvoirs qu'aux trois exécuteurs et exécutrice désignés auparavant, tout en prévoyant qu'en cas de décès de l'un d'eux, la place « laissée vacante » serait occupée par Francis Rivaz, fils de Vincent Francis¹¹²⁰. Un second codicille (« C »), du 24 septembre 1825, confirmait la révocation d'un legs fait par le testateur « lors d'un séjour à Londres en 1814 » en faveur d'Elenor Ryan ; daté le 30 septembre 1825, le troisième codicille (« D ») remplaçait Vincent Francis Rivaz, qui s'était entre-temps « installé avec sa famille à Vev[e]y dans le Canton de Berne », par Francis Power et, en cas de décès de celui-ci, par son frère Peter Power¹¹²¹ ; par le quatrième

who resided with him ». Le *Curteis* et les *English Reports* rapportent quant à eux que « [h]e left behind him two nieces, Mary Ryan and Mrs. Langebear, a widow ». Cf. le testament des 10-11 septembre 1824 : « the life of my Great Niece Susan Langebear now residing with me » (p. 4).

¹¹¹⁹ Voici ce qu'on lit dans le testament des 10-11 septembre 1824 : « such residue shall after the decease of the said Mary Ryan be transferred or assigned to such a person or persons or shall be applied for such intents and purposes and in such manner as the said Mary Ryan by her last Will & Testament or any Codicil thereto or Testamentary papers to be signed by her in the presence of & attested by two or more witnesses shall direct or appoint and for want of such direction or appointment or in case any such shall be made which shall not be a complete disposition of the whole of such residue then the same or so much as shall not be disposed of shall be paid transferred or assigned to the person or persons who according to the Statute for the distribution of the Estate of Intestates shall at the time of the decease of the said Mary Ryan be the next of kin in exclusion of any husband with whom she may intermarry ».

¹¹²⁰ *The Times*, 16 juill. 1841 : « By a will in 1821, he gave the bulk of his property... to Mary Ryan ». Voici ce qu'on lit dans le codicille (« B ») du 19 août 1824 : « I do hereby nominate constitute and appoint my said friend John Collier of Carey Street Lincolns Inn Esquire also an Executor of my said last will and Testament and of the Codicils thereto with the same powers & authorities as are given to and vested in the said Mary Ryan Vincent Francis Rivaz and Alexander Hugonin Rivaz by virtue of the will aforesaid and my further will is that in case of the demise of either of any said above mentioned Executors the vacancy to be occasioned thereby shall be supplied by Francis Rivaz Esquire son of the said Vincent Francis Rivaz ».

¹¹²¹ « Now the above named Vincent Francis Rivaz Esq. having gone with his family to reside for life as he informs me at Vevay Canton of Bern in Switzerland ». Il s'agit à coup sûr de Vevey, qui a été pendant quelques temps sous la domination bernoise, dont la graphie est souvent muée en *Vevay* par les Anglophones, comme l'atteste la ville de *Vevay* fondée en 1802 sur les berges de l'Ohio – aujourd'hui dans le « comté du Switzerland », Indiana – par une colonie d'émigrés originaire de Vevey à la suite de Jean-Jacques Dufour (auteur du livre paru à Cincinnati en 1826 sous le titre *The American Vine Dresser's Guide : Being a Treatise on the Cultivation of the Vine and the Process of Wine Making, Adapted to the Soil and Climate of the United States* », qui a constitué la référence de la viticulture américaine jusque dans les années 1900) ; le populaire *Swiss Wine Festival* se dé-

codicille (« E »), du 19 octobre 1825, Philip Ryan demandait à John Collier de bien vouloir accepter une somme de 100 livres destinée à l'achat d'une bague en signe de sa gratitude et le cinquième (« F »), du 6 décembre 1828, révoquait le legs de 1.000 livres fait à Eliza Rivaz et chargeait John Collier d'aplanir toute difficulté s'élevant d'une telle révocation. Par un sixième codicille (« G »), établi le 26 mai 1829 peu avant son décès, le disposant reconnaît avoir, dans « le testament du 11 septembre 1824 », désigné Mary Ryan comme « héritière principale et exécutrice » (*principal heiress and executrix*), fondée à recueillir le restant de « son patrimoine et ses effets personnels » après paiement de différents legs ; il donne acte de ce que Mary Ryan « a laissé certaines sommes à des parents en Irlande », il déclare « confirmer de tels legs » mais, « après mûre réflexion », manifeste désormais sa volonté de lui retirer le pouvoir de disposer du reste (« *total remains of said residue* ») et prescrit que celui-ci soit, au décès de Mary Ryan, distribué « aux petites-nièces Susan et Sarah Langebear ou aux héritiers et exécuteurs de celles-ci », après distraction d'une somme de 400 livres au profit de Francis Rivaz « qui s'est révélé un ami entre tous précieux »¹¹²².

La validité et les effets de ces œuvres testamentaires ne furent débattus que douze ans plus tard, à la suite du décès de Mary Ryan, intervenu en 1837. Célibataire et sans enfants, celle-ci avait à son tour, dans un testament établi le 9 octobre 1834 à Bruxelles – désormais capitale de la Belgique indépendante – désigné comme exécuteurs « les amis de feu [s]on oncle, John Collier et Francis Rivaz » ainsi que sa nièce Susan Langebear et, en cas de prédécès de celle-ci, Sarah Langebear ; elle désignait « le fils de sa soeur Philip McLaughlin de Ne-neagh, dans le Tipperary comme exécuteur supplémentaire en lui conférant pleins pouvoirs d'agir pour elle à l'égard de ses parents [en Irlande] » ; elle faisait au profit de ceux-ci une série de legs et notamment au même Philip McLaughlin et à son frère James, ainsi qu'aux neveux Thomas et Edward Kennedy et à ses nièces Mme Power, Mme Kelly, Mme Helman et Ann Kennedy, tous semble-t-il résidant en Irlande ; elle prescrivait enfin qu'après que « sa sœur et ses filles Susan et Sara Langebear et Francis Rivaz aient recueilli leurs legs », « ce qui reste des fonds français ou, si transférés en Angleterre, le produit de ceux-ci soit partagé parmi [ses] parents d'Irlande », en émettant le vœu que « tout soit administré dans le meilleur intérêt de ces pauvres gens » et laissant ses bijoux et ses autres effets personnels à Susan et Sarah Lange-

roule à Vevay au mois d'août depuis 1962. À quelques kilomètres de Vevey, dans le Canton de Vaud, enserré entre les vignobles et le Lac Léman, se trouve le charmant village de Rivaz, chef-lieu de la plus petite commune de Suisse, au cœur du site enchanteur des Lavaux, depuis 2007 patrimoine mondial de l'UNESCO. En Suisse romande – du Valais à Genève – les Rivaz sont encore aujourd'hui nombreux.

¹¹²² Voici le texte de la dernière phrase du codicille litigieux : « By said will I have left residue of my fortune to said Mary Ryan which she has bequeathed certain sums of to relations in Ireland now I hereby confirm those bequests or legacies but hereby order that part of the residue of my fortune to amount of four hundred pounds sterling shall at Miss Ryan's death be paid to said Francis Rivaz his heirs or Executors and the total remains of said residue I now bequeath to my Grand Nieces Susan and Sarah Langebear their heirs or Executors ».

bear¹¹²³. Par un bref codicille du 30 juillet 1835, la testatrice déclarait « révoquer une donation de cent livres... qu'elle entend[ait] effectuer au profit de M. Collier »¹¹²⁴.

Francis Power étant entre-temps décédé, et Alexander Hugonin Rivaz ayant renoncé à son investiture, il ne restait que John Collier et Francis Rivaz pour veiller à ce que les dernières volontés de Philip Ryan et de Mary Ryan soient respectées. Encore fallait-il en établir la validité et la teneur. C'est ainsi qu'une divergence était apparue entre John Collier, qui agissait semble-t-il en tant qu'exécuteur de Philip Ryan¹¹²⁵, et Francis Rivaz, qui agissait en tant qu'exécuteur de Mary Ryan, au sujet de la régularité formelle du dernier codicille (G) laissé par le premier ainsi que de trois autres (B, D, F). En cas de validité de ces documents, Susan et Sarah Langebear – laquelle avait entre-temps épousé Edward Conway, homme politique belge d'origine irlandaise, conseiller du roi Leopold I¹¹²⁶ – devenaient légataires résiduelles (*residuary legatees*)

¹¹²³ Voici la reproduction de l'essentiel des dernières volontés de Mary Ryan : « Having relations in Ireland I hereby nominate my sister's son Philip MacLaughlin of Nenagh in the County of Tipperary, Ireland to be an additional executor with full power to act for me respecting my relations in that country. I hereby give and bequeath to said Philip MacLaughlin the sum of six hundred pounds sterling and to his brother James MacLaughlin the sum of five hundred pounds sterling. I bequeath to my later sister Mrs Ann Kennedy's sons Thomas and Edward living at Killenaul County of Tipperary Ireland the sum of five hundreds pound sterling to each of them I also bequeath to four nieces daughters of my later sister Ann Kennedy five hundred pounds sterling to each as follows : to Mrs. Power five hundred to Mrs. Kelly five hundred to Mrs Helman five hundred also five hundred to Miss Ann Kennedy now residing at Mrs Philip MacLaughlin's... in the Country of Tipperary Ireland. After my sister and her daughters Susan and Sara Langebear As likewise Mrs Francis Rivaz have received their legacies whatever remains belonging to me in the French funds or if transferred to England may produce it to be equally divided between my relations in Ireland as well as all ready money and the produce of my furniture and hope my worthy friends will place the money in such a manner as to give them the benefit of it as I fear that in giving them the whole amount if may not be so advantageous to them I trust and hope that all will be administered in the best manner for those poor people I have... sacrificed my happiness for all my relations I bequeath to my nieces Susan and Sara now Mrs Conway my plate and jewels and such of my remaning opera as may suit them and hope that no other sentiment but that of justice in the eyes of their God will ever ward them from doing what is equitable towards their relations whom I have here mentioned ».

¹¹²⁴ « I retract my donation of one hundred pounds to fifty which I intend to leave Mr. Collier because he is not [le mot suivant ne nous est pas lisible] with my family – Brussels the 30 July 1835 ».

¹¹²⁵ Il semble bien que, dans l'affaire *Collier v. Langebear, Conway and Rivaz*, 1 *Notes of Cases* 369 (1843), tranchée le 26 février 1842 par Sir Jenner, John Collier agissait en tant qu'exécuteur de Philip Ryan et Francis Rivaz en tant qu'exécuteur de Mary Ryan : « John Collier, executor of the will and six codicils of Mr. Ryan (of which probate had been granted by this Court)... and against Mr. Francis Rivaz, an executor of the will with a codicil of Miss Mary Ryan ». Que John Collier avait fini par être seul exécuteur de Philip Ryan est aussi confirmé par la mention finale relative aux documents testamentaires de celui-ci (« Proved at London with six Codicils marked A, B, C, D, E, F, G, 1st October 1841 before the worshipful Frederic Thomas Pratt Doctor of Laws & Surrogate by the Oath of John Collier the Exor named in the first Codicil to whom Admon [= administration] was granted having been first sworn duly to administer »). D'après le *Legal Guide* 348 (1841), p. 350, « Sir Jenner held the will and codicils entitled to probate, and decreed the same to Mr. Collier, the executor named in the two codicils ». Les sources consultées ne nous permettent pas de savoir à quel moment les positions de John Collier et de Francis Rivaz se seraient ainsi précisées.

¹¹²⁶ « Edward Conway (Brugge, 14 september 1804 – Elsene, 28 februari 1871) was een Belg van Ierse origine, medewerker van koning Leopold I » (<nl.wikipedia>).

des biens que Mary Ryan tenait de son oncle et dont celui-ci, par une sorte de substitution fidéicommissaire, lui avait en 1829 interdit la disposition *mortis causa*. L'invalidité du codicille de 1829 et de la volonté de Philip Ryan qu'il manifestait aurait en revanche réhabilité la volonté de Philip Ryan de 1824, qui était d'autoriser sa nièce à disposer de la *residue* comme mieux elle l'entendait, auquel cas le testament de Mary Ryan de 1834 devenait parfaitement efficace et les parents irlandais devenaient héritiers. Du fait de la participation à l'acte de témoins, les quatre codicilles litigieux n'obéissaient pas aux formalités prescrites par le Code Napoléon en vigueur au Royaume des Pays-Bas puis en Belgique, alors qu'ils étaient ajustés aux formes prévues par la loi anglaise qui, elle, autorisait et même exigeait la présence des témoins¹¹²⁷. Inversement, les deux autres codicilles (C et E), rédigés et signés par le testateur, étaient formellement valables en tant qu'holographes d'après le Code Napoléon et invalides au regard de la loi anglaise du fait de l'absence de témoins ; mais leur validité formelle n'avait pas été contestée par les intéressés, pas plus d'ailleurs que ne l'a été à aucun moment la soumission au droit matériel anglais de la succession de Philip Ryan et de Mary Ryan et notamment de la question de la validité matérielle de cette espèce de clause de substitution que consacrait le codicille de 1829, validité pour le moins douteuse d'après le Code Napoléon dont l'article 896 prohibait les substitutions fidéicommissaires¹¹²⁸.

C'est d'abord le lieu du domicile de Philip Ryan qui avait été débattu devant la Cour ecclésiastique de Canterbury (*Prerogative Court*), par le *Queen's Advocate* – qui était, depuis 1834, Sir John Dodson – et un certain nombre de *Doctors of Laws* (Dr. Nicholl, Dr. Addams, Dr. Harding, Dr. Burnaby), spécialistes du droit romano-canonique remplissant une fonction semblable aux *bar-risters* plaidant dans les cours de *common law*¹¹²⁹. L'Avocat de la Reine soute-

¹¹²⁷ (1841) 2 Curt. 861 (« the law of his own country being followed by Mr. Ryan »).

¹¹²⁸ « Art. 896 – Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre à un tiers, sera nulle même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire » : v. Bruxelles, 10 février 1809, *Ernst c. Vandereyden*, *Jurisprudence du XIX^e siècle ou recueil alphabétique des arrêts et des décisions de France et des Pays-Bas*, vol. 25, Bruxelles, 1832, p. 409.

¹¹²⁹ Au sommet, avec la *Court of the Arches*, des juridictions ecclésiastiques (*ecclesiastical or spiritual courts*), la *Prerogative Court* de Canterbury a été, jusqu'à 1857, en lieu et place des cours diocésaines (*diocesan courts*), munie de compétence exclusive pour enregistrer et publier les testaments, et connaître de la grande majorité des contestations successorales, relatifs aux patrimoines mobiliers excédant cinq livres (*bona notabilia*) dont les éléments étaient dispersés dans au moins deux diocèses ou dans les deux provinces ecclésiastiques de Canterbury et York, ou bien encore s'agissant de la succession des Britanniques domiciliés à l'étranger laissant des meubles en Angleterre, Pays de Galles, Île de Man ou Îles de la Manche ; c'est le « comité judiciaire » du *Privy Council*, et non la Chambre des Lords, qui fonctionnait en tant que juridiction d'appel (J. Chitty, *The Practice of the Law in Its Departments with a View of Rights, Injuries and Remedies as ameliorated by recent statutes, rules and decisions*, vol. II, London, 1834, spéc. 475 qui détaille la procédure, essentiellement écrite, suivie devant la *Prerogative Court*). En 1857-1858, la compétence des juridictions ecclésiastiques en matière successorale – déjà attestée par Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* : F.S. Setardo, « A History of English Ecclesiastical Law », 18 *Boston Univ. L. Rev* 102 (1938), p. 16 – ainsi qu'en matière de mariage, divorce et la compétence spéciale des cours de droit maritime (*admiralty*), fut supprimée et transférée aux cours de *common law* et notamment

d'abord à la *Probate Court* et, depuis 1875, à la *Probate, Divorce and Admiralty Division* (aujourd'hui *Family Division*) de la *High Court of Justice*. Les avocats plaident devant les cours ecclésiastiques supérieures ainsi que devant les cours de l'amirauté devaient obtenir un *Doctor of Civil Law* (« D.C.L. ») de l'Université d'Oxford ou un *Doctor of Laws* (« LL.D ») de l'Université de Cambridge. Appelés « advocates », « civilians », « civil lawyers », « ecclesiastical lawyers » ou, simplement, « doctors of law », ils étaient réunis dans une association qui fonctionnait de manière semblable aux *Inns of Court*, le *College of Civilians* ou *Doctors' Commons* (depuis 1768, officiellement, « College of Doctors of Law *exercent in the Ecclesiastical and Admiralty Courts* »), et ils étaient assistés par des « Proctors », l'équivalent des « solicitors » (ou plus exactement, jusqu'à 1874, des « attorneys-at-law ») dans les cours de *common law*. Le siège du *Doctors' Commons* se trouvait d'abord à Paternoster Row, puis à Knightrider Street, à quelques pas de la Cathédrale de Saint Paul, dans la *City of London*. C'est ici que pendant des siècles ont été administrés – par des spécialistes donc du « droit civil » (*civil law*) – le droit des successions, du mariage et le droit maritime en Angleterre (D. Pocklington, « The continuing relevance of Doctors' commons », 166 *Law & Just. Christian L. Rev.* 52, 2011) et c'est essentiellement dans les locaux du *Doctors' Commons* que siégeait la *Prerogative Court* de Canterbury. Représentant la Couronne devant les cours ecclésiastiques, le *King's* ou *Queen's Advocate* était lui aussi un « Doctor of Law ». Sir Herbert Jenner (1778-1852) avait été, de 1828 à 1834, « Avocat du Roi » puis « de la Reine » et, en 1834, il avait été appelé à la *Prerogative Court* de Canterbury, où il siégea jusqu'en 1852, année de sa mort, ainsi qu'à la *Arches Court* de Canterbury, qui statuait notamment en appel sur les causes matrimoniales – v. T.E. James, « The Court of Arches During the 18th Century : Its Matrimonial Jurisdiction », 5 *Am. J. Legal Hist.* 55 (1961) – et qui, contrairement à la *Prerogative Court*, supprimée le 9 décembre 1857, existe encore aujourd'hui, mais dont la compétence est essentiellement limitée aux affaires spirituelles. « Avocat de la Reine » à l'époque de *Collier v. Rivaz*, de 1834 à 1852, et entre 1829 et 1834 « admiralty advocate » (nommé par le Duc de Wellington), Sir John Dodson (1780-1858) fut le dernier juge à la *Prerogative Court* de Canterbury, de 1852 jusqu'à 1857, et il l'était donc à l'époque de *Bremer v. Freeman* (qui est de 1856 : v. *infra*, n° 288). Il n'est peut-être pas dénué de pertinence de constater que la décision *Collier v. Rivaz*, comme cela avait été le cas dans l'affaire matrimoniale *Dalrymple v. Dalrymple* (1811) 161 E.R., 2 Hag Con 54, a été prononcée par une juridiction et un juge extérieurs à la *common law* et maintenant la tradition romano-canonique en Angleterre. Les juridictions ecclésiastiques faisaient depuis plusieurs décennies l'objet de critiques liées aux coûts, à la procédure laborieuse et peu transparente (mais v. la défense opposée par les « Doctors of Law » : « In the Prerogative Court of Canterbury an amount of business is daily transacted with order, with accuracy, and with despatch unknown to any other court in the kingdom, perhaps in the world », in : « Law Reforms and its Prospects », 19 *Law Mag. Quart. Rev. Juris* n.s. 98, 1853, 101) et à la compétence séparée pour les meubles et les immeubles au fondement même de la juridiction « spirituelle » (« testamentary causes 'are purely questions of civil right between individuals in their lay character, and are neither spiritual, nor affecting the church establishment'. Why, then, is the jurisdiction over these instruments, which involve half the property in the kingdom, to be withdrawn from the ordinary courts of justice ?... Upon what possible principle should wills and not deeds be subjected to the sentence of a spiritual tribunal ? » : *The Special and General Reports made to His Majesty by the Commissioners appointed to inquire into the Practice and Jurisdiction of the Ecclesiastical Courts*, 3 *Jurist. Q. J. Juris. & Legisl.* 393, 1832). Ces réserves ont conduit à leur abolition en 1857-1858. Les « Doctors of Law » n'en étaient pas moins réputés pour l'ouverture d'esprit que leur procuraient la connaissance et la pratique du droit romain, du droit canon et du droit maritime, si bien que la Couronne les mobilisait souvent en matière de droit international et c'est sans doute pourquoi elle en avait appuyé le maintien à travers les siècles : Sir Jenner Fust et Sir Robert Phillimore étaient d'éminents internationalistes. Ce volet de l'histoire du droit en Angleterre est quelque peu oblitéré par les ouvrages continentaux de droit comparé et d'histoire du droit et même souvent par les juristes anglais eux-mêmes, tant il est vrai qu'en 1933 déjà, C. N. Elman, « Doctor's Commons », 12 *Bell Yard J.L. Soc'y Schl. L.* 22, 1933, pouvait écrire, à propos du « Doctors' Commons » : « How many law students have ever even heard of this institution and how few must be who have any more than the haziest notion what it was ». Tirant l'essentiel de leurs ressources du monopole de l'administration du droit successoral, le *Doctors' Commons* fut en effet dissous en 1867 à la suite de la suppression des cours ecclésiastiques (cf. rapport de A.J. Stephens, « Art. XI – Ecclesiastical Courts Reform », 18 *L. Rev. & Q. J. Brit. & Foreign Jurisprudence* 191, 1853, p. 192 : « the principal matter which now feeds the Ecclesiastical Courts is the testamentary

nait, d'abord, que Philip Ryan était à son décès toujours domicilié en Angleterre et citait à l'appui la définition fournie par le « droit civil » et « adoptée par la loi d'Angleterre », et spécialement celle proposée par Pothier axée sur le « siège de la fortune » de l'intéressé (*sedes fortunae potissimum facit domicilium*), en observant que, justement, le « siège de la fortune de Philip Ryan se trouvait en Angleterre » et que si des « fonds » étaient en France – non, relève-t-il, en Belgique –, leur titulaire n'en projetait pas moins le rapatriement ; Sir John Dodson faisait ensuite valoir que le testateur avait demandé renseignement à ses conseils belges qui lui avaient assuré qu'en sa qualité de ressortissant étranger, il pouvait tester selon les formes de son pays ; et qu'en tout état de cause, les « avocats belges » avait établi que d'après la loi belge, Philip Ryan n'était pas domicilié en Belgique « faute d'avoir obtenu l'autorisation royale », si bien que « la succession serait régie par la *lex loci* » ; c'est à Sir John Dodson que l'on doit l'affirmation, qui clôt son réquisitoire, selon laquelle « il fallait que le juge anglais applique la loi que les tribunaux belges appliqueraient aux documents testamentaires, c'est-à-dire la loi anglaise »¹¹³⁰. L'un des *Doctor of Laws* avait adhéré à ce point de vue en observant que le domicile en Belgique était, au regard du droit belge, impuissant à retirer au testateur la faculté de disposer de ses meubles selon les formalités prévues par la loi anglaise et aussi et surtout que la « grande question était de savoir s'il fallait attribuer la *residue* aux deux petites-nièces auxquelles [Philip Ryan] entendait la faire parvenir, ou plutôt, selon le testament de Mary Ryan, aux parents irlandais envers lesquels il entretenait la plus grande désaffection »¹¹³¹. À une telle argumentation, deux autres « Docteurs » opposaient, d'une part, que le lieu effectif des biens ne pouvait avoir d'incidence sur le domicile, d'autre part, que la perte de l'*animus revertendi* chez Philip Ryan était peu contestable, que la notion belge de domicile dont il avait été question concernait l'exercice des droits politiques et non pas le droit des successions pour lequel l'on ne pouvait qu'avoir égard à une « résidence continue », et enfin et surtout qu'il fallait en tout cas négliger une telle notion déduite du droit belge, car un « juge anglais siégeant dans un tribunal anglais est lié uniquement par la loi d'Angleterre et ne peut le

jurisdiction and, if Parliament takes away from them that jurisdiction... they would leave the judges and practitioners of those Courts without any matter that would remunerate them »).

¹¹³⁰ « If, therefore, the Court should not be of the opinion that the deceased died a domiciled subject of Great Britain, but that, by the general law, his domicile was in Belgium, it must apply the law which the Belgian Courts would apply to the papers and that is the law of England » (*The Times*, 15 juill. 1841). Ce qui est confirmé par Sir Jenner, qui ouvre son jugement (2 Curt. 855, p. 608) de la manière suivante : « on the one hand, it is said that, whether the testator had his domicile in Belgium or not, these codicils are entitled to probate, as executed according to the law applicable to the circumstances of the particular case in Belgium, although they are not executed to the form required from Belgian subjects generally ».

¹¹³¹ « The great question in this case was, whether, by the invalidity of the codicil of 1829, the residue of the property should be given to the two great nieces of the deceased, who he intended should have it, or go, under the will of Miss Ryan, to her Irish relations, towards whom the deceased entertained the greatest disaffection » (Dr. Nicholl, *The Times*, 15 juill. 1841).

moindre du monde être influencé par le droit [international privé] belge ou d'un autre Pays »¹¹³². En reprenant la formule de John Dodson dont il adopta l'argument alternatif, Sir Herbert Jenner conclut, d'une part, à la localisation en Belgique du domicile du *de cuius* en 1829, mais il se prononça, d'autre part, en faveur de la loi anglaise au motif que, comme l'avaient prouvé les avocats belgo-néerlandais, les « juridictions de Belgique, si elles avaient été saisies de l'affaire, auraient entériné » en l'espèce la validité des actes litigieux¹¹³³, en proclamant à deux reprises que la cour se devait, selon la formule devenue célèbre, de « juger comme si elle siégeait en Belgique »¹¹³⁴.

La validité formelle du codicille de 1829 une fois établie, la soumission de sa validité substantielle au droit anglais n'ayant jamais été remise en cause par les intéressés – qui la tenaient évidemment pour naturelle – alors pourtant que, comme relevé plus haut, ce conflit anglo-belge de renvoi frappait également le fond de la succession (de l'oncle tout autant que de la nièce), encore fallait-il en déterminer la portée. Ce n'est que quelques semaines plus tard que John Collier ouvra à cet effet une autre procédure devant la même Cour de Canterbury¹¹³⁵, à l'encontre cette fois non seulement de Francis Rivaz en sa qualité d'exécuteur de Mary Ryan, mais également de Susan Langebear et de Sarah Conway en tant que *residuary legatees* de Philip Ryan. Il s'agissait de déterminer si les « legs que Mary Ryan avait faits en faveur des parents irlandais » évoqués par le codicille de 1829 – legs que Philip Ryan avait déclaré vouloir « maintenir » – étaient bien ceux qu'effectuait un document du 2 décembre 1822, retrouvé dans les affaires de la nièce, par lequel celle-ci laissait entre autres 2.000 livres à chacune de ses sœurs Catherine Ryan, épouse MacLaughlin de Neanagh, et Ann Kennedy de Killenaul. S'estimant dans l'impossibilité de conclure « au-delà de tout doute raisonnable » que c'est au document de 1822 qu'entendait se référer le codicille de 1829 et ce d'autant que le testament de Philip Ryan (de 1824) était postérieur, Sir Jenner déclara que les legs faits par Mary Ryan en 1822 ne pouvaient être tenus pour intégrés dans les dernières volontés formulées en 1824-1829 par Philip Ryan et il rejeta la demande intentée par John Collier et soutenue semble-t-il par les héritiers de Catherine Ryan et Ann Kennedy. En somme, la décision de 1841 ayant dénié à ceux-ci la qualité d'héritiers de Mary Ryan en vertu du testament de 1834, la décision de

¹¹³² Le *Legal Guide* relate de son côté qu'« an English judge, sitting in an English court, was bound exclusively by the law of England, and could not in the smallest degree be influenced by the Belgic law, or the municipal law » : 6 *Legal Guide* 348 (1841), p. 350.

¹¹³³ En ce sens, le résumé de l'éditeur du *Curteis* placé en tête de l'arrêt (« by the law of this country, in which the deceased was previously domiciled »).

¹¹³⁴ « and the Court, sitting here to determine it, must consider itself sitting in Belgium under the particular circumstances of the case » : (1841) 2 Curt. 859 ; et « the Court sitting here decides... as it would if sitting in Belgium » : (1841) 2 Curt. 863.

¹¹³⁵ *Collier v. Langebear, Conway and Rivaz, Notes of Cases* 369 (1843).

1842 leur déniait également celle, à laquelle ils prétendait subsidiairement, et un peu désespérément, de légataires de Philip Ryan¹¹³⁶.

288. De Frere v. Frere¹¹³⁷ à *in re goods of Lacroix*. Né à Londres en 1769 de John Frere, archéologue de renommée originaire du Suffolk et membre du Parlement britannique, et de Jane Hookham, fille de John Hookham, riche homme d'affaires londonien, Right Hon. John Hookham Frere avait été haut diplomate, lui aussi député, et magistrat siégeant au *Privy Council*, et, à ses heures, écrivain, poète et traducteur. Il s'était retiré de la vie publique en 1820 pour accompagner son épouse, Elizabeth Jemima, veuve et comtesse d'Erroll, de santé fragile, à Malte, où il avait demeuré d'abord jusqu'à la mort de celle-ci en 1831, puis jusqu'à la sienne survenue en 1846, en ne s'en absentant que de manière temporaire, notamment pour des visites en Angleterre¹¹³⁸. C'est lors d'une de ces visites qu'il avait établi son testament, daté du 14 septembre 1826, par lequel, sans enfants, il avait confié ses propriétés et ses biens à certains de ses nombreux frères et neveux. Les trois témoins qui y avaient apposé leur signature étaient en nombre suffisant pour la loi d'Angleterre, mais non pas au regard du « droit municipal maltais » qui en exigeait sept pour le testament et cinq pour tout codicille ou donation pour cause de mort¹¹³⁹. En adhérant à

¹¹³⁶ « This seems to be a complete disposition of the whole of her property, not of the property derived from her uncle » : 1 *Notes of Cases* 369 (1843), p. 375.

¹¹³⁷ 5 *Notes of Cases* 593 (1847). E.O. Schreiber, « The Doctrine of Renvoi in Anglo-American Law », p. 541-542 évoque, à propos de cette décision, « the matter-of-course style of argument habitually adopted by the courts in these cases » ; pour A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 75, le juge « does not give any reasons ». Dans l'affaire antérieure *Maltass v. Maltass* (1844) 1 *Rob. Ecc. R.* 67, où était en cause la validité du testament rédigé par un britannique résident en Turquie dont le domicile était controversé, Dr. Lushington avait proclamé que « when we speak of the law of domicile, as applied to the law of succession, we mean, not the general law, but the law which the country of domicile applies to the particular case under consideration », mais aucun conflit de renvoi ne se produisait en la cause. Cf. Luxmoore *in Re Ross* [1930] 1 Ch. 377, p. 392.

¹¹³⁸ Depuis sa résidence maltaise, John Hookham Frere avait maintenu des contacts étroits avec les milieux de son pays et « reçu la visite de beaucoup de voyageurs britanniques », dont Sir Walter Scott en 1831, en s'adonnant à la littérature, aux langues et aux traductions d'Aristophane, tout en participant à la vie de l'Île : il fut Président du Conseil Général de l'Université de Malte et aida Mikien Anton Vassalli, patriote maltais et qualifié de « père du maltais », à créer et obtenir la première chaire de cette langue. Il fut enterré aux côtés de sa femme dans le cimetière britannique qui surplombe le Port de la Quarantaine. La « Villa Frere », à Tal-Pietà, à proximité de la Valette, est aujourd'hui une attraction touristique (N. Grima, « Historical Gardens in Total Disrepair », *Malta Independent*, 16 juin 2013). Samuel Taylor Coleridge l'avait défini dans son testament comme « the perfect gentleman » (M. von Romberg, « The Perfect Gentleman : a Biography of John Hookham Frere – Synopsis », D. Sultana, ed., *New Approaches to Coleridge, Biographical and Critical Essays*, 1981, p. 80).

¹¹³⁹ Le texte de la décision évoque le recueil voulu par le Grand Maître Emmanuel de Rohan-Pulduc datant de 1784 (*Del diritto municipale di Malta. Nuova compilazione con diverse altre Costituzioni*, Malta, 1784 connu sous le nom de « Code [de] Rohan »), qui ne contient cependant pas de dispositions sur la forme des testaments, et la Novelle 118 de Justinien, en vigueur en Malte, laquelle concerne la succession *ab intestat*. Dans son *Histoire de Malte*, t. III, Bruxelles, 1841, D. Miège, Consul de France à Malte de 1827 à 1831, explique que « [l]a loi exigeait l'intervention de sept témoins pour faire un testament solennel et par écrit » alors que « cinq suffisaient pour les codicilles et les donations à cause de mort » (p. 48), sans non plus indiquer de sources.

l'opinion d'Antonio Micallef entendu en qualité de jurisconsulte maltais, d'après lequel « si le testament n'est pas fait à Malte, encore qu'il le soit par un sujet maltais ou domicilié à Malte et qu'il ait pour objet des meubles ou des immeubles situés sur l'île, les juridictions de Malte ne considéreraient pas l'acte invalide dans la mesure où il est conforme à la loi du lieu où il a été réalisé »¹¹⁴⁰, Sir Jenner Fust se refusa à déclarer nul le testament de John Hookham Frere et à ouvrir la succession *ab intestat* comme pourtant le lui demandaient les proches du défunt, les « exécuteurs désignés ayant, eux, renoncé » à leur office¹¹⁴¹.

Plus acharnée et confuse fut la bataille judiciaire engagée dans l'affaire *Bremer v. Freeman*¹¹⁴². Sujette britannique, fille d'un lieutenant-général de l'armée britannique, Fanny Calcraft avait habité l'Inde jusqu'à ses dix ans puis l'Angleterre pendant les vingt années suivantes pour ensuite voyager à travers le continent et enfin s'établir à Paris, où elle avait résidé pendant les quinze dernières années de sa vie. C'est à Paris qu'elle avait consigné ses dernières volontés dans un document testamentaire préparé par son avocat londonien T. Freeman et « exécuté » dans les formes anglaises. Elle y avait institué héritiers Daniel Alexander Freeman, fils de T. Freeman, et quatre cousins Bremer, dont J.G. Bremer, nommé exécuteur testamentaire, et Susanne Bremer. Se prétendant successible *ab intestat*, celle-ci contestait la validité du testament pour vice de forme afin, semble-t-il, de voir s'accroître sa part de l'héritage. En première instance, Sir John Dodson, devenu entre-temps juge à la *Prerogative Court*, statua

¹¹⁴⁰ 5 *Notes of Cases* 594 (1847) : « The learned advocate further expressed his 'opinion' that if the will is not made in Malta, although that of a Maltese subject by birth or domicile, whether relating to movables or immovables, situated in the island, the Courts of Justice of Malta cannot consider the act as invalid, if it be made according to the law of the place in which it was executed ». Antonio Micallef (1810-1889) avait recueilli et commenté les décisions prononcées par les tribunaux maltais à partir de 1829 (et publié entre 1841-1843 une édition annotée en deux volumes du Code de Rohan) avant que le recueil officiel ne débute en 1858 sous le nom de *La collezione di Decisioni dei Tribunali di Malta*. Nommé ensuite par le Gouverneur à la « Cour d'Appel de Sa Majesté pour l'Île de Malte », il en fut le président pendant 21 ans (1859-1880) (v. A. Ganado, « Sir Antonio Micallef », <judiciarymalta.gov.mt>, qui le qualifie de « the most prolific Maltese author of legal works in the 19th century »).

¹¹⁴¹ « If you satisfy me that a will made in England by a person domiciled in Malta, according to English law, is invalid, I will pronounce against it... The question here is, whether a will made in this country, according to the law of this country, by a person domiciled in Malta, is a good and valid will in Malta ». Cf. A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 67-68 et J.D. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », p. 288.

¹¹⁴² *Bremer v. Freeman* (1857) 10 Moore P.C. 306, sur appel de la décision prononcée par la *Prerogative Court* de Canterbury, *Bremer v. Freeman and Bremer* (1856) 1 Deane 192, 164 E.R. 546. L'un des rares à être prononcé en deuxième instance, ce jugement a été invoqué à la fois comme favorable (J. Brown, « In Re Johnson », *L.Q.Rev.*, 1909, p. 149-150 ; N. Bentwich, *The Law of Domicile*, p. 167-168) et comme contraire ou du moins hostile au renvoi (P. Bate, *Notes on the Doctrine of Renvoi*, p. 11-13 ; E.H. Abbot, « Is the Renvoi Part of the Common Law ? », p. 144 ; J.H.C. Morris, « The Law of the Domicil », p. 44-45 ; M. Wolff, *Private International Law*, p. 194 ; A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 75). Pour J.D. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », p. 480, « the reasoning was so intricate that it is difficult to say definitely what the principle of the decision was ». Cf. A.V. Dicey / J.H.C. Morris / L. Collins, *The Conflict of Laws*, p. 77 : « few modern lawyers have the patience to unravel its intricacies ».

là encore – comme il l’avait déjà proposé en tant qu’Avocat de la Reine dans *Collier v. Rivaz* – en faveur de la loi anglaise, effectivement observée par la testatrice, en estimant, après un examen minutieux de l’opinion de cinq spécialistes du droit français et d’un nombre impressionnant de précédents hexagonaux, qu’un juge français n’aurait pas de son côté considéré que la résidence de fait de la *de cujus* à Paris lui avait fait acquérir un domicile en France et aurait par conséquent mis en œuvre la loi anglaise qui validait le testament. La solution s’imposait d’autant plus fermement à ses yeux « que tous les membres de la famille et les bénéficiaires des dispositions testamentaires, à quelques négligeables exceptions près, étaient anglais et domiciliés en Angleterre, et que les biens litigieux ne se trouv[ai]ent pas en France mais, hormis les meubles meublant les appartements [de la *de cujus*], en Angleterre »¹¹⁴³. La décision devait cependant être renversée par le *Privy Council* qui décida que l’existence d’un conflit anglo-français de renvoi ne pouvait en l’espèce être retenue puisque les éléments versés aux débats aspirant à prouver que « ce testament, exécuté dans la forme anglaise, [aurait été tenu pour] valable en France » étaient « insatisfaisants, embrouillés et contradictoires »¹¹⁴⁴.

Une telle preuve fut atteinte dans l’affaire *in the Goods of Lacroix*, décidée vingt ans plus tard¹¹⁴⁵. Le testament et les codicilles litigieux avaient été formés en France, selon les prescriptions de la loi anglaise, par Eugène Leguen de Lacroix, français de naissance et naturalisé britannique trente-et-un ans avant sa mort. Le testateur y avait disposé de ses seuls biens situés en Angleterre¹¹⁴⁶. Estimant que les juges français auraient entériné la validité de ces instruments testamentaires en tant que respectueux de la loi nationale du défunt¹¹⁴⁷, Sir J. Hannen de la *Probate Division* conclut à sa validité par application du droit anglais.

¹¹⁴³ « [M]ore especially when all the relations and all the parties who were benefited by the Will, with some trifling exceptions, were English people, and domiciled in England ; and considering that all the property was not in France, but with the small exception of the goods in the apartments, was in England » : (1856) 1 Deane 256 ; cf. (1857) 10 Moore P.C. 311.

¹¹⁴⁴ « [I]t is not established that, for the purpose of having a domicile which would regulate the succession, any authorisation of the Emperor was necessary » : (1857) 10 Moore P.C. 377.

¹¹⁴⁵ (1877) 2 P.D. 94. Sur cette affaire, P. Bate, *Notes on the Doctrine of Renvoi*, p. 108 ; J. Brown, « In Re Johnson », p. 150 ; J.D. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », 1930, p. 483-484 ; A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 71, pour qui une fois de plus le renvoi fut accepté « without any reason given ».

¹¹⁴⁶ « By these testamentary papers he disposed of his property in England only » : (1877) 2 P.D. 94. Les biens que le *de cujus* avait laissés en France étaient visés par un autre testament, lui aussi établi en France mais selon les formes françaises, qui n’avait pas fait l’objet de la requête de *probate* devant le juge anglais.

¹¹⁴⁷ La volonté exprimée par le testateur « would be upheld and carried into execution by the Courts in France as being the will and the codicils of an English subject made in accordance with the requirement of the law of his nationality » : (1877) 2 P.D. 95. Le *Lord Kingsdown’s Act* de 1861 (v. *supra*, n° 286) était déjà en vigueur à l’époque du testament (datant de 1874), mais il ne permettait en l’espèce pas l’application directe de la loi anglaise que ne désignaient ni le lieu du domicile, ni le *dominion* d’origine, ni le lieu de l’acte.

Plus nombreuses sont les décisions mettant en cause la loi régissant le fond de la succession. Les solutions qu'elles consacrent sont également plus diversifiées, puisque la loi étrangère eut à quelques reprises la préférence des tribunaux.

§ 2. Loi applicable au fond de la succession

289. Onze décisions. Suivant la méthode de classement adoptée jusque-là, on examinera successivement les jugements ayant retenu la loi anglaise (A), puis ceux qui ont donné prépondérance à la loi étrangère (B). Le premier groupe compte sept décisions : trois d'entre elles tranchent un conflit de renvoi frappant les biens meubles, qui épuisaient, semble-t-il, les actifs héréditaires ; dans une seule de ces affaires, le conflit de règles de conflit était double puisqu'il embrassait à la fois les biens meubles et immeubles ; dans les trois restantes, seuls les immeubles étaient impliqués, le dernier domicile du *de cujus* se trouvant en Angleterre, dont la loi régissait par conséquent le sort des forces mobilières. Quatre décisions composent le second groupe : le conflit de renvoi s'exerçait sur les meubles et, dans deux d'entre elles, s'étendait jusqu'aux immeubles étrangers.

A – Arrêts ayant appliqué la loi anglaise

290. Renvoi mobilier : affaires *in re Johnson*, *in re Bowes* et *in re O'Keefe*. Qualifiée de « la plus importante qu'une cour anglaise ait rendue en matière de conflits de lois depuis des années »¹¹⁴⁸, la décision *in re Johnson*¹¹⁴⁹, prononcée en 1903 par le juge Farwell, portait sur la dévolution de l'actif mobilier laissé *ab intestat* par Mary Elizabeth Johnson. De mère britannique domiciliée à Malte et de père également britannique domicilié en Angleterre, née hors mariage à Malte et légitimée par mariage subséquent, sujette britannique, dame Johnson avait quitté Malte, lieu de son domicile d'origine, à l'âge de vingt-deux ans sans plus y retourner jusqu'à sa mort, survenue soixante ans plus tard, en 1892, dans le Grand-Duché de Bade, où elle avait acquis un domicile de choix¹¹⁵⁰. Les éléments de son patrimoine étaient dispersés en Angleterre et

¹¹⁴⁸ A.V. Dicey, note sous *in re Johnson*, *L.Q.Rev.*, 1903, p. 243 (« by far the most important which for years has been delivered by an English court on any question connected with conflict of laws »).

¹¹⁴⁹ (1903) 1 Ch. 821. Sur cet arrêt, outre le commentaire de A.V. Dicey, cité à la note précédente, v. J. Brown, « *In re Johnson* », *L.Q.Rev.*, 1909, p. 145 ; J. Westlake, *A Treatise on Private International Law*, p. 39 ; E.H. Abbot, « Is the Renvoi Part of the Common Law ? », p. 133 ; T. Baty, *Polarized Law*, London, 1914 (réimpr. Littleton, 1986), p. 118 (pour qui il s'agit du « great case of *renvoi* in England ») ; C. Grassetti, « La dottrina del rinvio », p. 23 (qui le qualifie d'« uno dei giudicati più controversi e differentemente valutati che mai siano apparsi nei *Law Reports* »).

¹¹⁵⁰ Les formules employées par le juge Farwell autorisent à penser que la *de cujus* s'était installée dans le Bade à un âge avancé : « The testatrix left Malta in 1832 or 1833, and never returned. At the date of her will and of her death she was domiciled in Freiburg, in the Grand Duchy of Baden » : (1903) 1 Ch. 822.

dans le Bade. D'après la loi maltaise de son domicile d'origine, les biens dont elle n'avait pas disposé par testament – les seuls litigieux et dont il semble bien qu'ils se trouvaient en Angleterre¹¹⁵¹ – devaient être recueillis par des membres de sa famille, tandis que le droit anglais les attribuait « probablement » aux exécuteurs testamentaires¹¹⁵². Le juge Farwell constata d'emblée l'accord de l'ensemble des intéressés quant à l'inapplicabilité de la loi matérielle du Grand-Duché de Bade¹¹⁵³, dont la règle de conflit prescrivait qu'un *de cujus*, à défaut d'avoir été naturalisé dans le Bade, demeurerait sous l'empire de sa loi nationale¹¹⁵⁴ ; il argumenta ensuite que lorsque la loi du domicile de choix « décline de régir et de lui attacher des effets », le domicile d'origine reprend sa vigueur, le cercle vicieux ne constituant, pour lui, qu'une vue de l'esprit ; la solution était enfin à ses yeux d'autant plus raisonnable que *in dubio pro lege fori* et que les juges du Grand-Duché de Bade n'auraient peut-être même pas accepté de connaître de l'affaire¹¹⁵⁵. Ainsi devenu interlocal, le conflit fut résolu au profit de la loi maltaise en sa qualité de « branche compétente » du droit de l'Empire Britannique.

L'autorité de l'arrêt *Johnson* allait quelques années plus tard être invoquée par le juge Swinfend-Eady dans l'affaire *in re Bowes* pour justifier, ici de nouveau, l'application de la loi anglaise¹¹⁵⁶. John et Isabella Bowes, frère et sœur de nationalité britannique et d'origine anglaise, avaient habité la France dans des circonstances permettant de présumer, conformément à la loi anglaise, qu'ils y avaient acquis un domicile de choix, sans toutefois être légalement admis à domicile au regard de la loi française. Prédécedé, John Bowes avait laissé la totalité de sa fortune – essentiellement sise en Angleterre¹¹⁵⁷ – à ses exécu-

¹¹⁵¹ (1903) 1 Ch. 829 : « in distributing movables under the jurisdiction of this Court ». C. Grassetti, « La dottrina del rinvio », p. 23 tient cela pour acquis. En ce sens, semble-t-il, A.V. Dicey, note sous *in re Johnson*, p. 245 (« goods of the deceased in England »).

¹¹⁵² La question n'étant pas clairement tranchée en droit anglais : (1903) 1 Ch. 825.

¹¹⁵³ Il s'agissait des exécuteurs testamentaires, des parents collatéraux de la *de cujus* et de l'*Attorney-General*, intervenu pour souligner la « great practical importance » de la question et à quel point « it is in the public interest that a general rule should be laid down » : (1903) 1 Ch. 825.

¹¹⁵⁴ Ce consensus est relevé avec insistance par J.H.C. Morris, « The Law of the Domicil », p. 45 : « No counsel engaged in the case was concerned to argue that Baden municipal law governed the succession ; the whole argument turned on whether Maltese or English law was applicable » ; et puis encore : « All parties therefore virtually *admitted* the validity of the reference back from Baden law » (mise en italique en original).

¹¹⁵⁵ « The Baden Courts would in effect have disavowed him and disclaimed jurisdiction » : (1903) 1 Ch. 828.

¹¹⁵⁶ *In re Bowes*, décidée le 18 juillet 1906. Un extrait de la décision, non publiée, parut aux *Times Law Reports* – 22 T.L.R. 711 (1907) – de la plume de R. Hill. Un résumé se lit in 26 *Can. L. Times* 634 (1906) et in 20 *Harv. L. Rev.* 230 (1906-1907). Pour N. Bentwich, *The Law of Domicile*, p. 43, « the decision may be supported as an extended application of the Renvoi doctrine ».

¹¹⁵⁷ Cf. le résumé in 20 *Harv. L. Rev.* 230 (1906-1907) : « He died in France, leaving a will disposing of English movables ». Les autres décisions provoquées par la succession de John Bowes conduisent à douter qu'il n'ait laissé que des meubles : v. *in re Bowes* (1896) 1 Ch. 507, où il est question du « Wemmergill estate » dont le testateur était « life tenant » ; v. ég. *in re Bowes* (1888) L.R. 37 Ch.D. 128.

teurs testamentaires, dont l'avocat anglais Edward Young¹¹⁵⁸, à charge pour ceux-ci d'effectuer divers legs et, surtout, d'y distraire un fond de 30.000 livres en le gérant en *trust* au profit d'Isabella et, au décès de celle-ci, de le partager en soixante parts à distribuer au Liverpool University College, à une série d'autres personnes et institutions de bienfaisance et aux bénéficiaires désignés par Isabella, désignation que celle-ci avait effectuée au moyen d'un testament et de quelques codicilles. À la mort d'Isabella, se posa la question de la validité de l'institution du *trust* et de la désignation des légataires et donc, au préalable, celle du droit applicable. Or, les parties « étaient tombées d'accord sur ce que, dans la mesure du possible, l'interprétation [des stipulations litigieuses] devait être menée selon la loi anglaise »¹¹⁵⁹. En tenant compte de ce souhait commun, le juge décida que « la validité, la signification et la mise en œuvre des instruments testamentaires étaient régies par la loi anglaise », si bien que « la validité de ceux-ci devait être admise »¹¹⁶⁰.

C'est en revanche *ab intestat* qu'était décédée la *de cujus* dans l'affaire *O'Keefe*¹¹⁶¹. Pas plus ici que dans les deux affaires précédentes, aucune des parties à l'instance n'a songé à revendiquer la protection de la loi étrangère, ici italienne. Née en 1860 en Inde de père irlandais, militaire, et de mère originellement domiciliée en Inde mais pourvue elle aussi de racines irlandaises, Mary Alice O'Keefe avait d'abord habité l'Inde jusqu'à ses treize ans avant d'être placée dans un couvent en France, à Lyon, avec l'une de ses sœurs. Elle avait ensuite poursuivi ses études en Angleterre puis était retournée en Inde pendant quelques années avant de revenir en Angleterre vivre aux côtés de son père qui avait acquis une propriété dans le Kent. Elle s'était enfin fixée en Italie, à Naples, où elle est décédée en 1937, quarante-sept ans plus tard. Deux sœurs germaines, Eva Julia Poingdestre et Jane Margaret Sherman, d'une part, et, d'autre part, un frère et une sœur consanguins, Francis Joseph O'Keefe et Agnes Mary O'Keefe, issus du deuxième mariage du père, célébré à Londres avec une Britannique, se disputaient ses biens – essentiellement des meubles – en invoquant les uns la loi anglaise et les autres la loi irlandaise¹¹⁶². Faisant état de l'accord des intéressés sur l'inapplicabilité de la loi italienne, qui, du fait de l'art. 8 des *Disposizioni Preliminari* du Code civil italien, désignait le droit britannique comme applicable en tant que droit national de la défunte et

¹¹⁵⁸ *In re Bowes* (1900) 2 Ch. 251.

¹¹⁵⁹ « [T]he parties were in the main agreed that, if possible, the construction should be according to English law » : 22 *T.L.R.* 711 (1907).

¹¹⁶⁰ 20 *Harv. L. Rev.* 230 (1906-1907).

¹¹⁶¹ *In re O'Keefe* (1947) 1 Ch. 124. V. les commentaires de J.H.C. Morris, *L.Q.Rev.*, 1940, p. 144, J.D. Falconbridge, « Le renvoi et la loi du domicile », *Rev. crit.*, 1947, p. 187, G.C. Cheshire, *Private International Law*, 3rd ed., p. 112 et R. De Nova, « Il caso *in re O'Keefe* e la determinazione della lex patriae di un cittadino britannico domiciliato all'estero », *Festschrift L. Raape*, Hamburg, 1948, p. 67 (repr. in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 311).

¹¹⁶² La décision ne renseigne pas sur les conséquences respectives résultant de l'application des lois en présence.

« tenant compte de la totalité des éléments de l'espèce », le juge Crossman trancha ce conflit interlocal au profit de la loi irlandaise au titre de la loi du domicile d'origine¹¹⁶³.

291. Renvoi mobilier et immobilier : affaire *in re Ross*. Si elle s'apparente à *in re O'Keefe* du fait de la participation au conflit de la loi italienne, l'affaire *in re Ross*, décidée en 1930 par le juge Luxmoore, s'en écarte à plusieurs égards : d'une part, elle met en cause un renvoi à la fois mobilier et immobilier, d'autre part, c'est d'une succession testamentaire dont il s'agissait et, enfin et surtout, la loi italienne fut cette fois bel et bien invoquée au procès¹¹⁶⁴.

Janet Anne Duff Gordon, britannique, ayant pour père Sir Alexander Cornewall Duff Gordon, écrivain anglais renommé¹¹⁶⁵, et pour mère Lucy Duff Gordon, née Austin, fille de John Austin, le célèbre juriste, avait épousé en Angleterre Henry James Ross, banquier londonien originaire de Malte et domicilié au moment du mariage en Égypte. C'est en Égypte que le ménage s'était installé d'abord et où était né, en 1862, leur fils unique, Alexander Gordon Ross. Les époux Gordon Ross s'étaient ensuite fixés en Italie, où la *de cujus* allait demeurer jusqu'à sa mort, survenue en 1927. Elle y avait d'abord acquis un domicile du fait de celui de son mari puis, à la mort de ce dernier, qui lui avait légué l'ensemble de ses biens, un domicile de choix. Se prévalant de la loi anglaise, la dame Ross avait à son tour laissé sa fortune imposante – composée de meubles, dont la plupart se trouvait en Angleterre, et de la propriété de Poggio Gherardo, près de Fiesole – à la fois à sa nièce dont elle avait eu la tutelle, Caroline Lucy Isabel Waterfield (fille d'un frère, Sir Maurice Duff-Gordon) et à son petit neveu, Aymand Victor Arthur Waterfield, issu de l'union célébrée en 1901 entre Caroline et Aubrey William Waterfield. Le fils de la *de cujus*, Alexander, réclamait à l'encontre des héritiers institués la réserve que lui accordait la loi italienne – à savoir la moitié de l'héritage – ou, subsidiairement, celle qui lui revenait au regard de la loi maltaise – un tiers. Persuadé que les juges italiens auraient soumis une telle succession au droit anglais sans faire jouer le renvoi et observant par ailleurs qu'« aucune prétention n'avait été avancée par Alexander Gordon » sur les biens que son père avait légués à sa mère et qu'il convoitait à présent, le juge Luxmoore entérina les dernières volontés de la *de cujus* en les jugeant conformes à la loi anglaise.

292. Renvoi immobilier : affaires *in re Baines*, *in re Duke of Wellington* et *in re Adams*. Dans trois affaires, les protagonistes avaient, outre la nationalité britannique, semble-t-il leur domicile en Angleterre ; c'est par le lieu de situa-

¹¹⁶³ (1947) 1 Ch. 130 (« looking at the whole of the facts »).

¹¹⁶⁴ (1930) 1 Ch. 377. Sur cette affaire, v. A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 12.

¹¹⁶⁵ Ses *Letters from Egypt*, London, 1863-1865 constituent « l'un des récits de voyage classiques de la moderne littérature anglaise » (N. Bentwich, « The Development of the Doctrine of Renvoi in England in Cases of Succession », *RabelsZ.*, 1930, p. 434).

tion d'un ou plusieurs immeubles que leur succession se rattachait à l'étranger. Les juges anglais n'ont pas éprouvé de difficultés à étendre leur compétence jusqu'aux immeubles étrangers, les plaideurs ne contestant pas une telle extension¹¹⁶⁶.

Dans l'affaire *in re Baines*, également décidée par le juge Farwell¹¹⁶⁷, un Britannique « probablement domicilié en Angleterre » avait laissé entre autres un immeuble en Égypte. Ses exécuteurs testamentaires s'étaient empressés de le liquider et d'en déposer le produit de la vente auprès d'une banque londonienne. La loi anglaise était désignée par l'article 77 du Code civil égyptien en sa qualité de « loi de la nation à laquelle appart[enait] le défunt »¹¹⁶⁸ et regardait les dispositions testamentaires prises par celui-ci comme matériellement valables. Le juge préféra retenir la loi anglaise et écarter la loi égyptienne qui les tenait pour nulles.

Plus récentes, les deux autres décisions ont tranché des conflits de renvoi anglo-espagnols. L'affaire *in re Duke of Wellington* eut le plus grand retentissement¹¹⁶⁹. Elle portait sur la dévolution de certains biens laissés en Espagne par Henry Valerian George Wellesley, sixième Duc de Wellington et de Ciudad Rodrigo. Capitaine de vaisseau de l'armée britannique décédé lors d'une bataille près de Salerno le 16 septembre 1943 à l'âge de 31 ans¹¹⁷⁰, le *de cujus* avait disposé par deux testaments, respectivement, de ses propriétés en Espagne en faveur de celui qui à sa mort alla porter le double titre de Duc de

¹¹⁶⁶ Pour J.H.C. Morris, note sous *in re Duke of Wellington*, *L.Q.Rev.*, 1948, p. 268, une telle compétence ne saurait être refusée lorsque la loi anglaise est applicable aux immeubles situés à l'étranger (plus exactement lorsque « the court is administering an estate or a trust, and the property includes movables or immovables in England and immovables situated abroad which are limited to devolve in the same way »). Et l'auteur de citer *Nelson v. Bridport* (1846) 8 Beav. 547 ; *in re Piercy* (1895) 1 Ch. 83 ; *in re Ross* (1930) 1 Ch. 377 ; *in re Stirling* (1908) 2 Ch. 344. Dans l'affaire *Duc de Wellington*, la *Court of Appeal* a accepté de se saisir de la question en raison de l'applicabilité – établie en première instance et non contestée en appel – de la loi anglaise et aussi de l'accord des intéressés quant à l'exercice d'une telle compétence (« it was ultimately arranged that the court would deal with the matter on the footing that the law of England applied, the parties expressing their willingness to be bound by the decision » : J.H.C. Morris, note sous *in re Duke of Wellington*, p. 268, note 1).

¹¹⁶⁷ L'affaire est rapportée par A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England*, 2nd ed., London, 1908, p. 777, dont le compte rendu a formé la base des analyses de N. Bentwich, *The Law of Domicile*, p. 175 (v. ég. « The Development of the Doctrine of Renvoi », p. 140), E. Lorenzen, « The Renvoi Theory », p. 338, E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », p. 558-559 et S. Grundwald-Delitz, *Die Lehre von der Rückverweisung im englischen und nordamerikanischen internationalen Privatrecht*, Leipzig, 1932, p. 32-33.

¹¹⁶⁸ En voici le texte : « Les successions sont réglées d'après les lois de la nation à laquelle appartient le défunt ».

¹¹⁶⁹ (1947) 1 Ch. 506. Le jugement fut confirmé par la *Court of Appeal* (1948) Ch. 118, qui ne se pencha toutefois pas sur la question de la loi applicable. Outre la note de J.H.C. Morris parue à la *L.Q.Rev.*, 1948, p. 248, v. les commentaires de R. Jennings, *L.Q.Rev.*, 1948, p. 321, F.A. Mann, *Mod. L.R.*, 1948, p. 232, P.H. Neuhäus, *RabelsZ.*, 1949, p. 342 et les comptes rendus de J.D. Falconbridge, *Essays on the Conflict of Laws*, 2nd ed., p. 229 et W. Raeburn, « The 'Open Offer' Formula », p. 211.

¹¹⁷⁰ Sa dépouille repose encore aujourd'hui au *British War Cemetery* de Bivio Pratole, dans la province de Salerno.

Wellington et de Ciudad Rodrigo, et du restant de sa fortune par le biais d'un *trust* institué au bénéfice du septième Duc de Wellington. Personne n'ayant hérité de ce double titre, il s'agissait d'élucider le sort des biens espagnols. Ceux-ci étaient convoités par trois personnes : l'oncle paternel Gerald Wellesley, septième Duc de Wellington, prétendait à l'ensemble des biens immobiliers espagnols en se fondant sur les règles anglaises gouvernant l'interprétation des actes de dernière volonté ; la sœur du *de cujus*, Lady Anne Maud Rhys, mariée au septième baron Deynevor, en réclamait la moitié se prévalant de son titre de Duchesse de Ciudad Rodrigo, sans par ailleurs préciser au regard de quelle loi ; enfin, la mère du défunt, Duchesse de Wellington, Lilian Maud Glen Wellesley, fille du premier baron Glentanar, soutenait que les biens litigieux lui revenaient au titre de parent le plus proche du défunt, et ce conformément aux règles espagnoles régissant la dévolution *ab intestat*. Après un examen minutieux, encore que peu fructueux, de la doctrine et des indices pouvant se déduire de la jurisprudence espagnole en matière de renvoi, le juge Wynn-Parry fut persuadé que le Tribunal suprême espagnol aurait, « dans un cas de ce type », refusé le renvoi tiré de la loi britannique de la nationalité à la loi espagnole du *situs*, au nom, notamment, du principe de l'unité de la succession consacré à l'article 10 du *Código civil*¹¹⁷¹ et c'est par conséquent en faveur de la loi britannique qu'il arbitra le conflit de renvoi.

À la même solution devait parvenir quarante ans plus tard Sir Browne-Wilkinson dans l'affaire, moins médiatisée, *in re Adams*¹¹⁷². Était débattue la validité des dispositions testamentaires prises par sieur Christopher Williams Adams, citoyen britannique domicilié en Angleterre, qui avait nommé son épouse Beryl Doreen Adams – dont il semble établi qu'elle était également britannique et domiciliée en Angleterre – légataire universelle de ses biens, et « notamment de ses propriétés en Espagne ». Le fils Harold Christopher, lui aussi britannique et domicilié en Angleterre, s'opposait à l'applicabilité de la loi anglaise et, par là, à l'exécution des dernières volontés de son père concernant les biens immeubles espagnols en réclamant le bénéfice de la réserve que la loi espagnole accorde au descendant. Sir Browne-Wilkinson n'hésita pas à le débouter de sa prétention en soumettant la succession litigieuse à la loi anglaise, tirant lui aussi argument du principe de l'universalité de la succession que consacrerait le droit international privé espagnol.

¹¹⁷¹ « Basing myself on this material, I come to the conclusion that it would be against the spirit and intentment of the Spanish Civil Code to hold that, in a case such as this, Spanish law would accept the renvoi which the English law makes to it as the *lex situs* » : (1947) 1 Ch. 521.

¹¹⁷² High Court, Chancery Division, 31 juill. 1985, décision curieusement non mentionnée par les ouvrages généraux de droit international privé anglais et disponible en version anglaise, française et espagnole sur le site consacré à l'affaire *Denney* (sur laquelle v. *infra*, n° 356) : <<http://web.onyxnet.co.uk/antony.anderson-onyxnet.co.uk/adams.htm>>. En Espagne, elle a provoqué l'étude de J.L. Iriarte Angel, « Doble renvío y unidad de tratamiento de las sucesiones : el caso *Adams* », *Rev. gen. der.*, 1989, p. 3561.

C'est sur cette affaire que s'achève la chronologie des décisions ayant tranché le conflit de renvoi par application du droit anglais. Intéressons-nous à présent à celles qui ont opté pour la loi étrangère.

B – Arrêts ayant appliqué la loi étrangère

293. Deux affaires peu connues : *Bartlett v. Bartlett* et *Velasco v. Coney*. Abstraction faite des espèces dans lesquelles la loi étrangère du domicile et de situation immobilière désignée par la règle de conflit anglaise fut appliquée sans discussion, aucune des parties au procès n'ayant invoqué le jeu du renvoi pour y échapper¹¹⁷³, quatre décisions méritent de nous retenir.

Dans l'affaire *Bartlett v. Bartlett*, le conflit de renvoi opposait le droit anglais au droit égyptien et spécialement islamique¹¹⁷⁴. Mohamed Khalil Bartlett, sujet britannique domicilié en Égypte, de confession musulmane, avait laissé en Égypte l'intégralité de ses biens, dont plusieurs immeubles¹¹⁷⁵. Il en avait disposé en faveur de son épouse et de ses enfants, tous musulmans. Nommés exécuteurs testamentaires, deux de ses frères, également musulmans, avaient soutenu devant le tribunal mixte compétent que, d'après la loi islamique en vigueur en Égypte à la suite de l'*Egypt Order in Council* de 1915, un sixième des actifs litigieux échoyait à leur mère, Behana Hanem Bartlett ; cette dernière étant décédée peu après le *de cuius*, ils estimaient en être les successeurs légaux et, à ce titre, revendiquaient 1/18 de la masse héréditaire. La Cour suprême égyptienne les avait déboutés de leurs prétentions en se prononçant pour la pleine validité matérielle du testament sur le fondement de la loi anglaise ; celle-ci trouvait – avaient-ils motivé – à s'appliquer à l'ensemble de la dévolution au titre de loi *nationale* du défunt, et ce conformément à l'art. 77 du Code civil égyptien – déjà évoqué à propos de l'arrêt *in re Baines*¹¹⁷⁶ – lequel « ne distinguait pas entre les meubles et les immeubles ». Le *Privy Council* censura cependant cette décision, préférant trancher le fond du litige conformément à la loi égyptienne islamique en arguant de ce que, même si la loi anglaise était effectivement désignée par le droit international privé égyptien, une telle référé-

¹¹⁷³ V. la jurisprudence citée par A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 44 (pour la période 1930-1937) ; v. ég. J.H.C. Morris, « The Law of the Domicil », p. 39, et note 1 ; A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 6th ed., p. 56 ; cf. T. Baty, *Polarized Law*, p. 120 ; M. Wolff, *Private International Law*, p. 194.

¹¹⁷⁴ (1925) A.C. 377. V. J. Westlake, *A Treatise on Private International Law*, p. XXXVII ; N. Bentwich, « The Development of the Doctrine of Renvoi » ; A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England*, 4th ed. (A.B. Keith ed.), London, 1927, p. 823-824 ; S. Grundwald-Delitz, *Die Lehre von der Rückverweisung*, p. 34-35. Précisons que lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, le *Privy Council* est saisi en appel d'une décision rendue par les juridictions d'un autre *dominion*, le for se trouve dans cet autre *dominion*, si bien que la loi égyptienne – loi en conflit autre que la loi anglaise – est, à proprement parler, la loi du for.

¹¹⁷⁵ Dont le *Privy Council* nous rapporte qu'il était « a man of considerable property, both movable and immovable, principally the latter, and all in Egypt » : (1925) A.C. 378-379.

¹¹⁷⁶ *Supra*, n° 292.

rence devait englober le principe, consacré par le droit anglais, de l'application de la loi de l'immeuble et, pour les meubles, de la loi du domicile ; or ces deux rattachements se réalisaient en l'espèce au profit de l'Égypte.

L'arrêt *Velasco v. Coney*¹¹⁷⁷ a été parfois brandi contre l'admission du renvoi, même si le juge qui le prononça eut moins nettement conscience d'être confronté à un conflit de règles de conflit. Une dame anglaise avait épousé un sieur Velasco, ressortissant italien. Depuis son mariage, elle avait transporté son domicile en Italie au lieu de celui de son époux. C'est en faveur de dernier qu'elle avait disposé de ses biens. Son avocat avait ensuite détruit le document incorporant ses dernières volontés dans des circonstances emportant révocation selon le droit italien, mais non pas au regard du droit anglais. C'est donc le bénéfice de ce dernier que revendiquait sieur Velasco. Rejetant la prétention de celui-ci, la Cour s'en tint à l'application de la loi italienne au titre de loi du domicile de la *de cujus* et du lieu d'établissement de l'acte mais aussi – a-t-il été observé – en tant que loi qui parvenait à mieux respecter les intentions effectives de la défunte¹¹⁷⁸.

Dans les deux autres affaires, plus célèbres, le mécanisme du renvoi fut longuement discuté.

294. Deux grandes affaires : *in re Annesley* et *in re Estate of Fuld*. Prononcée en 1926, la décision *in re Annesley*¹¹⁷⁹ doit une bonne part de sa notoriété, qui fut considérable, en Angleterre comme ailleurs, au caractère passablement ambigu et même déroutant des formules que le juge Russel employa pour justifier la préférence qu'il marqua pour la loi française. C'est à l'occasion de cette affaire que fut énoncée la méthode que l'on devait ensuite dénommer du « double renvoi » ou du « renvoi total » ou encore, notamment sur le Continent, de la « *foreign-court theory* »¹¹⁸⁰.

C'est en France, à Pau, que Sybil Annesley avait résidé pendant cinquante-huit ans, depuis 1866 jusqu'à son décès en 1924 : elle y avait vécu tout d'abord avec son époux, officier de la marine britannique, ensuite, devenue veuve, avec une de ses filles, Miss Annesley, en y acquérant un domicile de choix. Tout au long de cette période, elle n'avait effectué que quatre brefs séjours en Angleterre. Des documents versés aux débats se dégageait en effet l'« aversion [nourrie par la *de cujus*] envers l'Angleterre et les Anglais », relevée à deux re-

¹¹⁷⁷ (1934) Ch. 276 ; v. sur cette affaire, A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 54.

¹¹⁷⁸ En ce sens ég. A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 54-55.

¹¹⁷⁹ (1926) Ch. 692, tranchée par Frank Xavier Joseph Russell, fils de Lord Russell of Killowen, qui allait peu après devenir d'abord, en 1928, membre du *Privy Council* puis, en 1929, « law lord » sous le nom de Baron Russell of Killowen.

¹¹⁸⁰ En ce sens déjà J.D. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », p. 281, pour qui le juge Russell « stated a new doctrine which is entirely his own invention » (v. ég. *ibidem*, p. 282 : « Russell J. has, in effect, invented a new formula »). La paternité de la « doctrine of double or total renvoi » lui est aussi reconnue par A.V. Dicey / J.H.C. Morris / L. Collins, *The Conflict of Laws*, p. 78 (« without citing any authority or giving any reasons for doing so »).

prises par la Cour¹¹⁸¹. La défunte avait laissé d'importantes propriétés immobilières en France et des biens meubles en France et en Angleterre. Elle avait testé, d'une part, en faveur de cinq domestiques et de certains amis de son entourage français, et d'autre part de Miss Annesley, demeurée célibataire. L'autre fille, épouse Davidson, s'opposait à l'exécution des dernières volontés de sa mère, invoquant la protection de la loi française, laquelle réduisait à un tiers la quotité disponible et lui assurait la qualité de réservataire. Miss Annesley se prévalait également de la loi française qui élargissait sa part d'héritage. Les autres bénéficiaires du testament arguaient en revanche en faveur de la loi anglaise qui assurait l'efficacité des libéralités consenties par la défunte à leur profit. S'interrogeant longuement sur la solution qu'aurait adoptée son homologue français, le juge Russell se laissa influencer par l'application de la loi française pour laquelle avait opté la Cour de cassation dans l'affaire *Soulié*, tout en déclarant qu'il eût préféré aboutir au même résultat en faisant l'économie du détour du renvoi et qu'il se réjouissait de constater que la *Surrogate's Court* de New York – dans l'arrêt *in re Tallmadge*, dont il sera question plus loin¹¹⁸² – venait d'adopter cette « solution simple et rationnelle »¹¹⁸³.

C'est à l'arrêt *in re Estate of Fuld*¹¹⁸⁴ que revient de clore la valse de ces décisions. Peter Fuld était né en 1921 en Allemagne de parents de nationalité allemande. Son père, Harry Fuld, de confession juive, avait créé à Francfort la *Deutsche Privat-Telephon Gesellschaft H. Fuld*, vite devenue prospère¹¹⁸⁵. Elevé d'abord en Allemagne, envoyé en Angleterre en 1939 pour fuir le régime nazi, Peter Fuld avait été emprisonné et déporté la même année vers le Canada. Libéré en 1942, il avait fréquenté l'université de Toronto et acquis la nationalité canadienne en délaissant la nationalité allemande qu'il ne devait jamais plus recouvrer. De retour en Europe en 1946, il avait passé le reste de sa vie entre l'Angleterre – où il avait fixé son domicile matrimonial, avec son épouse, Marina von Bernus, issue d'une famille allemande de haut rang¹¹⁸⁶ – et l'Allemagne, siège de ses affaires, jusqu'à sa mort, survenue en Allemagne en 1962. Pour le juge Scarman, c'est en Allemagne que Peter Fuld avait enfin acquis son domicile de choix. En Allemagne se trouvaient également les 5/6^{èmes} de son

¹¹⁸¹ « [H]er mother frequently expressed to her dislike of England and the English people » : (1926) Ch. 693 ; « England, a country which she disliked and whose people she disliked » : (1926) Ch. 703.

¹¹⁸² V. *infra*, n° 308.

¹¹⁸³ Ce qui explique le désarroi d'illustres commentateurs. D'après G.C. Cheshire, cité par C. Grassetti, qui l'approuve (« La dottrina del rinvio », p. 31), le juge « in realtà non giudicò per nulla secondo tale teoria » ; et l'auteur de se demander : « Ma se non si applicò il rinvio, e d'altra parte non lo si respinse senz'altro, che cosa allora si fece ? ». Cf. J. Walton, note sous *in re Annesley*, *J. Comp. Leg. Int. L.*, 1927, p. 276.

¹¹⁸⁴ (1968) Prob. 675. Sur cette affaire, v. R.H. Graveson, « The Fuld Case », *Int'l & Comp. L.Q.*, 1966, p. 937.

¹¹⁸⁵ Cette société allait ensuite prendre le nom de *Telefonbau & Normalzeit/Telenorma* et existe toujours active sous le nom de *Avaya-Telenovis*.

¹¹⁸⁶ *Infra*, note 1208.

patrimoine¹¹⁸⁷ dont il avait disposé au moyen d'un testament établi en Angleterre et de quatre codicilles rédigés également en Angleterre, pour le deuxième, et en Allemagne, pour les trois autres. La validité formelle du testament et du deuxième codicille était acquise en vertu de la règle du *locus regit actum*, l'un des rattachements alternatifs adoptés par le *Lord Kingdown's Act*¹¹⁸⁸. Celle du premier codicille l'était aussi du fait de sa conformité aux prescriptions du droit allemand de son dernier domicile. La validité des deux autres codicilles, régulièrement formés selon les règles anglaises et invalides d'après les dispositions du *BGB*, était en revanche controversée. Le *locus actus* se trouvant en Allemagne, il ne restait qu'à prendre appui, pour les valider, sur la loi régissant le fond de l'acte, c'est-à-dire la loi applicable au fond de la succession. « Envoyé » vers le droit allemand du dernier domicile de Peter Fuld, le juge Scarman, en scrutant la jurisprudence et la doctrine allemande, estima que la *lex causae* était en l'espèce, aux yeux de l'ordre allemand, la loi allemande, et ce par le jeu conjoint de l'article 25 *EGBGB* désignant la loi nationale du défunt, ici la loi canadienne, et de l'article 27 *EGBGB* acceptant le renvoi que la loi canadienne notamment de l'État de l'Ontario opérait vers la loi allemande du domicile. C'est donc au profit de la loi allemande que ce conflit allémano-britannique de renvoi fut tranché¹¹⁸⁹.

Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence

295. Plan. En respectant l'ordre que nous avons suivi pour leur présentation, on mesurera la capacité de la proximité et de l'autonomie à expliquer d'abord les décisions mettant en cause la forme des testaments (§ 1) puis celles où il était question du fond de la succession (§ 2). Le bilan qui en résulte sera enfin mis à l'épreuve des interprétations avancées par la doctrine pour expliquer cette riche jurisprudence (§ 3).

§ 1. Loi applicable à la forme du testament

296. Contacts du *de cujus* avec le pays de la loi validante. Face à l'antinomie internationale opposant, d'une part, la loi étrangère désignée par la règle de conflit anglaise en tant que loi du domicile (au sens anglais) du *de cujus* et, d'autre part, la loi anglaise désignée par la règle de conflit étrangère, soit au ti-

¹¹⁸⁷ (1968) Prob. 676 : « he died in Germany, leaving about five-sixths of his estate there and the remaining sixth in England ». Cf. R.H. Graveson, « The Fuld Case », p. 937 : « leaving a large estate, of which a small part was in England ».

¹¹⁸⁸ *Supra*, n° 286.

¹¹⁸⁹ L'application de la loi invalidante n'entraîna pas d'effets significatifs, les deux codicilles formellement invalides ayant été jugés, d'après la loi anglaise autant que la loi allemande, n'être pas « l'instrument d'un testateur libre et capable » du fait de la maladie ayant frappé Peter Fuld depuis 1959.

tre de loi nationale ou du domicile d'origine (dans les affaires *Collier v. Rivaz*, *Bremer v. Freeman* et *in the Goods of Lacroix*), soit au titre de loi du lieu d'établissement de l'acte (dans l'affaire *Frere v. Frere*), les juges anglais qui ont retenu le conflit de renvoi – tous hormis le *Privy Council* dans l'affaire *Bremer v. Freeman* – l'ont résolu en faveur de la loi anglaise. Arrêtons-nous sur les titres qu'avait celle-ci pour qu'il soit justifié qu'on lui confie une telle tâche.

La loi anglaise était systématiquement celle dont les formes avaient été spontanément observées par le testateur, celle qui était donc parvenue à en diriger la conduite. Elle était ensuite, dans *Frere v. Frere*, non seulement la loi du lieu où le *de cuius* avait testé, mais également « celle de son Angleterre natale »¹¹⁹⁰ et plus exactement, du pays dont cette personnalité très en vue dans les milieux politiques et intellectuels britanniques possédait la nationalité et dans lequel elle avait eu son domicile pendant toute sa vie professionnelle avant de s'installer à Malte, où il n'avait vécu que les années de sa retraite. Dans les trois autres affaires, la loi anglaise était non seulement la loi nationale du *de cuius*, mais également celle de son avant-dernier domicile¹¹⁹¹. Enfin, et peut-être surtout, il semble bien que l'Angleterre était le lieu où se trouvaient les biens dont le testateur avait disposé par les instruments litigieux¹¹⁹².

Il est sans doute permis de penser que c'est en raison de ces multiples points de contact, de nature à la fois personnelle et réelle, que la loi anglaise avait été « appliquée », au sens d'« utilisée », par le testateur¹¹⁹³ ; et aussi que c'est le jeu conjoint d'une telle observation par le destinataire naturel des prescriptions y relatives et des circonstances objectives de proximité que l'on vient de relever, qui a incité les juges à remettre à la loi anglaise le soin de trancher le conflit de renvoi.

297. Le critère de la validité pour résoudre le conflit de renvoi. Sur ce dernier point, l'accord des commentateurs semble pratiquement entier. Ce n'est pas tant, ou, pour certains, pas du tout, la mécanique du renvoi, c'est-à-dire l'adhésion pure et simple du juge anglais à la règle de conflit étrangère, qui inspira seule ces décisions, mais aussi un principe supplémentaire : celui que traduit

¹¹⁹⁰ Cf. A. Mendelssohn-Bartholdy, *Renvoi in Modern English Law*, p. 69, pour qui le juge « might have been less willing to respect the evidence of the Maltese experts if the Right Hon. John Hookham Frere had happened to make his will in Turkey or Japan instead of in his native England ».

¹¹⁹¹ Ce qui est souligné in *Collier v. Rivaz* (1841) 163 ER 608 : « The Court pronounced in favour of the papers, they being valid instruments by the law of this country, in which the deceased was previously domiciled ».

¹¹⁹² En ce sens l'arrêt *Bremer v. Freeman* (1857) 10 Moo. P.C. 311, et l'arrêt *in the goods of Lacroix* (1877) 2 P.D. 94.

¹¹⁹³ Les attaches personnelles pertinentes sont ici uniquement celles du *de cuius*, puisque les règles matérielles en matière de forme, contrairement à celles régissant le fond, n'accordent pas des droits substantiels aux prétendus ayants droit mais s'adressent uniquement à l'auteur de l'acte ; pour les mêmes raisons, la volonté ou les attentes qui méritent d'être prises en compte sont ici celles du seul testateur dont nous avons vu d'ailleurs qu'elles s'orientent naturellement vers la loi dont il a respecté les formalités, notamment lorsqu'il s'agit d'un respect conscient et non du simple fruit du hasard (v. *supra*, n° 207 s.).

l'idée antique *ut res magis valeat quam pereat*¹¹⁹⁴ ou bien encore l'expression *favor testamenti*¹¹⁹⁵, dont ils soulignent au surplus qu'il fait un avec la volonté ou les attentes de l'auteur de l'acte¹¹⁹⁶. Pour se persuader que c'est bien là la vraie *ratio decidendi* et que l'accueil du renvoi n'a été qu'une conséquence de l'action de celle-ci, il suffit, soutiennent-ils, de constater l'absence de toute décision anglaise ayant admis le renvoi pour *invalidier* un testament formellement valable d'après la loi étrangère du domicile¹¹⁹⁷. Autant dire, si cela est vrai, que le conflit de renvoi dans ces espèces a été tranché par application de la loi étrangère validante, préférée à la loi anglaise du for, en l'occurrence invalidante. Les auteurs tendent au demeurant à approuver sans trop de peine le résultat auquel a conduit l'emploi de la validité pour résoudre un conflit de renvoi de ce type. La force des contacts que le *de cuius* entretenait avec l'Angleterre n'est sûrement pas étrangère à cette approbation généralisée.

Ce dont la doctrine a jusque-là omis de prendre conscience est qu'en tant que principe de solution du conflit de renvoi, un tel critère est parfaitement *susceptible de généralisation* et échappe par là d'un seul coup à toutes les critiques et contrecritiques que se sont mutuellement adressées la thèse et l'anti-thèse. Car s'il est adopté par l'autre État en conflit – dans les exemples examinés : la France, la Belgique ou Malte –, il aboutit bel et bien à résoudre l'antinomie internationale que recouvre le conflit de règles de conflit pour le plus grand profit des justiciables et des communautés étatiques « co-intéressées » à leur procurer les bienfaits du Droit¹¹⁹⁸. S'accordant pour le trancher à l'aide de la même loi (la loi validante), les deux pays en conflit de renvoi épargnent de ce chef aux parties la peine de se faire un procès pour connaître le cadre juridique à l'aune duquel la régularité formelle du testament doit être appréciée, de même qu'ils leur épargnent l'injustice pouvant résulter de la possibilité que le conflit de lois soit en définitive solutionné par un « coup de force » d'un particulier contre l'autre.

¹¹⁹⁴ P. Bate, *Notes on the doctrine of renvoi*, p. 109 ; T. Baty, *Polarized Law*, p. 119 ; J.D. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », p. 290 ; G.C. Cheshire, *Private International Law*, p. 116 ; R.H. Graveson, « Le renvoi dans le droit anglais actuel », *Rev. crit.*, 1968, p. 259.

¹¹⁹⁵ En ce sens C. Grassetti, « La dottrina del rinvio », p. 22 : « istruttivo al riguardo sarebbe un parallelo – che invero mai nessuno ha pensato di porre – tra la *ratio decidendi* dei giudici inglesi ed il *favor testamenti* del diritto romano » ; M. Wolff, *Private International Law*, p. 205 qui évoque le « *favor testamentarius* » ; v. en substance aussi R. De Nova, « Considerazioni sul rinvio », p. 92, note 71 (« *favor negotii* »), H. Lewald, « Renvoi Revisited ? », *Festschrift H. Fritzsche*, Zürich, 1958, p. 173 et A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 6th ed., p. 61.

¹¹⁹⁶ C. Grassetti, « La dottrina del rinvio », p. 18 ; J.G. Collier, *Conflict of Laws*, p. 25 ; E. Rimmel, « The Place of Renvoi in Transnational Litigation », p. 66.

¹¹⁹⁷ P. Bate, *Notes on the doctrine of renvoi*, p. 109 ; J.D. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », p. 290 ; G.C. Cheshire, *Private International Law*, 3rd ed., p. 116 ; A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 6th ed., p. 61.

¹¹⁹⁸ Sur ce que la validité du testament peut être asservie à l'uniformité des solutions, en prenant appui sur la Convention de La Haye de 1961, v. cependant C.M.V. Clarkson / J. Hill (ed.), *Jaffey on the Conflict of Laws*, p. 471 et E. Rimmel, « The Place of Renvoi », p. 67-68.

On s'empressera d'expliciter ce que l'appel au *favor validitatis* comme mobile réel de ces décisions risque de faire perdre de vue : c'est bien la constatation préalable par le juge de l'*existence* d'un conflit de renvoi qui, pour les raisons que l'on a dites, a déclenché le processus de solution du conflit des règles de conflit et mobilisé à cette fin le recours au facteur de la validité. Des sources doctrinales parfaitement autorisées font état d'« une longue série de cas » dans lesquels les testaments des citoyens britanniques régulièrement formés d'après le droit anglais ont été invalidés par application de la loi étrangère de leur dernier domicile, le conflit de renvoi ne se produisant pas ou n'ayant pas été suffisamment établi¹¹⁹⁹. La décision du *Privy Council* mettant un terme au contentieux opposant Bremer et Freeman en fournit d'ailleurs une illustration particulièrement démonstrative : le testament a été annulé pour vice de forme sur le fondement de la loi matérielle étrangère car l'existence d'un conflit de renvoi n'ayant pas été prouvée, il n'y avait pas de raison d'en appeler à un principe supérieur pour surmonter le désaccord des règles de conflit.

298. Synthèse. Il paraît possible de conclure que ceux qui discernent dans ces premières décisions la « mise en œuvre du principe du renvoi » ont raison dans la mesure où ils entendent signifier par là que, contrairement à ce que leur recommande l'antithèse, la règle de conflit étrangère a bel et bien été prise en compte par les juges : cette prise en compte est en effet *nécessaire* – encore que *non suffisante* – pour en expliquer la démarche. Cependant, ceux qui nient que ces arrêts consacrent, précisément, la « mise en œuvre du principe du renvoi » n'ont pas tort dans la mesure où ils entendent signifier par là que la loi anglaise ne l'a pas emporté sur la loi étrangère par cela seul que la règle de conflit étrangère la désignait, comme le voudrait la thèse : la prise en compte d'une telle règle de conflit – encore que *nécessaire* – n'est en effet pas *suffisante* pour justifier à elle seule l'issue des litiges¹²⁰⁰. Mais ceux qui avancent que le motif *décisif* au sens propre du terme – celui auquel les juges ont confié le soin de *décider* : dans un sens ou dans l'autre – a été le critère de la *validité*, et ceux qui ne désavouent au fond pas une telle lecture, mais précisent que les juges y sont parvenus en passant par la règle de conflit étrangère, sont vraiment tout près de convenir que ces décisions ne consacrent ni la thèse ni l'antithèse mais bien une synthèse autour du principe bilatéral évoqué.

Les divergences d'interprétation qu'ont suscitées les arrêts postérieurs portant sur le fond de la succession sont, du moins en apparence, beaucoup plus marquées. Avant de tenter de les réconcilier, il convient de vérifier si la proximité et l'autonomie des parties sont compatibles avec la manière dont le conflit de renvoi a été concrètement tranché.

¹¹⁹⁹ A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England*, p. 687 ; N. Bentwich, *The Law of Domicile*, p. 115.

¹²⁰⁰ C'est en substance, nous semble-t-il, ce que laisse entendre R. De Nova, « Considerazioni sul rinvio », p. 92, pour qui le fait que le *favor negotii* constitue un « motivo non rinivistico » ne change rien à ce que le « procedimento... adottato sia stato effettivamente rinivistico » ; cf. E.M. Meijers, « La question du renvoi », p. 201, en note, en se référant à *Collier v. Rivaz*.

§ 2. Loi applicable au fond de la succession

299. Attaches personnelles des *de quorum*. Il semble bien que le domicile étranger que dames Johnson, Ross et O'Keefe avaient eu à leur décès n'avait pas vraiment affaibli leur sentiment d'appartenance à l'Empire britannique. Les liens familiaux, affectifs et culturels qu'elles avaient préservés avec celui-ci devaient, en dépit d'une résidence prolongée sur le sol étranger – quarante-sept ans pour O'Keefe, plus de trente pour Ross –, demeurer prépondérants : d'une part, aucune d'elles n'avait épousé un ressortissant du pays de leur dernier domicile et, d'autre part, les contacts étroits maintenus avec leurs proches, sur lesquels on s'arrêtera ci-après¹²⁰¹, semblent bien témoigner de la pérennité de cette allégeance. Cela correspond d'ailleurs au mode de vie particulier de nombre d'appartenants aux élites britanniques de l'époque : s'ils installaient de façon stable dans d'autres pays, notamment en Italie, en Égypte, au Moyen-Orient, attirés tant par la douceur du climat que par la variété et la beauté du paysage, ils n'avaient souvent pas pour autant de véritable intention de s'intégrer aux populations locales mais vivaient plutôt entre eux en alimentant sans cesse leurs relations avec la mère-patrie¹²⁰². Voilà qui est particulièrement manifeste chez Janet Ross qui joua, avec sa famille, un rôle de premier plan dans l'histoire de la communauté britannique de Toscane : la villa de Poggio Gherardo était devenu le lieu de rencontre privilégié des intellectuels anglophones les plus prestigieux de l'époque, tels Mark Twain, Bernard Berenson et George Meredith¹²⁰³.

Quant aux affaires immobilières, il faut d'abord constater que, pour ce qui est du Duc de Wellington et de Christopher William Adams, mais « probablement » aussi, du moins à en croire un commentateur autorisé¹²⁰⁴, de sieur Baines, à la nationalité britannique dont était tiré le renvoi venait s'adjoindre, pour consolider – certains y font allusion – l'enracinement britannique des défunts¹²⁰⁵, le domicile anglais qu'ils possédaient à leur décès, et qui avait été constamment le leur, au sens du droit anglais en tout cas. À l'inverse, aucun

¹²⁰¹ *Infra*, n° 230.

¹²⁰² Cf. T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, p. 397.

¹²⁰³ P. Anderson, compte rendu de S. Benjamin Pier, *A Castle in Tuscany: The Remarkable Life of Janet Ross*, Millers Point, 2006 (N.S.W.), *The Australian*, 16 oct. 2006 : « Italy (especially Tuscany), Egypt and the Middle East were much favoured in the 19th century and saw several accomplished and well-connected British men and women live out their lives there. Janet Ross... is such woman ». On a pu écrire de celle-ci qu'elle « fu senza dubbio una delle donne più interessanti e complesse della colonia britannica di Firenze a cavallo tra '800 e '900 » (A. Bartoli). Fille d'écrivains, elle publia en Angleterre nombre d'ouvrages : *Italian Sketches*, London, 1887 ; *Three Generations of English-women : memoirs and correspondence of Susannah Taylor, Sarah Austin, and Lady Duff Gordon*, London, 1893 ; *Leaves from Our Tuscan Kitchen or How to Cook Vegetables*, London, 1908.

¹²⁰⁴ A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England*, p. 777.

¹²⁰⁵ En ce sens, à propos de Adams, J.L. Iriarte Angel, « El doble envío », p. 3582, pour lequel « el juez se resistiese a aplicar el Derecho español, porque, probablemente, le parecía duro que las legítimas españolas se impusiesen a la sucesión de un *inglés domiciliado en Inglaterra* » (c'est nous qui soulignons). Cf. pour le Duc de Wellington, F.A. Mann, *Mod. L.R.*, 1948, p. 233.

lien significatif avec le milieu espagnol, dans les deux premiers cas, et égyptien, dans le troisième, n'est avéré.

Il en va différemment dans les affaires tranchées au moyen de la loi étrangère. Dame Coney avait épousé un Italien. Bien que ressortissant britannique, Mohamed Khalil Bartlett appartenait par sa confession, sa culture et sa langue, à la société égyptienne. Sybil Annesley avait, il est vrai, convolé avec un Anglais, James O'Donel Annesley, encore que celui-ci, par sa mère, Clementine de Brockhausen, fille du Baron de Brockhausen¹²⁰⁶, avait des racines allemandes qu'il avait constamment alimentées¹²⁰⁷ ; mais surtout, en plus d'avoir établi sa résidence permanente en France depuis une durée assez exceptionnelle – presque 60 ans – elle s'était assez résolument éloignée de la culture britannique en raison de ses goûts, de ses fréquentations et de son aversion avouée pour les gens d'Angleterre. Enfin, chez Peter Fuld, les liens affectifs et familiaux avec le milieu allemand, certes tourmentés, mais non pour autant moins profonds, notamment avec sa mère, d'une part, et d'autre part, son épouse Marina von Bernus¹²⁰⁸, s'alliaient à un enracinement professionnel en Allemagne. En conséquence, non seulement les protagonistes de ces espèces, et notamment Sybil Annesley, Mohamad Khalil Bartlett et Peter Fuld, bien que formellement titulaires de la nationalité britannique et canadienne, étaient-ils parfaitement intégrés à leur décès au pays de leur domicile, respectivement la France, l'Égypte et l'Allemagne ; mais, pour ce qui est de Fuld et Bartlett, ils n'avaient pratiquement jamais cessé de l'être. Et de fait, leur itinéraire personnel ne répondait pas à la situation usuelle de dissociation entre nationalité et domicile. Chez eux, c'est bien le pays du domicile – l'Allemagne et l'Égypte – qui était en quelque sorte le pays de leurs origines, celui de leurs racines familiales et auquel ils n'avaient, depuis leur naissance, jamais cessé d'appartenir. S'ils en avaient dû formellement délaisser la *citoyenneté*, s'ils avaient été poussés à en acquérir une autre – chez Fuld, dans des circonstances, sinon fortuites, du moins accidentelles –, la *nationalité*, au sens historique et culturel, respectivement allemande et égyptienne, n'en avait pas moins préservé son *effectivité* et l'était sans doute davantage que la citoyenneté canadienne et britannique.

L'inventaire des liens rattachant les prétendus ayants droit aux deux pays en conflit de renvoi révèle un équilibre comparable.

300. Attaches personnelles des ayants droit. Ceux qui convoitaient l'héritage laissé par dames Ross, O'Keefe et Johnson, tous membres de leurs familles –

¹²⁰⁶ Ch. Mosley (ed.), *Burke's Peerage and Baronetage*, 106th ed., Crans (Switzerland), Burke's Peerage (Genealogical Books) Ltd, 1999.

¹²⁰⁷ Tant il est vrai que, décédé bien avant elle, il s'était fait enterrer en Allemagne.

¹²⁰⁸ Membre de l'*Akademie für Sprache*, le père de l'épouse de Peter Fuld, Alexander von Bernus, était, entre autres, l'éditeur du magazine littéraire *Die Freistadt* pour lequel écrivaient des auteurs renommés, dont Rainer Maria Rilke, Stefan Zweig, Thomas Mann et Hermann Hesse, avec qui von Bernus entretenait une relation d'amitié en mettant à leur disposition, jusqu'en 1926, sa résidence de Stift Neuburg, près de Heidelberg, comme lieu de réunion durant les mois d'été.

hormis les exécuteurs testamentaires de dame Johnson –, étaient pourvus d'attaches significatives avec l'Empire Britannique et notamment avec l'Angleterre, l'Irlande ou Malte. Décédées non mariées et sans descendants, Mary Elizabeth Johnson et Mary Alice O'Keefe n'avaient, pour leur succéder, que des collatéraux – pour dame O'Keefe, on sait qu'il s'agit, d'une part, de ses sœurs germaines Eva Julia Poingdestre et Jane Margaret Sherman, et, d'autre part, de ses frère et sœur consanguins, Francis Joseph O'Keefe et Agnes Mary O'Keefe – et il est peu probable qu'ils aient partagé le destin très particulier ayant amené leurs soeurs à se fixer dans le pays de Bade et en Italie. Britannique comme ses parents, Alexander Gordon Ross « avait été laissé en Angleterre », des récits contemporains le décrivant d'ailleurs comme s'étant « éloigné de sa famille »¹²⁰⁹. Les héritiers institués par dame Ross, c'est-à-dire la nièce Caroline Lucy Isabel, qui avait épousé Aubrey William Waterfield, et le fils de ceux-ci, Aymand Victor Arthur, étaient tous britanniques, bien qu'installés eux aussi pendant un certain temps en Toscane mais ici de nouveau au cœur de la communauté britannique : Lucy Waterfield y fonda, en 1917, le *British Institute*, et, avec son mari, dirigea une école anglaise à Poggio Gherardo ; l'un et l'autre étaient correspondants pour des journaux et des éditions britanniques¹²¹⁰. Le seul bénéficiaire des dernières volontés des consorts Bowes dont on peut établir l'identité – l'University College de Liverpool – était britannique ; on peut raisonnablement penser que les autres *charity institutions* destinataires des legs effectués par Isabella Bowes l'étaient également. On devine encore plus facilement que l'oncle, la sœur et la mère du sixième Duc de Wellington, tous chargés de distinctions nobiliaires parmi les plus élevées de la pairie de Grande-Bretagne – Gerald Wellesley, septième Duc de Wellington, Lady Anne Maud Rhys, Duchesse de Ciudad Rodrigo et Lilian Maud Glen Wellesley, Duchesse de Wellington – possédaient des liens personnels prépondérants avec la Grande-Bretagne et que tel était aussi le cas, à la fois, de Beryl Doreen, épouse de Christopher William Adams, et de Harold Christopher, leur fils¹²¹¹.

La répartition des attaches des successibles est, dans d'autres affaires, sans doute plus équilibrée. Sieur Velasco était italien, domicilié en Italie. Ceux qui se disputaient l'héritage de Sybil Annesley se rattachaient à la France : d'une

¹²⁰⁹ « Their only child, Alick, who would prove as gifted at languages as the rest of the family, was left in England and for a lifetime effectively overlooked. As Benjamin puts it : 'He comes and goes but there is little tangible evidence of his existence. He becomes a familiar stranger in his family's life' » (P. Anderson, compte rendu de S. Benjamin Pier, *A Castle in Tuscany*, The Australian, 16 oct. 2006).

¹²¹⁰ Avec son époux, Aubrey Waterfield, Lucy Waterfield rénova et habita la Fortezza della Brunella à Aulla, en Lunigiana. Elle fut correspondante de l'*Observer*, de 1921 à 1939 et de la *Kelmsley Press* de 1946 à 1950, alors que Aubrey écrivait pour le *The Manchester Guardian* (informations tirées du site du *British Institute* de Florence : <www.britishinstitute.it/en/archive/waterfieldcollection.asp>).

¹²¹¹ On peut en penser de même des successeurs de Baines, puisque les immeubles égyptiens avaient été vite liquidés et la somme tirée de la vente rapatriée en Angleterre, bien que la brièveté des comptes rendus à cet égard n'autorise que des conjectures.

part, on l’a vu, ses domestiques et ses amis bénéficiaires du testament étaient français et il est peu probable qu’ils aient eu des liens personnels de quelque importance avec l’Angleterre ; et, d’autre part, de ces deux filles, la cadette, Miss Annesley, célibataire, n’avait jamais vécu ailleurs qu’en France, près de la *de cujus*. La fortune de Peter Fuld était poursuivie surtout par son entourage allemand, à commencer par sa mère, issue d’une « ancienne famille allemande »¹²¹², et des organisations allemandes, au premier rang desquelles la *Peter Fuld Stiftung*¹²¹³. Enfin, ceux qui avançaient des prétentions sur les biens de Mohamad Khalil Bartlett – tous, on l’a vu, membres de sa famille : son épouse, ses enfants et ses frères subrogés dans les droits de leur mère – partageaient avec le *de cujus* des liens culturels, linguistiques et religieux avec l’Égypte¹²¹⁴.

Penchons-nous sur la localisation des biens successoraux.

301. Attaches réelles. Les meubles litigieux laissés par Mary Elizabeth Johnson se trouvaient, semble-t-il, en Angleterre et on peut en penser de même pour ceux dont était titulaire Mary Alice O’Keefe¹²¹⁵. Ces actifs avaient de surcroît vraisemblablement une provenance britannique, puisqu’il s’agissait de biens familiaux que ces célibataires décédées à un âge avancé avaient hérités de leurs ascendants qui à leur tour tiraient leur prospérité de l’Empire. On sait qu’il en alla de même des meubles laissés par John et Isabella Bowes¹²¹⁶, dont l’essentiel avait été constitué en *trust* à gérer depuis l’Angleterre. La répartition géographique des éléments du patrimoine de dame Ross est en revanche plus équilibrée : aux forces mobilières, dont une bonne partie était située en Angleterre, s’ajoutait une somptueuse propriété immobilière en Toscane, impliquée elle aussi dans le conflit de renvoi via la *lex rei sitae*¹²¹⁷.

Quant aux affaires immobilières, c’est surtout, on l’a vu, au lieu de situation des biens, meubles ou immeubles, qui restent en dehors du conflit de renvoi qu’il faut s’intéresser, encore qu’on puisse également comparer la valeur de ces autres actifs à celle des immeubles étrangers objet du conflit¹²¹⁸. En faisant abstraction des domaines espagnols, le poids de la fortune laissée par le Duc de Wellington se trouvait, comme le laisse entrevoir le testament relatif

¹²¹² « His mother came of an old German family » : (1968) Prob. 686.

¹²¹³ Ayant son siège à Francfort, fondée par le « francfortois (*sic*) P. Fuld », la *Peter Fuld Stiftung* existe encore aujourd’hui et se donne pour mission principale de soutenir aux études les jeunes de talent ayant souffert de discriminations, notamment en raison de leur origine : v. le site officiel de la ville de Francfort <www.frankfurt.de> et celui de la Fondation elle-même <www.peterfuldstiftung.de>.

¹²¹⁴ (1925) A.C. 379 : « like the testator, all the parties concerned are Moslems ».

¹²¹⁵ Cf. E.H. Abbot, « Is the Renvoi Part of the Common Law ? », p. 134. Notons que si les juges anglais se saisissent d’une requête tendant à obtenir un *grant of probate* ou *of administration*, c’est en général que les actifs litigieux se trouvent « à l’intérieur du ressort de la juridiction » : en ce sens, entre tous, J. Westlake, *A Treatise on Private International Law*, p. 101 et 118.

¹²¹⁶ V. *supra*, n° 290.

¹²¹⁷ Ce qui est relevé par J.D. Falconbridge, « Renvoi and Succession to Movables », p. 290 et C. Grassetti, « La dottrina del rinvio », p. 34, note 3.

¹²¹⁸ *Supra*, n° 226.

aux biens anglais, dans les Îles Britanniques et on rappellera également qu'à l'origine de la conquête des propriétés espagnoles, il y eut l'effort de guerre consenti par la Grande-Bretagne lors de la campagne d'Espagne remportée en 1812 contre les armées napoléoniennes par l'illustre ascendant du *de cujus*, Arthur Wellesley (premier) Duc de Wellington. Si l'on ignore la situation et la valeur des biens laissés en sus de l'immeuble espagnol par Christopher William Adams, il est assez probable que cet immeuble ait été acquis au moyen des revenus tirés d'une activité professionnelle au Royaume-Uni. L'immeuble égyptien laissé par sieur Baines était le seul actif héréditaire sis à l'étranger et son aliénation avait permis d'en réunir le produit au reste du patrimoine que l'on devine aisément situé en Angleterre, du moins à titre principal.

Dans deux des affaires tranchées par la loi étrangère, la masse héréditaire se trouve à l'étranger, soit entièrement – c'est le cas de Mohamed Khalil Bartlett¹²¹⁹ – soit aux 5/6^{èmes}, c'est le cas de Peter Fuld¹²²⁰. Quant à Sybil Annesley, alors que le gros de ses forces mobilières provenait de deux comptes bancaires en Angleterre¹²²¹, sa considérable propriété immobilière se trouvait en France et il est d'autant plus justifié d'en tenir compte dans la recherche du siège principal de l'héritage que cet immeuble n'était pas, à la différence de la propriété laissée en Toscane par dame Ross, affecté par le conflit de renvoi¹²²².

Il reste à examiner la correspondance entre les décisions anglaises et la volonté ou, selon le sens proposé dans cet ouvrage, les attentes des intéressés.

302. Volonté et attentes des intéressés. Dans trois des successions à l'égard desquelles la loi britannique a été retenue, *in re Johnson*, *in re O'Keefe* et *in re Bowes*, la loi badoise, italienne et française du dernier domicile n'est invoquée par aucun des plaideurs. L'accord de ceux-ci au sujet de l'inapplicabilité de la loi étrangère du domicile et de l'application de la loi nationale du for – et ce dans des situations de renvoi où, l'on songe notamment aux deux premières, les attentes de la *de cujus* ne s'étaient exprimées pas plus vers l'une que vers l'autre loi – a été relevé par nombre d'auteurs¹²²³. Sans doute un tel accord quant à la solution à donner au conflit de renvoi se doublait-il du désaccord quant à la manière de trancher le conflit interlocal opposant le droit anglais au droit maltais, d'une part, et au droit irlandais, d'autre part. Mais ne provoquant pas de renvoi, cet autre conflit peut ici être négligé.

¹²¹⁹ *Supra*, n° 293, note 48.

¹²²⁰ *Supra*, n° 294, note 52.

¹²²¹ (1926) Ch. 694.

¹²²² La localisation des biens de dame Coney n'est en revanche pas rapportée par le juge qui dut statuer sur leur sort.

¹²²³ A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, p. 72 : « none of the parties was concerned to argue that the foreign law meant foreign domestic law » ; J.H.C. Morris / D. McLean, *The Conflict of Laws*, 5th ed., p. 508 (sous « General Conclusion from the Cases ») ; E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », p. 557. Cf. Sir F. Pollock, note sous *in re Tallmadge*, « Renvoi in New York », *L.Q.Rev.*, 1920, p. 92.

À s'en tenir à la doctrine déjà évoquée, les cas furent nombreux où les plaideurs ont accepté de se soumettre à la loi étrangère sans faire valoir l'éventuel renvoi à la loi anglaise¹²²⁴. Ce constat est repris par les auteurs soucieux de remettre en question la positivité du renvoi, y compris de la *foreign-court theory* ; on y reviendra ci-dessous¹²²⁵. Il est vrai que les tribunaux anglais ne se sont pas, dans ces affaires, inquiétés de la façon dont le juge du pays étranger dont ils appliquaient la loi aurait tranché le conflit de lois, pas plus que le conflit de renvoi. Mais il est tout aussi vrai que pour subjuguier ce dernier, ils ont mis en œuvre un principe – l'entérinement de l'accord des parties – susceptible d'être adopté par l'autre État en présence, c'est-à-dire de favoriser la convergence des systèmes.

Quant aux attentes du *de cuius* lui-même, dame Ross, tout comme son époux avant elle, et aussi sieur Adams, avaient entendu profiter de la liberté que leur accordait la loi anglaise de ne rien laisser à leurs descendants. C'est cette liberté que Harold Christopher Adams et Alexander Ross devaient contester en sollicitant la protection de la loi de l'autre pays en conflit de renvoi, respectivement l'Espagne et l'Italie, avec lequel, on l'a vu, ils n'avaient que peu de contacts¹²²⁶. Ainsi également du Duc de Wellington, au sujet duquel on a pu dire que, « Anglais domicilié en Angleterre », il avait testé « en ayant manifestement à l'esprit le droit anglais »¹²²⁷. Si les attentes de dame Ross, sieur Adams et du Duc de Wellington quant à l'application de la loi anglaise furent entérinées par les juges, le testament laissé par Sybil Annesley fut réduit à la portion disponible prévue par la loi française. Rappelons cependant que les attaches prépondérantes qu'elle entretenait avec la France l'avaient amenée à nourrir des doutes quant à la possibilité pour elle de bénéficier des facilités offertes par la loi de son pays d'origine¹²²⁸. Si elle avait cherché à justifier ce bénéfice en déclarant « son intention de ne pas abandonner le domicile d'origine en Angleterre », cette déclaration ne reflétait manifestement pas la réalité des choses¹²²⁹.

¹²²⁴ A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, p. 73 : « even in the sphere in which the doctrine has been most frequently applied, namely, succession to movables and immovables, it must be stressed that for every case which supports the doctrine there are hundreds of cases in which the domestic rules of the foreign law have been applied without any reference to its conflict rules » ; et les auteurs d'ajouter : « though it must be admitted that most of these cases can be explained on the ground that no one was concerned to argue that the reference to foreign law included its rules of the conflict of laws ». En ce sens J.H.C. Morris / D. McLean, *The Conflict of Laws*, p. 509 ; C.M.V. Clarkson / J. Hill (ed.), *Jaffey on the Conflict of Laws*, p. 542 ; J.G. Collier, *Conflict of Laws*, p. 25 ; R. Hayward, *Conflict of Laws*, 4th ed., Sydney / London, 2006, p. 9 ; E. Rimmel, « The Place of Renvoi In Transnational Litigation », p. 57, note 4 et p. 89.

¹²²⁵ *Infra*, n° 303 s.

¹²²⁶ *Supra*, notes 1205 et 1209.

¹²²⁷ F.A. Mann, note sous *in re Duke of Wellington, Mod. L.R.*, 1948, p. 283 : « the wills were made by a domiciled Englishman in the English language and, obviously, with English law in mind ».

¹²²⁸ *Supra*, n° 292.

¹²²⁹ (1926) Ch. 695. Sans doute le manque de sympathie que la défunte avait manifesté sa vie durant envers l'Angleterre et son peuple a-t-il conduit le juge à estimer quelque peu incohérent qu'elle

§ 3. Bilan

303. Deux lectures divergentes : emploi casuistique et double renvoi. Selon le *standard work* sur le « conflit de lois » en Angleterre, « l'histoire de la doctrine du renvoi en droit anglais est celle d'un chapitre d'accidents », si bien que – ainsi qu'on l'a rappelé plus haut – « rien n'empêchera la *Court of Appeal* (et à plus forte raison la *House of Lords*¹²³⁰), de revoir la totalité du problème » : révision que les auteurs appellent au demeurant de leurs vœux en la jugeant « depuis longtemps nécessaire »¹²³¹. Procédant d'un ordre d'idées semblable, nombre de commentateurs croient pouvoir tirer de cette jurisprudence à l'allure hétérogène la conclusion que « les tribunaux n'ont pas accepté ni récusé le renvoi »¹²³², que l'emploi qu'ils en ont fait a été « empirique » et qu'en somme, ils n'y ont eu recours qu'en tant qu'« expédient pour obtenir le résultat jugé le plus désirable »¹²³³, c'est-à-dire en substance « le plus équitable ». Ce « résultat » ne peut dès lors, pour eux, dans aucune de ces affaires, s'expliquer « grâce à la seule utilisation de la théorie du renvoi », mais il a été déterminé par d'« autres critères ou motifs qui ont peu à voir avec celle-ci, voire rien du tout »¹²³⁴. D'après un autre courant doctrinal en revanche, les juges anglais auraient appliqué, avec une certaine constance à partir de l'arrêt *Annesley*, une méthode résolument originale, qu'ils auraient eux-mêmes développée, dite « double renvoi » ou « renvoi total » ou encore *foreign-court theory*, laquelle consisterait à rechercher la position étrangère vis-à-vis du problème classiquement entendu – c'est-à-dire revenant en substance à une acceptation ou à un

puisse réclamer la protection de la loi anglaise, d'autant plus qu'en l'espèce, contrairement aux affaires *in re Adams* et *in re Ross*, les réservataires et légataires possédaient tous des liens significatifs avec la France.

¹²³⁰ Aujourd'hui Cour suprême du Royaume-Uni (*Supreme Court of the United Kingdom*).

¹²³¹ A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, p. 71 et 79, le chapitre consacré au renvoi s'achevant sur ces mots : « There is no case which prevents the Court of Appeal (still less the House of Lords) from reviewing the whole problem, and it is submitted that such a review is long overdue ».

¹²³² V. auteurs cités *supra*, note 1096, et, avec une vigueur particulière, P. Bate, *Notes on the Doctrine of Renvoi*, p. 9 ; J.D. Falconbridge, « Renvoi and succession to movables », p. 282 et *Essays*, p. 230 ; M. Wolff, *Private International Law*, p. 201 ; G.C. Cheshire / P. North, *Private International Law*, p. 56 ; dans la doctrine étrangère, C. Grassetti, « La dottrina del rinvio », p. 65.

¹²³³ R. Graveson, « Le renvoi dans le droit anglais actuel », p. 259 et 264, pour qui le renvoi est « un outil employé dans l'atelier judiciaire », son « emploi [étant] empirique » (p. 259) et ayant lieu « dans un but de justice, par rapport auquel le renvoi représente le moyen » (p. 264). Sur ce que le renvoi a été accueilli pour des raisons d'ordre pratique, sans que soit discutée la théorie générale, v. ég. N. Bentwich, « De la théorie du renvoi dans la jurisprudence anglaise », *Clunet*, 1912, p. 724 et « Recent Applications of the Renvoi in Matters of Personal Status », *Can. Bar Rev.*, 1936, p. 388 (« our courts are not concerned with the Renvoi as a doctrine of our law »).

¹²³⁴ J.D. Falconbridge, « Le renvoi et la loi du domicile », *Rev. crit.*, 1947, p. 45 : « Il ne semble pas que dans une quelconque de ces affaires, un résultat présentant un mérite intrinsèque évident ait été atteint grâce à la seule utilisation de la théorie du renvoi » ; C. Grassetti, « La dottrina del rinvio », p. 9 : « anche quando il c.d. rinvio è apparentemente accolto, lo è sempre in base a criteri ed a motivi che con la dottrina del rinvio hanno ben poco o nulla a che vedere ».

refus du renvoi – et à en reproduire dans le for, de façon aussi fidèle que possible, l'aboutissement concret¹²³⁵.

En scrutant le panorama judiciaire depuis l'angle d'observation que nous nous sommes proposés, nous tâcherons de dégager la vérité partielle que semble renfermer chacune de ces deux lectures apparemment irréconciliables : celle qui discerne une propension assez régulière du juge anglais à faire jouer le double renvoi et celle qui se résigne à n'y voir qu'un emploi « au cas par cas », gouverné par les besoins de l'espèce.

304. Les demi-vérités que sous-tend chacune des deux lectures. On ne saurait contester l'effort constamment déployé par le juge d'outre-Manche d'aboutir à la même solution qu'aurait retenue, s'il avait été saisi de la même affaire, le juge étranger du pays désigné par la règle de conflit anglaise : tour à tour, la Belgique, la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne... C'est là tout le sens de la formule ancienne et puissante prescrivant au juge de « se représenter comme siégeant » dans le pays étranger. C'est là également le but avoué du double renvoi, de même que le mérite que revendiquent les défenseurs de la positivité de celui-ci. C'est là enfin un objectif que ceux qui remettent en cause une telle positivité tiennent eux-mêmes pour « louable »¹²³⁶.

Si le songe permanent de l'uniformité traverse toute l'histoire du renvoi en Angleterre, on peut, avec ceux qui s'accommodent d'une lecture au cas par cas, douter que les tribunaux anglais, pour y parvenir, se soient contentés de s'en remettre à la règle de conflit étrangère et à la position étrangère sur le renvoi. Une première source de perplexité se dégage de la mise en parallèle d'une série de couples de décisions ayant tranché dans un sens différent des situations de renvoi impliquant pourtant les mêmes pays. L'on songe aux affaires anglo-égyptiennes *in re Baines* et *Bartlett v. Bartlett*, tranchées celle-ci par la loi égyptienne et celle-là par la loi anglaise ; aux affaires anglo-italiennes *Velasco v. Coney*, décidée conformément à la loi italienne, et *in re Ross*, résolue par application de la loi anglaise ; ou encore aux affaires franco-anglaises *in re Bowes* et *in re Annesley*, dont cette dernière fut réglée au moyen de la loi française tandis que la première fut soumise à la loi anglaise. Or, force est d'admettre que ces solutions variables s'accordent mal avec l'idée que la seule préoccupation des juges a été de recopier purement et simplement la position étrangère au regard

¹²³⁵ A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England*, 3rd ed. (A.B. Keith ed.), London, 1922, p. 772 ; N. Bentwich, *The Law of Domicile*, p. 165 ; D.J.L. Davies, « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours*, 1937, t. 62, p. 507 et, à une époque plus récente, E. Rimmel, « The Place of Renvoi in Transnational Litigation », p. 57. Dans la doctrine étrangère, v. R. De Nova, « Considerazioni sul rinvio », *passim*, qui souligne toutefois « il perdurare del dissidio dottrinale sulla posizione del rinvio nel diritto inglese » ; M. Rheinstein, c.r. de S. Grundwald-Delitz, *Die Lehre von der Rückverweisung*, *Ann. D. Comp.*, 1937, p. 316.

¹²³⁶ En ce sens G.C. Cheshire / P. North, *Private International Law*, 13th ed., p. 56 ; M. Tilbury / G. Davies / B. Opeskin, *Conflict of Laws in Australia*, n° 1008, pour qui la doctrine du renvoi « owes its origin to a laudable endeavour to ensure that like cases should be decided alike ».

du renvoi, si du moins celle-ci ne pouvait consister que dans l'acceptation ou le refus traditionnel.

On rappellera d'ailleurs que les tribunaux anglais ne se sont pas expressément inquiétés de l'attitude étrangère avant l'affaire *in re Annesley*. Et même à propos de cette dernière, il a été remarqué que le juge Russell identifie d'abord la loi qui lui paraît la plus apte à trancher le conflit de renvoi, en l'espèce la loi française, pour ensuite seulement constater que cette loi était celle-là même dont l'arrêt *Soulié* autorisait à penser qu'elle eût, dans de telles circonstances, emporté la préférence d'un juge français¹²³⁷. Au refus du renvoi par l'ordre anglais s'alliait en l'espèce l'acceptation du renvoi par l'ordre français pour le plus sûr triomphe de l'entreprise visant à éliminer le conflit de règles de conflit. En se livrant à une lecture « synoptique » des expériences française et anglaise, on ne craindra pas d'avancer que l'accord inter-juridictionnel autour de la vocation prépondérante de la loi française que suggèrent les affaires *Soulié* et *in re Annesley*, célèbres et dans l'ensemble assez proches quant à leur localisation, était le fruit de l'opération d'un seul et même principe¹²³⁸ ; et que ce même principe avait auparavant incité les juridictions de ces deux pays à retenir le droit anglais à propos des affaires franco-anglaises *Knowles* et *in re Bowes*, elles aussi assez similaires quant à la configuration des éléments pertinents.

Aussi peut-on convenir avec ceux qui réfutent la positivité du double renvoi telle qu'habituellement expliquée que les juges britanniques, loin de faire montre d'une adhésion aveugle et irraisonnée à la position étrangère sur le renvoi, ont cherché la solution en dehors de la froide et largement défectueuse machinerie qui sous-tend toute figure de renvoi, y compris le double renvoi traditionnel. Mais on prendra le parti des partisans de celui-ci dans la mesure où ils saisissent bien le besoin que, pour ce faire, les juges britanniques éprouvèrent de s'intéresser à ce qui se dégageait de l'ordre étranger. La formule ambivalente lancée par le juge Russell traduit, ou à tout le moins trahit, cette double tendance instinctive qui n'est contradictoire qu'en apparence.

Pour isoler la source commune qui l'irrigue, il est capital d'observer qu'une imitation pure et simple de la solution générale adoptée à l'étranger eût été dans bien des cas impossible, car ceci aurait supposé que la règle étrangère sur le renvoi fût définitivement établie et, de surcroît, dans l'un des sens que suggérerait la pensée de l'époque. Or, dans les affaires mettant en cause, à côté de l'Angleterre, la France – *in re Annesley* en est un exemple –, ou bien

¹²³⁷ E. Rimmel, « The Place of Renvoi », p. 66 : « again, the Court was concerned to achieve the most desirable result, which in this instance called for the application of the foreign law. However, whilst Russell J. would have preferred merely to apply the foreign domestic law, he felt obliged to apply renvoi to make English law applicable, and then develop the foreign court theory in order to apply French law ».

¹²³⁸ Cf. la constatation de N. Bentwich, « The Development of the Doctrine of Renvoi », p. 10 à propos des décisions *in re Annesley* et *in re Ross* : « the decisions are remarkably contrasted, and appear, on the face of it, to establish opposite results. But they are rather *opposite applications of one principle* » (c'est nous qui soulignons).

l'Italie, en tout cas au temps de l'affaire *in re Ross*¹²³⁹, ou encore, et de manière plus apparente, l'Espagne à l'occasion de l'affaire *in re Duke of Wellington* mais aussi en substance de l'affaire *in re Adams*, il était impossible d'identifier une réponse nette de l'ordre étranger en faveur de l'une ou l'autre branche de l'alternative traditionnelle : et heureusement. Appréciables à l'aune d'une telle alternative, les sources étrangères, notamment dans les affaires *in re Annesley* et *Duke of Wellington*, sont qualifiées d'ambigües¹²⁴⁰. Voilà qui, du coup, encouragea les juges anglais – en les y autorisant – à entreprendre de forger un principe de solution, dont ils furent les artisans, mais dont ils ont lucidement senti qu'il convenait de le mettre au point à partir également de l'autre ordre national « co-intéressé » en l'harmonisant avec ce qui s'inférait de l'esprit de la jurisprudence, aussi rare fût-elle, et du système étranger de droit international privé. C'est pourquoi ils s'assurèrent que la solution qui leur paraissait juste pouvait l'être également du point de vue du juge étranger et qu'elle avait ainsi vocation à être érigée en principe par ces deux ordres également soucieux de trancher le conflit de renvoi d'une manière telle qu'il serait à l'avenir épargné aux justiciables.

La démarche suivie dans l'arrêt *in re Duke of Wellington* est édifiante à cet égard. S'intéressant de près à la façon dont l'ordre espagnol s'y prendrait pour venir à bout d'un conflit de renvoi frappant des immeubles situés en Espagne, le juge Wynn-Parry déclara ne pas pouvoir souscrire à l'application du droit espagnol qu'avait retenue le Tribunal de Barcelone dans l'affaire *D. Thomas A.*¹²⁴¹ Sans doute cette espèce a-t-elle dû lui paraître trop différente quant à la dispersion des liens pertinents pour représenter un vrai précédent. Et de fait, tandis que le Duc de Wellington avait toujours possédé son domicile en Angleterre où se trouvait une bonne part de ses biens, D. Thomas A. était, lui, établi depuis cinquante-huit ans en Espagne, où se situait le siège exclusif de sa fortune¹²⁴². Par où l'on voit que les juges d'Outre-Manche ne sont pas prêts à accepter n'importe quelle réponse abstraite dont on chercherait à leur faire

¹²³⁹ J. Luxmoore : « If the Italian court had in fact dealt with the matter, there would be no necessity to inquire into the law, and it would be my duty simply to follow the decision. Since there is no decision by the Italian court... » : (1930) 1 Ch. 403. À propos de l'arrêt *in re O'Keefe*, J.D. Falconbridge, *Essays*, p. 240-247, observe que « the process of the reasoning was that of the judge, not of the witnesses ». Pour J.H.C. Morris, note sous *in re O'Keefe*, p. 145, la loi irlandaise a été sélectionnée par le juge Crossman, non parce que les tribunaux italiens l'auraient retenue (« Italian lawyers cannot say what is the meaning of the law of the nationality where there is more than one system of law of nationality »), mais en vertu d'une analyse propre. Cf. R. De Nova, « Il caso *in re O'Keefe* », p. 320, en note.

¹²⁴⁰ V. arrêts *in re Annesley* (1926) Ch. 707 (« Two experts took the view that the renvoi would not be accepted.... One expert equally strongly took the view that a French court would accept the renvoi and distribute in accordance with French municipal law ») et *in re Duke of Wellington* (1947) 1 Ch. 515 (« There exists a profound cleavage of legal opinion in Spain, and two conflicting decisions of Courts of inferior jurisdiction »). Cf. E. Rimmel, « The Place of Renvoi », p. 64 et E.M. Meijers, « La question du renvoi », p. 201, en note.

¹²⁴¹ *Infra*, n° 352.

¹²⁴² Arrêt du *Juzgado del distrito del Hospital* de Barcelone, du 3 août 1900 : *infra*, n° 352.

croire qu'elle se déduit de l'ordre étranger. C'est une attention *sélective* qu'ils portent à la jurisprudence de l'État « co-intéressé » : ils semblent bien chercher les « bonnes » décisions, celles qui se rapportent à des affaires perçues comme semblables. Si le juge Russell estime devoir consentir quelque crédit aux affaires *Forgo* et *Soulié* qu'il rapporte au demeurant¹²⁴³, c'est sans doute qu'il voit des analogies entre ces espèces et la succession de Sybil Annesley : les titres de la loi française étaient en effet dans les trois cas largement dominants. À l'inverse, se refusant à suivre l'arrêt *D. Thomas A*, le juge Wynn-Parry conclut à l'absence jusque-là dans le droit positif espagnol d'un principe de solution exploitable : il dut donc s'ingénier à l'inventer lui-même. Même à ne considérer pour un instant que le critère de l'unité de la succession, le seul qu'il évoque de manière expresse, on ne peut s'empêcher de souligner la nouveauté de l'opération intellectuelle. S'improvisant juge espagnol, notamment au *Tribunal supremo*¹²⁴⁴, c'est-à-dire en se prononçant depuis l'ordre espagnol pris comme for, le juge Wynn-Parry utilisa, pour trancher ce conflit de renvoi hispano-britannique, un facteur qui n'est ni l'acceptation pure et simple, ni le refus pur et simple, mais bien *explicitement* – le progrès marqué par rapport au passé est de taille – autre chose : le principe de l'unité du droit applicable, qui est, lui, dans une espèce de ce type, « bilatéralisable ». En se réappropriant ensuite sa mission de juge anglais, il a veillé à ce qu'un tel critère soit effectivement mis en œuvre par l'Angleterre. Bref, en adoptant d'abord la perspective du juge espagnol et ensuite celle du juge anglais dont il s'est retrouvé en quelque sorte à cumuler les fonctions, le juge Wynn-Parry parvint à assurer à la fois la bilatéralisabilité *abstraite* et la bilatéralisation *concrète* du critère qu'il chargea de résoudre le conflit de règles de conflit. Ce critère se trouve consacré dans une règle – d'origine jurisprudentielle – de source presque « hispano-britannique », tout comme l'est le conflit de renvoi qu'elle est destinée à arbitrer. Il est piquant de constater que le principe de l'unité de la succession sur lequel s'appuyera le juge Browne-Wilkinson dans l'affaire *in re Adams* sera aussi pris en compte, dans des circonstances très proches, par le Tribunal suprême espagnol dans l'affaire *Lowenthal*, encore qu'il soit sûrement – on s'y arrêtera plus loin – excessif de croire que cet argument eût à lui seul un poids décisif¹²⁴⁵. Jamais, en tout cas, les juges espagnols ne soumettront à la loi espagnole des successions hispano-britanniques présentant pour seul contact avec l'Espagne le *situs*

¹²⁴³ (1926) Ch. 707 (« yet I think I must pay some attention to the fact... »).

¹²⁴⁴ (1947) 1 Ch. 514.

¹²⁴⁵ Le juge Wynn-Parry dit en effet du « principe de l'unité et de l'universalité de la succession » consacré à l'art. 10 du *Código civil* qu'il n'est pas décisif mais qu'il est tout de même susceptible de rendre service (« Again, I say that that does not conclude the matter, but, if I am correct in my reasoning, so far, I have ascertained a circumstance which may well assist in answering the question which I have to answer ») : 1947 1 Ch. 515. Pour l'analyse des affaires hispano-britanniques soumises aux juges espagnols, v. *infra*, n° 363 s. et 369 s.

d'un ou plusieurs immeubles, comme c'était le cas dans les affaires *in re Duke of Wellington* et *Adams*¹²⁴⁶.

Voilà qui nous conduit à préciser – et nous retrouvons ici la préoccupation de l'idée du double renvoi – qu'il serait bien réducteur de ne discerner dans ces décisions qu'une « casuistique » disparate interdisant toute prévision ; et bien irréaliste de prêter aux juges qui les prononcèrent le seul souci d'une justice purement rétrospective, taillée pour des cas concrets dont les solutions seraient alors toutes exceptionnelles et par là irréproductibles à l'avenir, d'une justice indifférente à la mission *prospective* dont elle est investie d'ordinaire, d'une justice aux ressorts pouvant demeurer obscurs et susceptible de donner dans l'arbitraire. L'idée de la recherche d'une solution au cas par cas n'est acceptable que dans ce sens, limité, où elle traduit l'effort de distinguer, progressivement, à l'intérieur de la catégorie – générale – regroupant l'ensemble des espèces affectées par un conflit de renvoi, plusieurs sous-catégories spéciales, dont chacune est susceptible d'être instaurée en hypothèse normative, et ce, nous a-t-il paru, en fonction de la différente distribution des facteurs de rattachements et partant de la force des liens des protagonistes avec les États « co-intéressés » et de leurs attentes spontanées. Certes, un tel travail de spécialisation judiciaire n'avance qu'avec le temps, mais des lignes de tendance se sont, on l'a vu, pendant la période considérée, déjà dessinées.

305. Réconciliation des thèse et antithèse. Il faut conclure. Il semble bien que la thèse de la positivité du double renvoi soit dans le vrai lorsqu'elle voit, dans le désir d'appliquer la même loi qu'eût retenue le juge étranger, l'ambition ultime de la démarche accomplie par les juges anglais. La thèse s'opposant au double renvoi et prônant une lecture casuistique – c'est là au fond un avatar de l'« antithèse »¹²⁴⁷ – ne rend pas suffisamment justice à semblable préoccupation. Une telle variante de l'antithèse a cependant le mérite d'avoir mis en lumière le moyen utilisé par les cours britanniques pour tendre à l'uniformité, c'est-à-dire le développement d'une approche sensible aux sinuosités des espèces concrètes et conduisant à des solutions diversifiées : approche aux antipodes des automatismes, relevant de la *Begriffsjurisprudenz* et étrangers au génie anglo-américain, que renferme la technique non généralisable du double renvoi traditionnel. La thèse épouse cependant de nouveau la réalité lorsqu'elle saisit, en dessous des vicissitudes judiciaires, la manifestation, ou du moins l'émergence progressive, d'un principe de solution unitaire et cohérent, à même d'assurer une certaine prévisibilité. Ce mouvement, et l'exigence qui le sous-tend, sont par contraste occultés par une antithèse trop focalisée sur les spécificités des affaires historiques, erronément réduites à des cas d'espèce. Mais c'est encore l'antithèse qui détient un élément de vérité lorsqu'elle objecte

¹²⁴⁶ V. *infra*, n° 372-373.

¹²⁴⁷ Elle est d'ailleurs défendue par ceux aussi parmi les auteurs britanniques qui, sur le plan général, sont hostiles au renvoi (v. *supra*, note 1096).

que les juges britanniques ont adhéré à un principe de solution qu'ils ont eux-mêmes développé au départ de leur conception du juste, et qui n'est dès lors pas le simple fruit de l'intention de se calquer sur la position étrangère, ce que défend une thèse à nouveau peu réaliste ; laquelle cependant énonce une autre importante vérité lorsqu'elle nous rend attentifs au besoin éprouvé par les juges anglais d'explorer l'ordre étranger et de tenir compte de ce qui s'en dégage tandis que l'antithèse semble se désintéresser de ce regard porté sur l'autre. L'acceptation du renvoi au cas par cas qui, d'après l'antithèse, résulte de l'examen de la jurisprudence, revient à valoriser le rôle de l'*équité* et il semble bien, ainsi qu'on l'a souligné longuement dans la première partie de cette étude, que l'*équité* en droit international privé commande largement la prise en compte de la *proximité*, relayée par l'*autonomie* des justiciables, y compris leurs attentes.

L'idée selon laquelle la jurisprudence anglaise peut s'analyser en la consécration de la synthèse au sens du présent travail paraît bien apte à réconcilier les deux interprétations opposées que cette jurisprudence a inspirées à la doctrine de droit international privé, britannique comme étrangère. Il convient maintenant de se tourner vers la pratique américaine.

Section IV : Jurisprudence américaine

306. Quatre affaires. Tout comme son modèle anglais, le droit international privé américain – on désignera sous cette appellation celui des États fédérés et des provinces canadiennes – retient traditionnellement, en matière de succession, à la fois *ab intestat* et testamentaire, et, s'agissant de cette dernière, à l'égard tant de la forme que du fond des actes de dernières volontés¹²⁴⁸, la loi du domicile, pour les biens meubles, et la loi du lieu de situation, pour les biens immeubles¹²⁴⁹. Quatre affaires sont habituellement citées comme ayant pris parti dans la querelle du renvoi : les deux premières, l'une newyorkaise et l'autre québécoise, mettent en cause la validité formelle des testaments, tandis que les deux dernières, l'une et l'autre newyorkaises, ont trait à la loi régissant le fond de la dévolution successorale. Après avoir présenté ces décisions (§ 1), nous dresserons le bilan de l'influence qu'ont pu exercer les principes de proximité et d'autonomie sur les tribunaux qui les ont prononcées (§ 2).

§ 1. Présentation de la jurisprudence

307. Loi applicable à la forme du testament : *Dupuy v. Wurtz* et *Ross v. Ross*. Dans l'affaire *Dupuy v. Wurtz*, la Cour d'appel de New York devait apprécier

¹²⁴⁸ J.H. Beale, *A Treatise on the Conflict of Laws*, New York, 1935, vol. II, p. 1030 et décisions citées ; note anonyme « Succession of personalty and the Conflict of Laws », 48 *Yale L.J.* 1443 (1939) ; cf. E. Abbot, « Is the Renvoi Part of the Common Law ? », p. 134.

¹²⁴⁹ J.H. Beale, *A Treatise*, p. 969.

la validité d'un testament établi en France selon les formes de la loi newyorkaise¹²⁵⁰. Son auteur, une dame Wurtz, américaine, avait longtemps habité New York avec son époux, John Wurtz, américain, avocat et membre du Congrès, jusqu'en 1859, date à laquelle le couple s'était installé dans le sud de la France pour raisons de santé. John Wurtz était décédé en 1861 en instituant légataire universelle son épouse. Celle-ci était demeurée en France, où elle résida jusqu'à sa mort, survenue en 1871, en ayant, peu après avoir testé, en 1868, perdu tout espoir de retourner en Amérique. La question de savoir si la *de cuius* avait, au regard du droit newyorkais, acquis un domicile en France fut laissée ouverte par les juges. Ces derniers ont en effet, d'une part, considéré que dame Wurtz n'avait pas été admise à établir son domicile en France au sens de l'article 13 du Code civil, si bien qu'elle demeurerait assujettie en France aux lois de son Amérique natale ; d'autre part, « lorsqu'on évoque le droit du domicile en tant qu'applicable à la succession, il faut entendre – ont-ils argumenté – non la loi générale mais bien la loi que l'État de domicile retient pour le cas particulier »¹²⁵¹. L'arrêt rapporte que « jusqu'au moment de sa mort, [la *de cuius*] avait conservé ses biens et ses investissements dans [l'État de New York], sans effectuer aucun placement à l'étranger » et qu'« elle avait manifesté le désir... de voir ses biens gérés selon les lois de l'État de New York »¹²⁵².

Quant à l'affaire *Ross v. Ross*, décidée par la Cour suprême du Canada le 3 mars 1894, elle portait sur la validité des dernières volontés rédigées à New York conformément aux règles québécoises par James G. Ross, de nationalité canadienne, domicilié à Québec, homme d'affaires et député au Parlement canadien¹²⁵³. Selon la règle de conflit du Bas-Canada, la loi newyorkaise avait vocation à s'appliquer au titre de *lex loci*¹²⁵⁴. Le caractère facultatif de cette règle, déjà reconnu en France, avait été unanimement rejeté pour le Bas-Canada par la Cour d'appel du Québec¹²⁵⁵, et le fut également par les juges Fournier et Tachereau de la Cour suprême, encore que le président Sir Henry Strong fût plutôt enclin à l'admettre. C'est grâce à la règle de conflit newyorkaise permet-

¹²⁵⁰ 53 N.Y. 556 (1873). Sur cette décision, v. E.O. Schreiber, « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », p. 565 ; S. Grundwald-Delitz, *Die Lehre von der Rückverweisung*, p. 35-36 ; C. Grassetti, « La dottrina del rinvio », p. 38-39.

¹²⁵¹ *Dupuy v. Wurtz*, 53 N.Y. 573 : « The inquiry into domicil becomes unnecessary if it turns out that, with respect to this individual succession, the law of New York and of France is the same, for when we speak of the law of domicil as applied to the law of succession, we mean not the general law, but the law which the country of the domicil applies to the particular case under consideration » (et la cour de citer *Maltass v. Maltass*, 1 Rob. Ecc. R. 67, p. 72 ; sur cette affaire britannique, v. *supra*, note 1137).

¹²⁵² *Dupuy v. Wurtz*, 53 N.Y. 563 et 565.

¹²⁵³ *Ross v. Ross*, 25 S.C.R. 307 (1894). Sur une telle décision, v., dans la doctrine québécoise classique, E. Lafleur, *The Conflict of Laws in the Province of Quebec*, Montréal, 1898, p. 14 et W.S. Johnson, *The Conflict of Laws with special reference to the law of the province of Quebec*, Montréal, 1933, p. 6. V. ég. R. De Nova, « Considerazioni sul rinvio », p. 87, note 63.

¹²⁵⁴ L'art. 7 du Code civil du Bas-Canada énonçait comme suit : « Les actes faits ou passés hors du Bas-Canada sont valables, si on y a suivi les formalités requises par les lois du lieu où ils sont passés ».

¹²⁵⁵ V. les décisions citées par W.S. Johnson, *The Conflict of Laws*, p. 8.

tant aux étrangers de tester selon la loi de leur domicile que la loi québécoise validante l'emporta (à une majorité de 4 contre 1). On lit dans l'arrêt qu'« en outre, l'intention évidente du testateur était de s'en rapporter à la loi de son pays ». La précarité des attaches qu'il avait avec New York et la force de celles l'unissant au Québec y sont également soulignées : d'une part, James G. Ross « n'était que de passage à New York » ; d'autre part, en plus d'être domicilié au Québec, ce dont se contentait la règle de conflit newyorkaise, « sa fortune se trouvait presque toute entière dans la province du Québec »¹²⁵⁶.

308. Loi applicable au fond de la succession : *in re Tallmadge et in re Schneider*. La divergence des résultats auxquels parvinrent les deux décisions qui, prononcées à trente ans d'intervalle, eurent à maîtriser un conflit de renvoi engageant le fond de la succession, – l'une ayant retenu la loi américaine, l'autre la loi étrangère – est d'autant plus frappante que ces décisions émanent de la même cour : la *Surrogate's Court* de New York.

Dans la retentissante affaire *in re Tallmadge*¹²⁵⁷, jugée en 1919, Coster Chadwick, sujet américain, domicilié en France au regard de la loi américaine mais n'ayant pas été légalement admis à domicile conformément aux règles françaises, avait institué deux légataires universelles dont l'une lui était prédécédée. D'après la loi française, la part destinée à celle-ci revenait à l'autre légataire par accroissement ; pour la loi de New York, qui la soumettait aux règles sur la succession *ab intestat*, cette part devait être recueillie, en l'absence d'épouse et de descendants, par le frère du défunt. Dans son rapport, repris par la Cour, le *referee* E.L. Winthrop constata que « les faits dans l'affaire *Chadwick* sont assez différents de ceux de l'affaire *Dupuy v. Wurtz* »¹²⁵⁸ : le « testateur avait quitté New York pour la France avec ses parents à l'âge de sept ans..., il avait vécu en France depuis 1859 pendant quelques cinquante-cinq ans, c'est-à-dire jusqu'à sa mort survenue au mois d'août 1914 »¹²⁵⁹. « Éduqué en France », pays « dont il connaissait la langue et les institutions », auquel l'attiraient « ses goûts et ses fréquentations », et où il possédait sa source de revenus, Coster Chadwick n'était rentré que quatre fois aux États-Unis après le décès de sa mère. Si la loi française du domicile s'en réfère à la loi nationale

¹²⁵⁶ *Ross. v. Ross*, 25 S.C.R. 307, n° 28 (opinion de Fournier J.).

¹²⁵⁷ 109 Misc. 696, 181 N.Y.S. 336 (1919), connue aussi sous le nom d'affaire *Chadwick* du nom du défunt (Henry Overing Tallmadge était l'exécuteur testamentaire). V. les notes de E. Lorenzen, 29 *Yale L.J.* 214 (1919) et de F. Pollock, « Renvoi in New York », p. 92, et les comptes rendus anonymes suivants : « A distinction in the renvoi doctrine », 35 *Harv. L. Rev.* 454 (1922), p. 456 ; « The progress of the law, 1919-1920 The Conflict of Laws », 34 *Harv. L. Rev.* 50 (1922), p. 65 ; « The renvoi theory rejected – Exceptions », 36 *Yale L.J.* 114 (1926), p. 119 ; « Conflict of Laws – Renvoi – Foreign Law Applied After Three References », 40 *Harv. L. Rev.* 316 (1926), p. 317 ; « Conflict of laws : Foreign Created Rights », 8 *Tex. L. Rev.* 173 (1930), p. 195 ; « Conflict of Laws – Doctrine of Renvoi – Adoption of Foreign Domicil's Disposition of Conflict of Laws Question », 44 *Harv. L. Rev.* 292 (1930), p. 293.

¹²⁵⁸ *In re Tallmadge*, 109 Misc. 702 : « The facts in the *Chadwick* case are quite different from those in *Dupuy v. Wurtz* ».

¹²⁵⁹ *In re Tallmadge*, 109 Misc. 698.

puisque c'est celle-ci que « le testateur est censé connaître le mieux », « la pertinence de cette présomption, dans la présente affaire, apparaît à tout le moins douteuse, car Coster Chadwick avait passé pratiquement toute sa vie en France, maîtrisait le français comme un autochtone et devait dès lors être au moins tout aussi familier des lois et des institutions françaises que de celles des États-Unis »¹²⁶⁰. La doctrine du renvoi lui paraissant pratiquement et logiquement déroutante, le juge Winthrop conclut à l'absence de précédents suffisants « pour lui imposer de faire jouer la doctrine du renvoi dans l'affaire en question »¹²⁶¹ sans toutefois omettre de constater, en prenant appui sur l'arrêt *Forgo*, qu'un tribunal français aurait lui aussi mis en œuvre la loi française¹²⁶². Enfin, cette dernière, en ce qu'elle aboutissait à exclure la vocation du frère du défunt, était au demeurant plus conforme à l'intention que le *de cuius* avait exprimée dans deux documents holographes et, indirectement, par le legs de dix dollars qu'il lui avait adressé.

Trente ans plus tard, dans l'affaire *in re Schneider's Estate*, la même *Surrogate's Court* accepta le renvoi de la *lex rei sitae* à la loi du domicile¹²⁶³. Il y avait de la succession testamentaire de Chico Henry Schneider, domicilié à New York, ressortissant américain d'origine suisse, pays dont il avait conservé la nationalité. Outre les biens, meubles et immeubles, situés aux États-Unis, le *de cuius* laissa un immeuble en Suisse, que son épouse, Lisa Parnova Schneider, domiciliée aux États-Unis, nommée administratrice par les autorités newyorkaises, s'était empressée de liquider en rapatriant l'argent tiré de la vente¹²⁶⁴. Chico Henry Schneider avait disposé de sa fortune, y compris de l'immeuble suisse, au mépris de la réserve accordée par la loi suisse au profit de l'épouse survivante. Celle-ci réclamait le bénéfice de la loi suisse à l'encontre des bénéficiaires du testament, lesquels cherchaient à profiter de la loi newyorkaise qui préservait leurs legs. Le juge Frankenthaler, soucieux de se « conformer le plus fidèlement possible à la solution qu'aurait dans de telles circonstances adoptée

¹²⁶⁰ *In re Tallmadge*, 109 Misc. 706.

¹²⁶¹ *In re Tallmadge*, 109 Misc. 715 : « There is thus no authority which compels me to apply the 'renvoi' doctrine to the case at bar ».

¹²⁶² *In re Tallmadge*, 109 Misc. 709-710.

¹²⁶³ 198 Misc. 1017, 96 N.Y.S. 2d 652 (avr. 1950), décision reproduite in *N.Y.U.L. Rev.*, 1951, p. 201, *Int'l L. Q.*, 1951, p. 268, *Clunet*, 1950, p. 976, *Rev. hell.*, 1950, p. 310. Au moyen d'une *application for reargument*, une des parties devait ensuite requérir la révision de ce jugement mais en vain : *in re Schneider's Estate*, 198 Misc. 1017, 100 N.Y.S. 2d 371 (oct. 1950). Cette affaire a suscité une vaste littérature, pour l'essentiel critique : v. le bilan que dresse A.A. Ehrenzweig, « Interstate and International Conflicts Law : A Plea for Segregation », 41 *Minn. L. Rev.* 717 (1957), p. 728, note 59 (pour qui il s'agit d'un « widely criticized case »). V. not. H. Lewald, « Renvoi Revisited ? », *Festschrift H. Fritzsche*, Zürich, 1958, p. 173 ; A. Nussbaum, *American-Swiss Private International Law*, 2nd ed., New York, 1958, p. 25 ; K. Zweigert, in *RabelsZ.*, 1951, p. 620 ; W. Wengler, in *NJW*, 1951, p. 300 ; E. Rabel, « Suggestions for a Convention on Renvoi », *Int'l L. Q.*, 1951, p. 406 ; J.D. Falconbridge, « Renvoi in New York and Elsewhere », 6 *Vand. Law Rev.* 708 (1953).

¹²⁶⁴ *In re Schneider's Estate* (avr. 1950), 96 N.Y.S. 2d 655 : « In his will he attempted to dispose of his property, including the parcel of Swiss realty ».

le juge suisse »¹²⁶⁵ du pays dont la loi était désignée par le Traité bilatéral de 1850 entre la Suisse et les États-Unis¹²⁶⁶, estima qu'un tribunal helvétique, s'inspirant du principe de l'unité de la succession, aurait soumis l'ensemble des biens de feu Schneider à la loi newyorkaise, loi de son domicile, « laquelle aboutit à entériner la volonté du testateur ». En conséquence, il « déclar[a] valable la dévolution envisagée par le *de cuius* dans son testament, y compris à l'égard de l'immeuble se trouvant en Suisse »¹²⁶⁷.

§ 2. Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence

309. Loi applicable à la forme du testament. Dans *Dupuy v. Wurtz*, la loi américaine et spécialement newyorkaise était non seulement la loi de la nationalité et du domicile d'origine de la *de cuius* (critères retenus par la règle de conflit française), mais aussi, d'abord la loi du pays de son avant-dernier domicile – dont la durée et l'intensité dépassaient par ailleurs sensiblement celles du dernier –, ensuite, la loi du pays dont provenait et où s'enracinait sa fortune, enfin, et pour ces mêmes raisons, la loi à laquelle la *de cuius* avait entendu se soumettre : ces deux derniers éléments ont été relevés avec énergie par le tribunal¹²⁶⁸. À l'inverse, la France n'était pour dame Wurtz qu'un lieu de villégiature qui s'était transformé, au fil des années, en lieu d'une retraite forcée ne reflétant pas de véritable intégration au sein de la société française. Dans *Ross v. Ross*, la loi canadienne et notamment québécoise était non seulement celle du domicile de James G. Ross au temps de l'acte (facteur de rattachement adopté par la règle de conflit newyorkaise), mais aussi, à la fois, la loi du pays dont le *de cuius* était ressortissant et dans lequel il exerçait une haute fonction politique, la loi de la situation des biens dont le *de cuius* avait disposé au

¹²⁶⁵ *In re Schneider's Estate* (oct. 1950), 198 Misc. 1031 (« in order that the decree herein might conform as nearly as possible to that which a Swiss court would have rendered under the circumstances »).

¹²⁶⁶ L'article VI de ce Traité d'amitié, d'établissement, de commerce et d'extradition, signé à Berne le 25 novembre 1850, énonce comme suit : « Any controversy that may arise among the claimants to the same succession, as to whom the property shall belong, shall be decided according to the laws and by the judges of the country in which the property is situated ». Pour le juge Frankenthaler, une telle disposition entendait se référer aux règles de conflit nationales du pays de situation, c'est-à-dire ici à la règle de conflit suisse, laquelle désignait la loi du dernier domicile à la fois pour les biens meubles et immeubles. Sur l'interprétation controversée de cet article (à la « rédaction scandaleuse » selon E. Roguin, *Conflit de lois suisses en matière internationale et intercantonale*, Paris, 1891, p. 315), v. A. Von Overbeck, « American-Swiss Succession : The Meaning of Art. VI of the 1850 Treaty », *Am. J. Comp. Law.*, 1970, p. 595 et F. Vischer, « Die erbrechtliche *professio iuris* und der scheinbar-amerikanische Staatsvertrag von 1850 », *ASDI*, 1965, p. 49.

¹²⁶⁷ *In re Schneider's Estate* (avr. 1950), 96 N.Y.S. 2d 661, où le juge énonce sa conclusion, qu'il s'attachera ensuite à motiver, par les mots que voici : « the Court concludes that the Swiss law would refer a matter such as this to the New York internal law, under which law the will is a valid disposition of the testator's property » ; cf. p. 663 : « Consequently, the court holds that the testamentary plan envisaged by the testator and set out in his will is valid, even in its application of the Swiss realty ».

¹²⁶⁸ *Supra*, n° 307.

moyen du testament litigieux, enfin, la loi que le *de cuius* avait concrètement utilisée pour donner forme à ses dernières volontés. La Cour, on l'a vu, ne manque pas d'attirer l'attention sur pareille coalition d'indices au profit de la loi québécoise et de faire remarquer que la loi de New York n'était corrélativement que celle d'un *locus actus* passablement accidentel.

310. Loi applicable au fond de la succession. Mais c'est sans doute la mise en perspective des données de fait qui caractérisent les affaires *Tallmadge* et *Schneider*, décidées par la même juridiction d'une façon parfois qualifiée de « manifestement contradictoire », qui livre la leçon la plus édifiante¹²⁶⁹. Les liens rattachant sieur Chadwick à la société française étaient largement dominants. La cour – on l'a vu – s'attarde sur cette hégémonie. Il s'agissait sans doute pour elle de se convaincre et de convaincre de la plus forte vocation de la loi française à trancher ce conflit franco-américain de renvoi, d'autant que l'application de celle-ci débouchait sur un résultat plus respectueux de la volonté du *de cuius*. Il convient également de noter que, lorsqu'elle entreprend de neutraliser l'antinomie internationale de lois, la cour vérifie que la présomption justifiant le rattachement à la nationalité du *de cuius* – c'est-à-dire, à ses yeux, la présomption d'une plus grande familiarité du *de cuius* avec la loi de son pays – n'est pas inadéquate en l'espèce : or la présomption est ici – conclut-elle – démentie par la réalité¹²⁷⁰. Sieur Schneider semble en revanche bien plus significativement inséré dans la société américaine, notamment newyorkaise : il avait été domicilié à New York depuis longtemps et peut-être depuis toujours ; de ses deux nationalités, la nationalité américaine était, pour ces mêmes raisons, la plus effective. La mise en balance des attaches réelles penchait vraisemblablement aussi du côté des États-Unis, siège des forces héréditaires, mobilières et immobilières, hormis l'immeuble sis en Suisse, dont on ignore à vrai dire la valeur. La loi américaine était du reste la plus conforme à la volonté du *de cuius* à laquelle vainement s'opposait une épouse sollicitant la loi étrangère, qui certes l'aurait avantagée, mais qui était celle d'un pays, la Suisse, avec lequel la requérante ne pouvait se targuer d'avoir elle-même des contacts significatifs.

Là encore, on voit combien le refus du renvoi dans *in re Tallmadge* et son accueil dans *in re Schneider* peuvent aisément s'expliquer comme le fruit du

¹²⁶⁹ En ce sens H. Lewald, « Renvoi Revisited ? », p. 173, pour qui l'arrêt *Schneider* « steht im schroffen Gegensatz zu der des gleichen Gerichts *in re Tallmadge* vom Jahre 1919 » ; v. ég. note anonyme « Conflict of Laws – Renvoi – Foreign Conflicts Rule Applied By Forum to Validate Devise », 64 *Harv. L. Rev.* 166 (1950), p. 166 : « This decision is clearly contrary to a previous New York decision on similar facts which emphatically rejected the renvoi doctrine, Matter of Tallmadge ». Pour J.D. Falconbridge, *Essays*, p. 233, en revanche, ces deux affaires « differ[red] widely in their circumstances ».

¹²⁷⁰ Sur ce que le simple rejet de la doctrine du renvoi n'est pas suffisant pour expliquer l'arrêt *Tallmadge*, v. J.H.C. Morris, « The Renvoi in New York », *Int'l L. Q.*, 1951, p. 269 et E. Cheatham / H. Goodrich / E. Griswold / W. Reese, *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 4th ed., Brooklyn, 1957, p. 67, pour qui en substance la cour fut influencée par les attentes du *de cuius* ; J.D. Falconbridge, *Essays*, p. 233 invite pour sa part à considérer « other possible grounds for justification ».

fonctionnement d'un seul et même principe, neutre, tiers et supérieur aux rattachements en conflit négatif. Qui plus est, s'il emporte l'adhésion du juge étranger, français et suisse, ce principe achève d'épargner aux personnes privées impliquées dans une relation transfrontière les tourments que leur provoque un conflit international de lois.

311. Correspondances entre les jurisprudences américaine et française. On a vu que la jurisprudence française est aussi marquée par la variété de solutions qu'elle donne aux conflits de renvoi et que cette variété des solutions se vérifie également à propos des affaires franco-américaines dont les juridictions françaises ont eu à connaître. Ces dernières ont en effet, tout comme leurs homologues d'Outre-Atlantique, tranché les conflits de renvoi « co-affectant » les deux pays, tantôt au profit de la loi française – ainsi des successions *Soulié et W. J.*, cette dernière décidée par Trib. civ. Pau, 19 avril 1902¹²⁷¹ –, tantôt au profit de la loi américaine – ainsi de la succession *William-Maurice Mack* réglée par Trib. civ. Seine, 11 mars 1904¹²⁷². Réunissons ces décisions françaises et notamment *W. J.* et *William-Maurice Mack* aux décisions américaines *Dupuy v. Wurtz* et *in re Tallmadge* et livrons-nous à une lecture synoptique de ces quatre décisions qui ont pour point commun d'avoir statué sur le conflit de renvoi provoqué par la succession d'un Américain domicilié en France. Les attaches que sieur Chadwick possédait avec la France ne sont pas sans rappeler celles qui liaient à la France sieur W. J. Le tribunal de Pau – on s'en souvient – rapporte que celui-ci avait son « domicile de fait en France, où il avait séjourné de longues années jusqu'à sa mort », à tel point que « c'est bien en France que se trouvait le centre de ses affaires et de ses relations »¹²⁷³. On le voit, les deux juges, américain et français, insistent l'un et l'autre sur l'importance des liens ayant rattaché les défunts à la société française. La trajectoire personnelle de la dame Wurtz présente quelques éléments d'analogie avec celle de William-Maurice Mack : l'une et l'autre avaient épousé des Américains ; le siège de leur patrimoine se trouvait vraisemblablement aux États-Unis et surtout l'une et l'autre avaient désigné le droit américain – respectivement newyorkais et californien – comme applicable à leur succession. C'est bien ce que le tribunal français et le tribunal américain prennent également soin de souligner, préoccupés qu'ils étaient de ne pas méconnaître en ces circonstances une telle manifestation de volonté¹²⁷⁴. L'analyse de la jurisprudence française laisse dès lors penser que s'ils avaient été saisis des affaires *in re Tallmadge* et *Dupuy v.*

¹²⁷¹ *Supra*, n° 246.

¹²⁷² *Supra*, n° 249.

¹²⁷³ Trib. civ. Pau, 19 avr. 1902, *Clunet*, 1903, p. 877.

¹²⁷⁴ Trib. civ. Seine, 11 mars 1904, *Clunet*, 1907, p. 437 rapporte que William-Maurice Mack « se proclamait citoyen américain de l'État de Californie, déclarant que sa succession serait par conséquent régie par les lois américaines », de même que la Cour d'Appel de New York nous dit de dame Wurtz qu'« elle avait manifesté le désir... de voir ses biens gérés selon les lois de l'État de New York » (*Dupuy v. Wurtz* 53 N.Y. 563).

Wurtz, les juges français auraient conclu, tout comme les juges américains, à l'application de la loi française, pour la première, et de la loi américaine, pour la seconde. De même, l'examen de la jurisprudence américaine autorise la conjecture que si les affaires *W. J.* et *William-Maurice Mack* avaient été portées devant les juges américains, ceux-ci auraient – tout comme leurs collègues français – retenu la loi française à la faveur de la première affaire, et la loi américaine de la seconde.

Il reste à préciser que cette concordance, cette « harmonie des solutions », des solutions du *conflit du renvoi*, n'est pas que le fruit du hasard, elle n'est pas que *spontanée* ; elle est assez largement *recherchée* par les juges américains. Voilà qui nous ramène à la démarche intellectuelle développée par ceux-ci.

312. Recherche d'une solution binationale du conflit de renvoi. La réaction du juge Winthrop à l'égard du renvoi rappelle celle que devait exprimer le juge Russel dans l'affaire *in re Annesley*¹²⁷⁵. À l'instar de son homologue britannique, mais cette fois sans la moindre ambiguïté, le juge newyorkais proclame son aversion envers la machinerie du renvoi, du moins telle qu'elle est habituellement expliquée. Aussi se refuse-t-il à en devenir le machiniste. Mais tout comme son homologue britannique, il n'omet pas de rechercher et repérer dans la jurisprudence française, et particulièrement dans l'arrêt *Forgo*, un soutien à l'application de la loi qui paraissait disposer des titres les plus légitimes pour l'emporter : dans un cas comme dans l'autre, la loi française. Cet effort de se déplacer mentalement vers le poste d'observation du tribunal étranger est plus évident encore chez le juge Frankenthaler. Celui-ci prend soin de préciser que l'acceptation du renvoi en l'espèce n'exclut pas que d'autres situations puissent en commander le refus¹²⁷⁶. C'est là on le sait le programme de la synthèse. Si le désir d'uniformité a manifestement guidé le juge Frankenthaler dans la solution du conflit négatif de rattachements¹²⁷⁷, ce désir n'est pas allé jusqu'à l'inciter à copier purement et simplement la solution que le droit helvétique donnait au problème abstrait du renvoi, solution qu'il déclare ne pas avoir trouvée¹²⁷⁸ : à l'instar du juge Wynn-Parry dans l'affaire *in re Duke of Wellington*, il a en substance dû s'ingénier à l'inventer lui-même. S'il en conserve donc la paternité et entreprend de la développer depuis son propre ordre, le juge américain ne lui en a pas moins donné forme en tenant tout aussi soigneusement compte des principes résultant des sources et matériaux suisses, y

¹²⁷⁵ Cf. *in re Annesley* (1926) 1 Ch. 709 où le juge Russel ne cache pas sa satisfaction face à l'adoption par la *Surrogates' Court* de la « solution simple et rationnelle » consistant à appliquer directement la loi matérielle française (v. *supra*, n° 294).

¹²⁷⁶ « It may be that in some fields the underlying policies of our law will require its rejection and a direct reference to foreign internal law » : *in re Schneider's Estate* (avr. 1950), 96 N.Y.S. 2d 659.

¹²⁷⁷ « This court must, in effect, place itself in the position of the foreign court and decide the matter as would that court in an identical case » : *in re Schneider's Estate* (avr. 1950), 96 N.Y.S. 2d 656.

¹²⁷⁸ « None of the cases submitted involved the precise facts here presented » : *in re Schneider's Estate* (avr. 1950), 96 N.Y.S. 2d 661.

compris les décisions rendues dans des affaires voisines par ses homologues helvétiques. C'est là en somme une solution forgée avec les matériaux fournis par les deux systèmes « co-intéressés » au règlement du conflit de renvoi de manière à la rendre acceptable et utilisable par les juges de l'un et de l'autre¹²⁷⁹ et nourrir dès lors une règle de conflit de renvoi « américano-helvétique », jaillissant d'une source commune ou conjointe¹²⁸⁰, tout comme « américano-helvétique » est le conflit de règles de conflit qu'elle est chargée d'arbitrer.

Les conclusions formulées plus haut à propos de la signification et de la portée du « double renvoi » dans la jurisprudence britannique conservent donc ici leur pertinence¹²⁸¹.

Section V : Jurisprudence allemande

313. Évolution des règles de conflit. Avant la mise en vigueur du *BGB* en 1900, le morcellement juridique divisant les *Länder* allemands – morcellement que la création de l'Empire ou « deuxième Reich » en 1871 avait laissé subsister –, affectait tout autant le droit matériel que les règles de conflit de lois. Aux États ou territoires tributaires du droit français, dénommé parfois « droit rhénan » (*rheinisches Recht*) – parmi lesquels le Grand-Duché de Baden, la Hesse Rhénane (*Rheinhausen*) et, de 1871 à 1918, la Terre d'Empire (*Reichsland*) d'Alsace-Lorraine – s'opposaient les États où avait cours le « droit commun » (*gemeines Recht*), complété par des législations de portée matérielle et géogra-

¹²⁷⁹ Il semble bien que l'application, dans de telles circonstances, de la loi américaine en tant *aussi* que plus conforme à la volonté du *de cuius*, est compatible avec le principe se dégageant de l'art. 22 al. 2 de la LRDC de 1891 en vigueur en Suisse à l'époque de la décision et repris aujourd'hui par l'art. 90 al. 2 de la LDIP de 1987. Il serait en effet assez contradictoire que le système de droit international privé suisse, d'une part, offre à l'étranger domicilié en Suisse la possibilité de se soustraire à l'emprise de la loi suisse du domicile en faveur de la loi étrangère de sa nationalité sur le plan du *conflit de lois* (ce que font les dispositions citées) et que, d'autre part, sur le plan du *conflit de renvoi*, il ne soit pas prêt à autoriser un étranger domicilié à l'étranger laissant un immeuble en Suisse à se soumettre à la loi étrangère du domicile (désignée par l'art. 91 al. 1 LDIP), qui est également celle de sa nationalité (le problème ne semble pas s'être présenté devant le Tribunal fédéral, étant entendu que la compétence des autorités suisses ne devrait pas être niée sur le fondement de l'art. 88 LDIP al. 1 à tout le moins dans les cas où l'État étranger ne reconnaît compétence à ses juges à l'égard de l'immeuble sis en dehors de son territoire que par le détour du renvoi : ainsi p. ex. de la France : *supra*, n° 255, 259 et 282). Le fait que le *de cuius* entretienne, en sus de la nationalité étrangère, la nationalité suisse, comme dans l'affaire *Schneider*, ne devrait, quelle que soit l'effectivité de l'allégeance avec la Suisse, rien changer à cela dans la mesure où l'art. 87 al. 2 LDIP, en ce qu'il permet au Suisse domicilié à l'étranger de choisir le droit suisse pour ses biens sis en Suisse, accepte, déjà au plan du conflit de lois, l'éventualité que le Suisse – et par là, à plus forte raison, le binational suisse et étranger – domicilié à l'étranger désigne pour ses biens se trouvant en Suisse la loi étrangère du domicile (qui est, dans l'exemple, également celle de sa deuxième nationalité).

¹²⁸⁰ Ainsi que l'était la source qui posait le problème sans le résoudre, c'est-à-dire le Traité américano-helvétique de 1850 : v. *supra*, note 1266.

¹²⁸¹ *Supra*, n° 304 s.

phique variable¹²⁸² : les espèces qui nous intéressent mettent en cause les lois des villes libres de Francfort et Hambourg, du Royaume de Prusse, du Royaume de Wurtemberg...

Du côté du conflit de lois, la règle bien ancrée du droit commun soumettait la succession, tant mobilière qu'immobilière, à la loi du domicile (de fait) du *de cuius*¹²⁸³. Cette règle se trouvait d'ailleurs expressément consacrée dans le *Codex maximilianeus bavaricus civilis* de 1756 et on se souvient qu'elle avait concouru à générer le conflit de renvoi franco-bavarois dans l'affaire *Forgo*¹²⁸⁴. En revanche, le rattachement retenu par les États de droit rhénan fait, chez les juges, l'objet des plus âpres controverses, qui n'étaient en définitive que le reflet du flottement, signalé plus haut, des sources françaises de l'époque¹²⁸⁵. Ce chapitre de l'histoire de la réception du droit français outre-Rhin n'a pas été, semble-t-il, encore raconté. Il promet d'être saisissant, car les cours allemandes tranchèrent l'incertitude tantôt en cherchant appui dans telle ou telle décision française ou opinion doctrinale émise par les jurisconsultes de droit français, tantôt en s'en détournant ouvertement. Le premier arrêt dont il sera question fait état de cette confusion et ne se prononce pas ; les suivants adhèrent tantôt au domicile de fait en se prévalant de l'article 110 du Code civil¹²⁸⁶, le plus souvent d'ailleurs – ce qui vaut d'être relevé – sans distinguer entre meubles et immeubles, tantôt, spécialement dans un second temps, au critère de la nationalité¹²⁸⁷. Fait exception le droit du Grand-Duché de Baden qui avait assorti le Code civil, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1810, d'un nombre important de modifications, dont celle inscrite au § 2 du 6^e Édit constitutionnel badois du 4

¹²⁸² Parmi lesquelles on citera ici le *Codex maximilianeus bavaricus civilis* de 1756, le Code général des États prussiens (ALR) de 1794 et, depuis 1865, le Code civil saxon (« sächsisches BGB »). Sur ces œuvres législatives, v. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967, p. 326.

¹²⁸³ F.C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, p. 312 ; R. von Holzschuher, *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, 3. Aufl., Band I, Leipzig, 1863, p. 90 ; L. von Bar, *Theorie und Praxis*, vol. II, p. 304 ; F. Böhm, *Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung mit besonderer Rücksicht auf das deutsche Reich und die einzelnen Bundesstaaten einschliesslich Elsass-Lothringen*, Augsburg, 1895, § 5. Dans la jurisprudence de l'*Oberappellationsgericht*, v. Meyer c. Ziegler, de mars 1829, *Kalberner Wwe c. Rechneiamt*, de sept. 1837, *Grossherz. Hess. Ober-Steuer-Direction c. Wolf Erben*, de févr. 1857, *Kahl c. Althenn Kinder*, de déc. 1859, cités par OAG, 21 mars 1861, *Seuffert's Archiv*, vol. 14, 1861, n° 107, p. 164, pour qui il s'agit d'un « allgemein erkannter Satz ». Dans la jurisprudence du *Reichsgericht*, v. *Entsch. RG*, vol. 8, p. 146 ; vol. 14, p. 183 ; vol. 20, p. 351 ; vol. 24, p. 329.

¹²⁸⁴ Au § 17 du chapitre 11 de la 1^e partie et au § 1 du chapitre 12 de la 3^e partie : v. *supra*, note 1284.

¹²⁸⁵ *Supra*, n° 242.

¹²⁸⁶ « Le lieu où la succession s'ouvrira sera déterminé par le domicile ».

¹²⁸⁷ Cf. LG Strasbourg, 13 juin 1892, *Zeitschr. für französisches Zivilrecht*, 1892, p. 689 et OLG Cologne, 27 août 1907, *Zeitschrift für das Notariat*, 1907, p. 224, où on lit que « die deutschen Gerichte haben unter der Herrschaft des Code civil den Art. 110 C.c. in ständiger Rechtsprechung dahin ausgelegt, dass das Rheinische Recht die Erbschaft d.h. auch die Erbfolgerechte, nach dem Rechte des Wohnsitzes bestimmt wissen wollte » ; et les juges d'ajouter : « Anders die französischen Gerichte. Sie unterscheiden zwischen Mobiliar- und Immobiliarnachlass ». En ce sens ég. OLG Colmar, 14 juill. 1910, *NiemeyersZ.*, 1910, p. 414. Cf. K.S. Zachariä, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 8. Aufl., Freiburg i.B., 1895, p. 112.

juin 1808, d'après lequel la transmission des biens – de quelque nature qu'ils soient – laissés par un étranger sur le territoire du for est régie par sa loi nationale¹²⁸⁸. Pour ce qui est de la solution du conflit de renvoi, la jurisprudence de ces États, ainsi que du Tribunal supérieur d'appel de Lubeck (*Oberappellationsgericht*)¹²⁸⁹ et, dès 1871, du Tribunal de l'Empire (*Reichsgericht*) put, en l'absence de loi écrite, se développer avec la plus grande liberté.

L'EGBGB de 1900 accueillit la première disposition sur le renvoi, dont l'histoire fut des plus tourmentées¹²⁹⁰. À l'instar de la règle de conflit unitaire en matière successorale, cette règle ne visait que certaines situations rattachées au for allemand de manière significative. Plus exactement, l'article 25 EGBGB, s'inspirant du modèle badois, désignait la loi nationale pour régir la succession d'un étranger domicilié en Allemagne¹²⁹¹ ; l'article 27 EGBGB déclarait quant à lui applicable la loi allemande aux seuls conflits de renvoi au premier degré se produisant dans de telles hypothèses¹²⁹². Pour le reste et s'agissant notamment des situations où la nationalité étrangère du *de cuius* se doublait d'un dernier domicile situé dans l'État de la nationalité ou dans un autre État étranger, on sait que les rédacteurs de la Loi d'introduction préférèrent confier la détermination de la loi applicable à la jurisprudence¹²⁹³. Il en allait de même, à plus forte raison, du sort à réserver au conflit de renvoi, notamment à celui auquel la loi allemande participerait au titre de loi de situation immobilière. Une discrétion importante subsistait donc au profit des tribunaux¹²⁹⁴.

¹²⁸⁸ 6. Constitutionsedikt vom 4.6.1808, *Regierungsblatt für das Grossherzogthum Baden*, 1808, p. 150. Sur cette disposition, v. A. Platenius, *Grundriss des badischen Landrechts (mit Ausschluss des Obligationenrechts)*, Freiburg i.B. / Leipzig, 1896, p. 25 ; C. Barazetti, *Einführung in das französische Civilrecht und das badische Landrecht*, 2. Aufl., Heidelberg, 1894, p. 219 ; D. Gosewinkel, *Einbürgern und Ausschliessen, Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit, vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschlands*, Bonn, 2001, p. 42.

¹²⁸⁹ Jusqu'au deuxième Reich, cour de dernière instance des villes anséatiques de Hambourg, Brème et Lubeck et, jusqu'à 1867, de la ville libre de Francfort. Selon Bernhard Windscheid, deux postes conféraient en ce temps le plus grand prestige aux juristes qui étaient appelés à les occuper : celui de successeur de F.C. von Savigny à la chaire de Berlin et de Georg Arnold Heise à la présidence de l'OAG de Lubeck. Ce dernier honneur revint à Carl Georg von Wächter, quoique pour une année seulement, de 1851 à 1852.

¹²⁹⁰ O. Hartweg, *Der Renvoi im deutschen internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt a.M. / Berlin, 1967, p. 84 ; F. Korkisch / O. Hartweg, *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881–1896*, Tübingen, 1973, p. 3.

¹²⁹¹ Art. 25 EGBGB (1^{re} phrase) : « La succession d'un Allemand qui, au moment de son décès, a son domicile en Allemagne est soumise au droit de l'État dont il était, à ce même moment, ressortissant » (c'est nous qui traduisons). Sur l'influence exercée par la règle de conflit badoise sur l'EGBGB de 1900, v. H. Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht*, Leipzig, 1931, p. 286.

¹²⁹² « Si, d'après le droit d'un État étranger dont les lois ont été déclarées valables par les articles 7 alinéa premier, 13 alinéa alinéa premier, 15, alinéa 2, 17, alinéa premier et 25, il y a lieu d'appliquer les lois allemandes, ces lois seront appliquées » (trad. W. Simons, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne », *Rec. cours*, 1926, t. 15, p. 506).

¹²⁹³ Sur la genèse des règles unilatérales de l'EGBGB, v. *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Zurigo, 2014, p. 23.

¹²⁹⁴ En ce sens, v. W. Simons, « La conception du droit international privé », p. 512 ; H. Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht*, p. 288 ; A. Niedner, *Das Einführungsgesetz von 18.8.1896 (Kommentar)*, Berlin, 2. Aufl., 1901, p. 76-77.

La grande réforme de l'EGBGB de 1986 confirme l'adhésion à la nationalité du *de cujus*, critère que la nouvelle rédaction de l'article 25 « bilatéralise » désormais de sorte à viser toutes les espèces dont les juges allemands peuvent se saisir ; l'unilatéralité de la formule se retrouve cependant dans la disposition habilitant le citoyen étranger à soumettre au droit allemand les immeubles qu'il possède en Allemagne¹²⁹⁵. Le renvoi est depuis admis dans les limites de la *Sinnklausel* de l'article 4 EGBGB, c'est-à-dire dans la mesure où il ne contredit pas le « sens » de la règle de conflit de lois. Face à la souplesse d'un tel libellé, la jurisprudence conserve une certaine marge de manœuvre.

Conformément au schéma suivi jusqu'ici, on présentera d'abord les décisions, fort nombreuses, intéressant notre propos (Sous-section 1), pour les passer ensuite au crible des principes de proximité et d'autonomie (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence

314. Trois cycles. L'histoire de la jurisprudence allemande sur le renvoi se décline en trois étapes correspondant aux trois périodes que délimitent les dates, respectivement, du tout premier arrêt connu et des deux œuvres législatives signalées : tout d'abord de 1861 jusqu'à 1900, année de la mise en vigueur du Code civil allemand unitaire (§ 1), puis de 1900 jusqu'à 1986, date de la réécriture de l'EGBGB (§ 2), et enfin de 1986 jusqu'à nos jours (§ 3).

§ 1. Décisions antérieures à l'entrée en vigueur de l'EGBGB (1861-1900)

315. Sept décisions. Les décisions composant cette première séquence sont au nombre de sept. Six d'entre elles ont été prononcées en dernière instance, par l'*Oberappellationsgericht* de Lubeck, la plus ancienne, et par le *Reichsgericht*, les cinq ultérieures. Quatre ont retenu le droit matériel du for ou, en tout cas, s'y sont déclarées favorables dès lors que la situation de renvoi serait avérée¹²⁹⁶ (A), tandis que les trois autres ont penché au profit de la loi étrangère (B). Suivant la terminologie de l'époque, où le terme *Ausland* tend à désigner tous les *Rechtsgebiete*, territoires de l'Empire ou non, autres que celui du siège du juge (*Inland*), l'appellation « loi étrangère » doit ici s'entendre comme englobant également le droit d'un autre *Land*, quatre des affaires ici étudiées ayant en effet suscité des conflits de renvoi « interconfédéraux ».

¹²⁹⁵ Article 25 alinéa 2 EGBGB.

¹²⁹⁶ Dans deux affaires en effet – OAG, 21 mars 1861 et RG, 27 janv. 1888 – l'existence d'un conflit de renvoi n'a pas été établie : v. *infra*, notes 1301 et 1310.

A – Décisions ayant appliqué la loi du for

316. Une affaire légendaire : OAG 21 mars 1861. Tranchée par le Tribunal supérieur d'appel de Lubeck le 21 mars 1861¹²⁹⁷, l'affaire *Krebs c. Rosalino* opposait les consorts Krebs, qui invoquaient la réserve du droit français ayant cours dans la Hesse rhénane et notamment à Mayence, à la veuve Rosalino, héritière instituée, qui se réclamait du droit commun en vigueur dans la ville libre de Francfort, lequel offrait au testateur une plus large liberté de disposition. Sujet(te) francfortois(e), le (la) *de cujus*¹²⁹⁸ avait fixé à Mayence son dernier domicile de fait, facteur de rattachement qu'adoptait le *gemeines Recht* dominant à Francfort. Saisi en dernière instance, le *Oberappellationsgericht* estima que « l'affaire d[eva]it être jugée exactement de la même manière qu'elle le serait par les tribunaux siégeant au lieu du domicile du défunt »¹²⁹⁹. Le (la) *de cujus* n'ayant pas été autorisé(e) par l'exécutif de Mayence à y établir son domicile aux termes du fameux article 13 du Code civil¹³⁰⁰, le Tribunal fit état de l'incertitude entourant la teneur de la règle de conflit française à propos de la dévolution des meubles. Aussi bien, il invita les parties à rechercher si cette

¹²⁹⁷ OAG, 21 mars 1861, *Krebs Gebr. g. Rosalino Wwe*, in *Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen*, t. VI, p. 22 et *Seuffert's Arch. für Ent. Obersten Gerichte*, 1861, n° 107, p. 164. Nombre d'auteurs ont estimé qu'il s'agissait là d'un cas de *Weiterverweisung* en considérant que le droit en vigueur à Lubeck pris en sa qualité de loi du for renvoyait vers celui de Francfort lequel désignait à son tour celui de Mayence : v. É. Potu, *La question du renvoi*, p. 86 et encore aujourd'hui, Ch. Von Bar, *IPR*, I, n° 625, note 487 et G. Kegel / K. Schurig, *IPR*, § 10 I, p. 283. Or l'*Oberappellationsgericht* statuant, on l'a vu (*supra*, note 1289), en tant qu'instance commune d'appel des villes libres de la Confédération germanique – Lubeck, Hambourg, Bremen et Francfort-sur-le-Main, dont émanait l'arrêt attaqué (H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 535 ; M. Keller / K. Siehr, *Allgemeine Lehre*, p. 465, note 6) – la question relevait d'un conflit de renvoi au premier degré : en ce sens A. Lüderitz, *IPR*, n° 151, note 1 ; R. Michaels, « Der Abbruch der Weiterverweisung », p. 687 ; M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 21. Pour un historique de l'erreur, ses racines et ramifications, v. D. Boden, *L'ordre public*, vol. II, p. 581, note 1180 et A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 60, note 73.

¹²⁹⁸ Le fait que le litige oppose les « consorts Krebs » (*Gebrüder Krebs*) et la « veuve Rosalino » (*Rosalino Witwe*) de même que d'autres informations récoltées au sujet d'un Benjamin Krebs (v. *infra*, n° 334) autorisent à nourrir quelques doutes sur l'exactitude du genre féminin qu'emploie la décision (« die Erblasserin »). De façon curieuse, même les lecteurs les plus attentifs semblent s'en référer à « un » *de cujus* : ainsi F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 12 et M. Sonnentag, *Der renvoi im internationalen Privatrecht*, p. 23 ; mais v. A. Davi, « Le renvoi dans le droit international privé contemporain », p. 61.

¹²⁹⁹ « der Erbfall ganz ebenso beurtheilt werde, wie er von den an jenem Wohnort bestehenden Gerichten würde beurtheilt werden müssen ».

¹³⁰⁰ En recherchant la solution consacrée par le droit français ayant cours à Mayence (« in Ansehung des Mobilienachlasses – und um einen solchen handelt es sich hier »), le OAG ne détecte pas moins de trois opinions (*Seuffert's Arch.*, 1861, p. 166) : *lex rei sitae* « qu'aucune des parties n'a invoquée » et qui lui semble peu pertinente (et le OAG de citer V.N. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, vol. I, Paris, 1858, n° 78) ; loi du domicile (de fait), à l'instar du *gemeines Recht* (ainsi que le préconisait K.S. Zachariä, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 5. Aufl., Heidelberg, 1853, Band I, § 31, note 6) ; loi de la nationalité remplacée, en cas d'autorisation à domicile, par la loi française du for (sont entre autres cités J.-B. Sirey, *Les codes annotés*, par P. Gilbert, vol. I, Paris, 1847, art. 3, n° 63 et W. Thilo, *Französisches Gesetzbuch erläutert aus Urtheilen der französischen Gerichtshöfe, Gesetzen und anderen Quellen*, Karlsruhe, 1838, p. 67).

règle retenait de son côté le rattachement au domicile ou s'en remettait à la nationalité du *de cuius*, auquel cas la loi de Francfort serait applicable¹³⁰¹.

317. Trois grands arrêts du Reichsgericht. Suivirent, vingt-cinq ans plus tard, à l'heure où l'Allemagne s'était constituée en *Reich*, deux décisions du Tribunal de l'Empire statuant sur deux affaires rhénanes. Dans la première¹³⁰², il s'agissait de déterminer si l'acte de renonciation à la succession formé dans le Bade par Jacob Marquardt, père du défunt Gustav Marquardt, pouvait et devait être annulé par un sieur Ludwig Wolff, créancier du renonçant : il ne devait pas l'être – pas plus qu'il ne pouvait l'être – d'après la loi en vigueur dans le Royaume du Wurtemberg, dont le *de cuius* était sujet, car, d'après cette loi, l'héritier *ab intestat* ne devenait titulaire des biens héréditaires que par l'acte volontaire d'acceptation de l'héritage (*Antretung*) qui n'avait pas eu lieu en l'espèce. En revanche, au regard du droit badois, calqué sur le droit français, la saisine du mort par le vif survenant *ipso iure* du fait du décès, le père avait accédé à la succession et la renonciation qu'il avait consentie devait, afin d'être opposable aux tiers, faire l'objet d'une annulation¹³⁰³. L'Édit badois de 1808 désignait le droit national du Wurtemberg dont la règle de conflit, tirée du *gemeines Recht*, déclarait applicable la loi badoise en raison du domicile de fait de Gustav Marquardt. En effet, « [n]é le 29 janvier 1862 in Dürrmenz [Wurtemberg], [le *de cuius*] s'était établi avec ses parents la même année à Pforzheim [Grand-Duché de Baden], où il avait fréquenté le gymnase, d'abord, et ensuite différentes universités ; il avait, le 29 janvier 1883, atteint l'âge de la majorité et... était décédé à Pforzheim le 3 avril 1883 ». Outre cette longue présence du *de cuius* dans le Bade, soulignée par un commentateur¹³⁰⁴, les biens dépendant

¹³⁰¹ Il n'y eut donc pas d'acceptation véritable du renvoi par le Tribunal supérieur d'appel, l'existence d'une situation de renvoi n'ayant pas été établie (A. Davi, « Le renvoi dans le droit international privé contemporain », p. 60). La rédaction du *Seuffert's* considéra du reste que l'affaire touchait à la preuve du droit étranger, notamment du droit international privé étranger (v. les mots-clés : « Statuten-Collision-Pflichtteilsrecht-Beweisauflage über fremdes Recht »). Il n'est dès lors pas tout à fait exact, ainsi que l'affirme F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 13, que « [d]as OAG entschied für Anwendung des Frankfurter Erbrechts ». L'inexactitude se retrouve chez D. Anzilotti, *La questione del rinvio*, p. 293 et pratiquement aussi chez É. Potu, *La question du renvoi*, p. 86 de même que chez bien des auteurs modernes : v. cep. E. Graue, « Rück- und Weiterverweisung (renvoi) in den Haager Abkommen », p. 27 pour qui l'OAG « eine Rückverweisung des Rechts von Mainz auf das Recht von Frankfurt für möglich gehalten [hatte] ».

¹³⁰² RG, 16 oct. 1885, *Bad. Ann.*, 1885, p. 373-377, décision rapportée par F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 10-11 et É. Potu, *La question du renvoi*, p. 87.

¹³⁰³ V. l'arrêt prononcé en appel par l'OLG Karlsruhe, 14/28 janv. 1885, dont les motifs sont reproduits dans celui du RG, *Bad. Ann.*, 1885, p. 374-375.

¹³⁰⁴ F. Kahn, « Gesetzeskollisionen », p. 10 : « Im Grossherzogtum Baden starb ein *seit Jahren* dort domizilierter Württemberger » ; cf. G. Isenbiel, *Zur Lehre von der Rückverweisung* (Art. 27 EG z. BGG), Leipzig, 1909, p. 32. Le RG insiste sur ce que le *de cuius* avait eu à la fois sa dernière résidence et son domicile dans le Baden (*Bad. Ann.*, 1885, p. 376 : « Gustav Marquardt einstweilen Pforzheim, welches überdies sein letzter Aufenthaltsort gewesen..., als Wohnort habe beibehalten wollen »).

de la succession se trouvaient aussi dans ce *Rechtsgebiet*¹³⁰⁵, où par ailleurs les parties à la cause avaient leur domicile¹³⁰⁶. Aussi bien, le Tribunal de l'Empire, par arrêt du 16 octobre 1885, approuva la juridiction d'appel d'avoir soumis la question litigieuse à la loi badoise en considérant que l'Édit badois de 1808 n'interdit pas que la loi badoise soit appliquée à la succession d'un étranger « compte tenu des circonstances » et notamment lorsque la loi nationale de celui-ci désigne la loi badoise du domicile¹³⁰⁷.

La décision *Meyrat c. Meyrat* du 27 janvier 1888¹³⁰⁸ quant à elle ne retint finalement pas le conflit de renvoi mais s'intéressa au principe du renvoi et ce d'une manière qui mérite d'être relatée. Un sieur Meyrat, sujet du Grand-Duché de Hesse et notamment de Mayence où, on l'a vu, avait cours le droit rhénan, y avait rédigé un testament qu'il avait ensuite complété à Berlin (Prusse). C'est là qu'après avoir exercé un commerce à Mayence, le *de cujus* et son épouse avaient transporté leur domicile et que sieur Meyrat était décédé ; c'est également en Prusse qu'il avait laissé la totalité de ses biens dont il avait disposé en faveur de sa femme et du frère de celle-ci. Le *Reichsgericht* se rallia à l'arrêt prononcé en appel par le Tribunal supérieur de Darmstadt qui avait fait jouer le rattachement au domicile suivi par le droit rhénan¹³⁰⁹ et donné en conséquence efficacité à la loi prussienne qui limitait la validité du testament au vingtième de la masse. Le principe de l'application « totale » du droit prussien, y compris sa règle de conflit, est affirmé¹³¹⁰ par la haute cour, qui souligne à

¹³⁰⁵ On le déduit du texte, cité par le OLG Karlsruhe et le RG, du § 2 de l'Édit constitutionnel badois de 1808 (*Bad. Ann.*, 1885, p. 376) lequell, dans le cadre du *Gastrecht*, accorde à l'étranger « le droit à ce que les biens composant son patrimoine et situés dans le pays [dans le Baden], lorsqu'il y cède, bénéficient de la même protection que ceux des nationaux » (trad. É. Potu, *La question du renvoi*, p. 87, note 1, c'est nous qui soulignons).

¹³⁰⁶ Quant au domicile de Jacob Marquardt, v. les conclusions du RG, *Bad. Ann.*, 1885, p. 377 ; quant au demandeur (défendeur « en révision »), Ludwig Wolff, l'arrêt rapporte qu'il était « Malzfabrikant in Bruchsal », village situé dans le Grand-Duché de Baden (*Bad. Ann.*, 1885, p. 373).

¹³⁰⁷ *Bad. Ann.*, 1885, p. 377.

¹³⁰⁸ OLG Darmstadt, 14 juill. 1887 et RG, 27 janv. 1888, *Entsch. RG*, 1888, p. 351, *Clunet*, 1890, p. 335. Le RG adhéra aux motifs de OAG 21 mars 1861 qu'il cite (*Entsch. RG*, 1888, p. 353) et, en le citant, il lui épargne l'oubli, grâce notamment à la mention que L. von Bar allait en faire en 1889, dans son ouvrage retentissant (*Theorie und Praxis*, Band I, p. 280, note 45).

¹³⁰⁹ La jurisprudence française avait évolué depuis 1861, date de l'arrêt de l'OAG, où il est fait état de l'incertitude quant à la règle de conflit française visant la succession mobilière. Le RG cite Cass. (civ.), 21 juin 1865, *S.* 1865.1.363, Cass. (civ.), 27 avr. 1868, *S.* 1868.1.257, et la décision rendue le 14 mars 1874 par la Cour de Pau dans l'affaire *Forgo*, *S.* 1875.1.409.

¹³¹⁰ Le conflit de renvoi ne se produisit pas car le droit prussien soumettait lui aussi la succession à la loi du domicile (*Entsch. RG*, 1888, p. 354 ; le tribunal cite le grand ouvrage de F. Förster / M.E. Eccius, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, 4. Aufl., Berlin, 1880, Bd. 1, § 11, p. 64). Pour justifier l'application de la loi prussienne le tribunal est « part[i] de ce fait que le testateur avait transporté son domicile à Berlin et que là également se trouvait toute l'hérédité » (*Clunet*, 1890, p. 336). Le lieu de situation des biens renforçait donc, aux yeux de la cour, la vocation de la loi prussienne. Peut-être la dame Meyrat et son frère avaient-ils saisi le for hessois au lieu du for berlinois, où se trouvaient les biens litigieux et où en tout cas la dame Meyrat était domiciliée, en vue d'obtenir l'application de l'article 999 du Code civil. S'il en est ainsi, l'OLG de Darmstadt a déjoué la manœuvre : « Die rheinische Gerichte, welche in einem Rechtsstreit über eine in Berlin eröffnete Erbfolge angerufen werden, haben

quel point il est important qu'afin de prévenir « des complications inextricables..., les questions successorales soient régies par une loi et une seule »¹³¹¹ et cela malgré la mise à disposition de « plusieurs fors... suivant le différent domicile des héritiers, légataires et des autres particuliers impliqués », et en dépit de ce que « chacun de ces fors donne une réponse différente à la question de la loi applicable »¹³¹².

Prononcée bien après 1900¹³¹³, une dernière décision du Tribunal de l'Empire, statuant sur une affaire qui défraya la presse contemporaine, fait encore jouer *ratione temporis* les règles de conflit préunitaires. Le Duc Charles II de Brunswick était décédé en 1873 à Genève où, en exil depuis plusieurs décennies, il s'était installé à l'époque de la guerre de 1870¹³¹⁴. Célibataire, il avait institué la ville de Calvin héritière universelle de son importante fortune. Une partie de celle-ci était située en Allemagne et avait été saisie par le frère du *de cuius*, le Duc Guillaume de Brunswick. C'était sur ces biens allemands

also so zu entscheiden, wie das betreffs der Erbschaft zuständige Berliner Gericht zu entscheiden hätte » (*Entsch. RG*, 1888, p. 353).

¹³¹¹ « Wenn keine unlösbare Verwickelungen entstehen sollen, so kann diese Frage nur nach einem und demselben Gesetze entschieden werden » (*Entsch. RG*, 1888, p. 352). Il semble que l'on doive y discerner un plaidoyer moins pour l'unité de la loi successorale à l'encontre de la scission du point de vue du for que pour l'unité de la loi applicable au niveau interconfédéral ou international abstraction faite du lieu où siège le juge saisi. V. au demeurant ci-après, au texte.

¹³¹² *Entsch. RG*, 1888, p. 352-353. L'argument du « cercle vicieux » avancé par J.-E. Labbé, « Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère », p. 5, est, pour les juges, un porte à faux, car « la règle de conflit rhénane est appliquée une seule fois ».

¹³¹³ On signalera que RG, 22 sept. 1891, rendue dans l'affaire *Max von Fabrice Eheleute g. Baron R. von Staël-Holstein in Neu-Angen, Böhm'sZ.*, 1892, p. 288, évoque le mécanisme du renvoi mais sans prendre parti quant à son traitement (G. Isenbiel, *Zur Lehre von der Rückverweisung*, p. 35). L'application des dispositions du droit badois qui entérinaient la volonté du testateur (celui-ci avait souhaité que l'immeuble qu'il avait laissé dans le Bade ne soit pas aliéné, loué ou mis sous gage pendant les 35 ans suivant son décès) se justifiait aux yeux des juges en tant que loi impérativement applicable à tous les immeubles badois (« absolut gebietende beziehungsweise verbotende Gesetzesvorschriften »). Originaire du Royaume de Saxe, le *de cuius* avait eu son dernier domicile à Francfort-sur-le-Main et avait laissé un immeuble dans le Grand-Duché de Bade. Il s'agissait semble-t-il d'une *Weiterweisung* acceptée car la règle badoise désignait le droit saxon au titre de *lex patriae* qui désignait à son tour le droit francfortois au titre de *lex domicilii*, ce dernier acceptant une telle désignation. Mais le juge se tira d'affaire en appliquant à la seule question litigieuse les dispositions citées de la *lex rei sitae* badoise. On signalera aussi que, le 4 février 1892, dans une affaire *Radefeld g. Rümmler*, le Tribunal de l'Empire a encore retenu la loi du for à l'égard d'une situation cette fois bien perçue de renvoi. Il y allait de la (prétendue) incapacité de tester pour insanité d'esprit d'une ressortissante prussienne domiciliée en Saxe. La règle de conflit en vigueur en Prusse désignait la loi du domicile, c'est-à-dire la loi saxonne, alors que le § 7 du Code civil saxon de 1863 (en vigueur depuis 1865) se référait, en matière de capacité juridique et d'agir (*Rechts- und Handlungsfähigkeit*), « aux lois de l'État dont la personne est sujette » (« nach den Gesetzen des Staates zu beurtheilen, dessen Unterthan dieselbe ist »). Aucun autre détail ne ressort des résumés que donnent la *Böhm'sZ.*, 1892, p. 469 et la *Juristische Wochenschrift*, 1892, p. 170 et c'est pourquoi nous avons renoncé à l'examiner plus avant.

¹³¹⁴ En contrepartie des richesses qu'il légua à la ville de Genève, le Duc Charles II de Brunswick (Karl II von Braunschweig) demanda à celle-ci de lui ériger « un mausolée situé en un emplacement éminent et digne, exécuté selon la conception prévue, en recourant aux meilleurs artistes de l'époque, sans considération du prix ». Le mausolée fut édifié au bord du lac Léman, sur le quai Mont Blanc, entre l'Hôtel Beau-Rivage et l'Hôtel de la Paix (O. Böse, *Karl II. Herzog zu Braunschweig und Lüneburg*, Braunschweig, 1956). Il est connu des Genevois sous le nom de « Monument Brunswick ».

que les demandeurs, descendants de la Comtesse de Givry, ressortissante française et prétendue fille naturelle du *de cujus*, entendaient faire valoir leurs prétentions et ce à l'encontre du successeur de Guillaume, le Duc Ernst August von Cumberland. Le Tribunal de l'Empire les débouta de leurs demandes parce que prescrites selon le droit allemand de la nationalité et du domicile d'origine du *de cujus*, applicable par renvoi tiré du droit français en vigueur à Genève, désigné par le *gemeines Recht* au titre de *lex domicilii*¹³¹⁵.

Penchons-nous sur les arrêts ayant écarté le jeu du renvoi.

B – Décisions ayant appliqué la loi étrangère

318. Trois espèces rhénanes. Dans chacune de ces affaires, le for se trouvait dans un territoire assujéti au droit français et la contestation portait sur la validité du testament, soit matérielle, soit pour cause d'incapacité du testateur.

L'affaire *Brodhead c. Körttge et Marti* nous transporte dans l'Alsace-Moselle annexée comme Terre de l'Empire¹³¹⁶. Médecin britannique originaire de l'Inde, où il avait été domicilié en dernier lieu dans l'Empire britannique avant de se fixer en Alsace, Cuthbert Roger Gale avait épousé une Londonienne, prédécédée, et était mort sans enfants à soixante-et-onze ans dont les trente dernières passées à Strasbourg. S'il avait laissé en Alsace quelques biens, mobiliers et immobiliers, « la plus grande partie de sa fortune se composait de meubles situés à l'étranger »¹³¹⁷. Par un premier acte testamentaire, il avait désigné comme légataire universelle la *District Charitable Society* de Calcutta, ensuite un sieur Körttge et une dame Marti afin qu'ils donnent exécution à ses premières dispositions, « sa vraie intention étant de transmettre sa fortune aux démunis de Calcutta »¹³¹⁸. Une dame Brodhead, fille d'une sœur du *de cujus*, à laquelle les deux lois en conflit reconnaissaient la qualité de successeur *ab intestat*, s'opposait à l'exécution des œuvres testamentaires du docteur Gale en soutenant leur nullité en raison, entre autres, de l'incapacité du testateur et de l'invalidité matérielle de leur contenu. Par jugement du 13 juin 1892, le *Landgericht* de Strasbourg conclut en faveur de la soumission de la totalité des biens à la loi britannique en vigueur en Inde au titre de loi personnelle du *de cujus*¹³¹⁹

¹³¹⁵ RG, 11 oct. 1910, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, n° 1, col. 91 et 92, résumé in *Das Recht*, 1910, n° 4210. Pour un bref compte rendu de l'affaire, H. Lewald, « La théorie du renvoi », p. 548-549 et É. Potu, *La question du renvoi*, p. 105.

¹³¹⁶ LG Strasbourg, 13 juin 1892, *Zeitschr. für französisches Civilrecht*, 1892, p. 689 ; la *BöhmsZ.*, 1893, p. 520 en publia de longs extraits.

¹³¹⁷ « Der Nachlass des Erblassers wurde auf mindestens 120,000 M. geschätzt, bestehend zum kleineren Theil aus Mobiliar- und Immobilienvermögen im Inland (Elsass-Lothringen), zum grösseren Theil aus Mobiliarvermögen im Ausland » (*Zeitschr. für französisches Civilrecht*, 1892, p. 689).

¹³¹⁸ D'après l'aveu du sieur Körttge et de la dame Marti, « die wahre Absicht des Gale war damals lediglich die, seinen Nachlass den Armen von Calcutta zukommen zu lassen » (*Zeitschr. für französisches Civilrecht*, 1892, p. 691).

¹³¹⁹ Cette interprétation unitaire de la règle de conflit française en la matière, dont le Tribunal de Strasbourg est conscient qu'elle s'écarte de la vue dominante dans la littérature et la jurisprudence fran-

en se refusant catégoriquement à faire jouer le renvoi à la loi française du dernier domicile et de situation des immeubles¹³²⁰. La *District Charitable Society* fut dès lors déclarée légataire universelle en vertu de l'*Indian Succession Act* 1865.

Dans l'affaire *Creuzburg c. Niemayer et al.*, tranchée par *Reichsgericht* du 24 avril 1894¹³²¹, le *de cujus*, un sieur Hermann Wilhelm Schmidt, ressortissant de Hambourg, avait vécu dans cette ville avec son épouse jusqu'en 1863 ; le couple avait ensuite transporté son domicile à Francfort dont le sieur Schmidt avait acquis les droits de cité sans perdre ceux de Hambourg ; en 1882 les époux Schmidt s'étaient installés à Baden-Baden, où ils avaient établi un testament conjoint¹³²². Si celui-ci était valable selon les lois de Hambourg et de Francfort, désignées en tant que lois nationales par la règle de conflit badoise, sa validité était en revanche douteuse au regard du droit matériel badois, notamment de l'article 968 du *Landesrecht*, identique à l'article 968 du Code Napoléon. Attaqué par un neveu, Ernst Creuzburg, établi à Hambourg, le testament fut jugé valide et le renvoi invalidant tiré du droit international privé de Hambourg et de Francfort au droit badois du domicile fut résolument rejeté¹³²³.

C'est du précédent livré par cette décision que devait se réclamer le Tribunal supérieur de Karlsruhe dans l'affaire *Schlamb c. Knoll*¹³²⁴. Ressortissante de l'État de l'Ohio tout comme son époux prédécédé, Johann Peter Dietz, une dame Dietz avait vécu dans cet État américain jusqu'au décès de son époux en y établissant plusieurs testaments en faveur de sa sœur, une veuve Knoll, pour ensuite s'établir dans le Bade, où elle était décédée. Successibles *ab intestat* en vertu de la loi de l'Ohio, les consorts Schlamb, qui résidaient aux États-Unis¹³²⁵, poursuivaient, en vertu de cette même loi américaine, la nullité des dernières volontés de la testatrice du fait notamment de la violence exercée par

gaises (la scission entre la *lex rei sitae* et la *lex domicilii* « hat sich die in der französischen Rechtslehre und Rechtssprechung fast ausschliesslich herrschende Ansicht gebildet » : *Zeitsch. für französisches Civilrecht*, 1892, p. 691), prend appui entre autres sur la littérature de langue française la plus récente et la plus réceptive à l'influence mancinienne (le LG cite A. Weiss, *Traité Élémentaire de Droit international privé*, Paris, 1886, p. 135, et T.M.C. Asser / A. Rivier, *Éléments de droit international privé ou du Conflit de lois*, Paris, 1884, n° 61-63).

¹³²⁰ Le LG se montre sensible à l'argument du cercle vicieux : « würde der Richter endlos zwischen beiden Rechten hin- und hergeworfen werden ohne jemals zur Entscheidung zu gelangen » (*Zeitschr. für französisches Civilrecht*, 1892, p. 692).

¹³²¹ RG, 24 avr. 1894, in *BöhmSZ.*, 1895, p. 58 et *Zeitschr. für französisches Civilrecht*, 1894, p. 437.

¹³²² Plus exactement, lors de leur séjour à Baden-Baden, les époux Schmidt avaient établi trois testaments, mais seul le dernier, celui du 23 août 1889, était l'objet du pourvoi formé devant le *Reichsgericht*.

¹³²³ L'article 968 du *Landesrecht* badois fut qualifié par le Tribunal de l'Empire d'inhérent au fond de la succession et non à la forme du testament (*BöhmSZ.*, 1895, p. 59-60), ce qui entraîna l'application du § 2 de l'Édit constitutionnel badois de 1808.

¹³²⁴ OLG Karlsruhe, 23 oct. 1897 et RG, 19 avr. 1898, *Zeitschr. für französisches Civilrecht*, 1898, p. 432, *NiemeyersZ.*, 1899, p. 134.

¹³²⁵ Cf. *NiemeyersZ.*, 1899, p. 134 : « unter Ausschliessung ihrer in Amerika vorhandenen gesetzlichen Erben ».

l'héritière instituée. Par arrêt du 19 avril 1898, le Tribunal de l'Empire confirma l'arrêt d'appel qui avait en effet annulé les dispositions litigieuses en y déclarant applicable la loi matérielle de l'Ohio et négligeant de la sorte le renvoi tiré de cette loi à celle du for badois, lieu du dernier domicile de la *de cujus*¹³²⁶.

Voilà ce que livre l'ère de ce qu'on peut appeler l'ancien droit allemand. Sans surprise, la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de l'EGBGB est plus fournie.

§ 2. Décisions rendues sous l'empire de l'article 27 EGBGB

319. Dix-sept espèces. Dans cette deuxième séquence, on recense treize décisions ayant statué sur un conflit de renvoi au premier degré dont la plupart – toutes sauf deux – ont été prononcées avant l'effondrement du *Reich*. La majorité d'entre elles – dix sur treize – a retenu la loi allemande : il s'agit de deux arrêts du Tribunal de l'Empire, quatre jugements émanant de l'Alsace-Lorraine annexée, une décision thuringienne, deux du Tribunal caméral et une de Bavière (A). Les décisions ayant privilégié le droit étranger sont au nombre de trois, dont deux rendues en appel et une par la Cour suprême fédérale (*Bundesgerichtshof*) (B). Quatre affaires proposant un renvoi au deuxième degré méritent également d'être signalées (C).

A – Décisions ayant appliqué la loi allemande

320. Jurisprudence du Tribunal de l'Empire. Un conflit de renvoi franco-allemand était au centre de *Reichsgericht* du 27 novembre 1911¹³²⁷. Une dame B., citoyenne française, était décédée à Nice, *intestat* et sans enfants. Elle était copropriétaire avec ses frères et sœurs de plusieurs immeubles situés à Sarreguemines, dans la Moselle germanisée. Une fois la succession de B. ouverte, ses consorts avaient consenti à la création sur ces immeubles d'une servitude personnelle que n'avait en revanche pas autorisée le sieur B., époux survivant, lui aussi de nationalité française. Se prévalant de sa qualité de cohéritier au regard du droit allemand – qualité que lui déniait le droit français – le sieur B. avait assigné ses beaux-frères et belles-sœurs (ainsi que le bénéficiaire de la servitude), pour que celle-ci lui soit déclarée inopposable. Le Tribunal de l'Empire approuva les juges du fond¹³²⁸ de lui avoir donné satisfaction par application de la loi allemande, compétente au titre de *lex rei sitae* en vertu du renvoi tiré de la règle de conflit française du pays de la nationalité. Les difficultés en-

¹³²⁶ Tout en laissant entendre que la loi badoise aurait probablement conduit elle aussi à anéantir les instruments litigieux.

¹³²⁷ RG, 27 nov. 1911, *Entsch. RG*, 1911, p. 48 ; *NiemeyersZ.*, 1913, p. 344 ; *Rev. dr. int. pr.*, 1912, p. 424 ; *S.* 1912.4.30. Pour des extraits en langue française, v. É. Potu, *La question du renvoi*, p. 105.

¹³²⁸ Ceux-ci avaient estimé qu'« il y aurait d'autant moins de motifs d'écarter le renvoi qu'il assurerait un plus grand champ d'application à la loi allemande » (traduction et italique de É. Potu, *La question du renvoi*, p. 106).

traînées par la rupture du principe de l'indivisibilité de la succession auquel a souscrit le législateur allemand sont assumées par le *Reichsgericht*, qui ne les juge pas rédhibitoires¹³²⁹. La haute juridiction souligne par ailleurs l'importance de la vocation de la *lex rei sitae* consacrée par maintes dispositions de l'*EGBGB*¹³³⁰.

L'affaire *Becker c. Jacobsen* que vint sceller *Reichsgericht* du 13 décembre 1912 opposait quant à elle le droit allemand au droit autrichien et portait sur la validité, formelle semble-t-il, d'après la qualification retenue par les juges – mais la question resta sans conséquence sur l'issue du litige – des dernières volontés de la *de cuius*¹³³¹. Une telle question se posait en l'espèce comme préalable à la demande en dommages-intérêts formée par une dame Jacobsen, légataire, à l'encontre d'un sieur Becker, notaire allemand, que la demanderesse tenait pour responsable de l'invalidité du testament qu'il avait reçu de S. J., ressortissante autrichienne domiciliée en Allemagne où étaient également situés les biens litigieux. La loi allemande, qui retirait au père la qualité de témoin testamentaire et attachait à la présence de celui-ci la conséquence rigoureuse de la nullité du testament¹³³², était désignée au titre de *lex loci actus* par le droit international privé autrichien ; or la loi autrichienne était, d'après l'article 25 *EGBGB*, compétente au titre de loi nationale pour régir la succession, y compris, selon le Tribunal de l'Empire, la forme du testament¹³³³. La demanderesse eut donc gain de cause.

321. Jurisprudence alsacienne et thuringienne. Les décisions « impériales » que l'on vient de rapporter avaient été précédées d'une série de jugements alsaciens prononcés au lendemain de l'entrée en vigueur de l'*EGBGB* dans des affaires mettant là encore en cause des conflits franco-allemands de renvoi. Les comptes rendus de l'époque sont le plus souvent bien peu diserts. On sait

¹³²⁹ « Dass, wie die Revision geltend macht, die Sonderrechtsnachfolge in die inländischen Grundstücke zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Untrennbarkeit der Erbschaft und damit zu manchen Schwierigkeiten führt... ist zuzugeben, allein dies Bedenken ist für sich allein nicht durchgreifend » (*Entsch. RG*, 1911, p. 51).

¹³³⁰ « Nun gilt zwar im Bürgerlichen Gesetzbuch, wie im allgemeinen so auch für das Gebiet des Erbrechts, das sog. Personalstatut, jedoch keineswegs ausnahmslos ». Et le Tribunal de l'Empire d'en apporter des preuves : « Dass das Sachstatut, die *lex rei sitae*, nicht ausgeschaltet ist, zeigen die Vorschriften der Art. 7 Abs. 2, Art. 9 Abs. 2 Satz 1, Art. 11 Abs. 2 und für das Erbrecht Art. 28 in Verbindung mit Art. 25 » (*Entsch. RG*, 1911, p. 51).

¹³³¹ RG, 13 déc. 1912, *Jur. Woch.*, 1913, p. 333, *Rev. dr. int. pr.*, 1914, p. 464 ; v. pour des extraits, É. Potu, *La question du renvoi*, p. 108.

¹³³² Comme le prescrit notamment l'art. 2235 *BGB*.

¹³³³ En ce sens notamment le passage suivant (*Rev. dr. int. pr.*, 1914, p. 464) : « La succession aux biens de S.J... était, conformément à l'article 25 de la loi d'introduction au Code civil, régie par la loi autrichienne. En conséquence, c'est également au droit international privé autrichien qu'il appartenait de déterminer la forme de la disposition de dernière volonté » (v. ég. *ibidem*, p. 465 : « Mais il faut poser en principe que la loi qui régit la forme des actes juridiques est déterminée par le droit international de l'État à la loi duquel est soumis le rapport de droit qui forme l'objet de l'acte juridique »).

seulement que, par deux décisions du 24 décembre 1902¹³³⁴ et du 1^{er} juin 1904¹³³⁵, le Tribunal supérieur de Colmar soumit à la loi allemande la dévolution des biens immobiliers situés en Alsace-Lorraine laissés par un *de cujus* français domicilié en France et que, dans une espèce que l'on peut supposer comparable, le *Landgericht* Colmar par jugement du 16 décembre 1905 se rallia à la même solution¹³³⁶. On est un peu mieux renseignés sur l'affaire tranchée par OLG Colmar du 29 novembre 1907¹³³⁷ : le droit allemand fut ici de nouveau déclaré applicable à la succession immobilière sise en Alsace-Lorraine – qui constituait le gros de la masse héréditaire¹³³⁸ – d'une Française décédée lors d'un séjour à Strasbourg, mais ayant eu son dernier domicile à Vesoul, en France ; le renvoi à la loi allemande au titre de *lex situs* ne suffit pourtant pas à faire droit à la demande formée par le fils et tendant à obtenir un certificat d'héritier général (*unbeschränkte Erbschein*) du fait de l'existence d'autres meubles gouvernés, eux, par la loi française.

Émane également de cette période une décision de l'*Amtsgericht* Gera¹³³⁹ ayant statué sur la succession de W.E.H., homme d'affaires américain « no-toirement » domicilié en Allemagne, qui y avait laissé ses biens, la totalité semble-t-il¹³⁴⁰ ; se trouvant en possession d'un testament holographe, son épouse, de nationalité également américaine, en avait sollicité l'ouverture au *Nachlassgericht*, qui se reconnut compétent grâce à la situation des actifs à distribuer et de l'assujettissement à la loi allemande de leur distribution¹³⁴¹.

C'est d'une espèce semblable que fut saisi le Tribunal caméral de Berlin dans la première des deux décisions qu'il prononça au cours de cette période.

322. Jurisprudence du *Kammergericht*. Une citoyenne américaine, vraisemblablement d'origine allemande, était décédée dans l'État de l'Alaska en laissant un immeuble en Allemagne. La juridiction d'appel berlinoise déclara applicable la loi allemande au sort de cet immeuble du fait du renvoi tiré du droit de l'Alaska à la loi allemande en sa qualité de *lex rei sitae*¹³⁴². L'applicabilité de la loi allemande « ne serait-ce qu'à une seule partie de la succession » habilita la cour à faire droit à la demande d'ouverture du testament, formée par une per-

¹³³⁴ *Els. Loth. Not. Z.*, 1903, p. 41, *Zeitschrift für französisches Civilrecht*, 1903, p. 381, *Clunet*, 1905, p. 1060.

¹³³⁵ *Els. Loth. Not. Z.*, 1904, p. 277

¹³³⁶ *Els. Loth. Not. Z.*, 1906, p. 321.

¹³³⁷ OLG Colmar, 29 nov. 1907, *NiemeyersZ.*, 1908, p. 190.

¹³³⁸ « [I]hr Nachlass lediglich in Anteilen an Immobilien im *Landgerichtsbezirk* Colmar, sowie in Ersatzforderungen bestanden hat » (*NiemeyersZ.*, 1908, p. 191).

¹³³⁹ *NiemeyersZ.*, 1904, p. 399 et *Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt*, 1904, p. 124.

¹³⁴⁰ *NiemeyersZ.*, 1904, p. 400.

¹³⁴¹ En raison du conflit d'intérêts pouvant résulter de sa double qualité de cohéritière et de représentante des enfants mineurs, héritiers à leur tour, un curateur *ad hoc* fut nommé conformément au droit allemand, le droit américain de la nationalité de la mère n'organisant pas une telle mesure de protection.

¹³⁴² KG, 7 déc. 1916, *Jur. Woch.*, 1916, p. 1593, note D.S.

sonne, probable bénéficiaire de celui-ci, domiciliée en Allemagne. La requête avait en revanche été rejetée par l'instance inférieure en vertu de la loi de l'Alaska qui, pour les premiers juges, tenait sa vocation à en régir le bien-fondé de la nationalité américaine de la *de cujus*.

La seconde affaire tranchée par le *Kammergericht*¹³⁴³ roulait sur la destinée de la propriété située en Allemagne d'une ressortissante luxembourgeoise, Margarethe W., décédée *intestat* le 7 mai 1919 en ayant son dernier domicile au Luxembourg. D'après la loi allemande, mais non d'après le Code civil en vigueur au Luxembourg, Nikolaus W. en sa qualité d'époux survivant, était appelé à la succession en concours avec les enfants du couple, au nombre de dix. En écartant le principe suivi par le Tribunal supérieur de Cologne dans un arrêt du 27 août 1907 qui sera examiné plus loin¹³⁴⁴, les magistrats prussiens retinrent la loi allemande de situation de l'immeuble litigieux en conséquence du renvoi opéré par la règle de conflit française ayant cours au Luxembourg : « le fait que le droit allemand ne connaisse qu'une succession unitaire et soumise à un régime unique ne s'y oppos[e] pas car il s'agit là tout d'abord de la mise en œuvre d'une loi étrangère »¹³⁴⁵.

Il reste à étudier une fort longue décision bavaroise.

323. Une affaire bavaroise. Était en cause la succession aux meubles et aux immeubles laissés en Allemagne – il ne fut jamais question que de ceux-ci¹³⁴⁶ – par le comte Ernst Gotthard von M., noble germano-balte, de nationalité livlandaise¹³⁴⁷, nationalité qu'il avait perdue en émigrant en 1919 en Allemagne à la suite des turbulences politiques ayant frappé les provinces russo-baltes. Le *de cujus* avait acheté un domaine en Bavière qu'il avait habité – jusqu'à sa mort, survenue en 1922 – avec sa femme, Maria Dorothea, née von W., et un de ses fils, le comte Ernst Andreas von M. L'épouse survivante cherchait à se prévaloir de la qualité d'héritière unique et universelle qu'à défaut de testament va-

¹³⁴³ KG, 22 mars 1922, *Jur. Woch.*, 1922, p. 1130, note P. Klein.

¹³⁴⁴ *Infra*, n° 324.

¹³⁴⁵ *Jur. Woch.*, 1922, p. 1131.

¹³⁴⁶ « [B]ezüglich seines im Inlande befindlichen Nachlasses » (*Bay. ObLG Entsch.*, 1925, p. 273) ; « hinsichtlich seines im Deutschen Reiche belegenen Grundbesitzes » (*ibidem*, p. 276) ; « den im Deutschen Reich befindlichen Mobiliarrücklass » (*ibidem*, p. 276) ; « in Ansehung seines im Deutschen Reiche befindlichen Rücklasses » (*ibidem*, p. 279).

¹³⁴⁷ «... livländische[r] Staatsangehörige[] », et notamment originaire de Dorpat (la moderne Tartu, aujourd'hui en Estonie), siège d'une importante université, qui formait les élites germano-baltes et russes. La Livlande (ou Livonie) formait, avec la Courlande et l'Estlande, les trois provinces ou gouvernements baltes (*Ostseeprovinzen* ou *Ostseegouvernements*) de l'Empire russe. Le Code civil russe y avait été introduit en 1835, mais il avait été ensuite complété par ce qui allait être connu sous le nom de « droit provincial balte » (*baltisches Provinzialrecht*), tiré d'un recueil de dispositions d'origine hétérogène réunies sur ordre du tsar Alexandre II, dont la troisième partie, concernant le droit privé, date de 1864 (*Provincialrecht der Ostseegouvernements. Dritter Theil. Privatrecht. Liv-, Est- und Curländisches Privatrecht. Zusammenge stellt auf Befehl des Herrn und Kaisers Alexander II*, St. Petersburg, 1864).

lable lui accordait le droit russe en vigueur dans les provinces baltes¹³⁴⁸, les descendants ne bénéficiant, d'après ce droit, que d'une simple expectative (*Anwartschaft*) sur le patrimoine parental. Le comte Ernst Andreas von M., agissant aussi en qualité de représentant de son frère Arved, comte von M. et de sa sœur Anna, épouse von L., se réclamait d'un accord intervenu postérieurement au décès parmi les cinq intéressés – la mère et les quatre enfants – et sollicitait des autorités bavaroises un certificat d'héritier faisant état de la répartition égalitaire des biens allemands – et notamment de l'indivision du domaine bavarois – résultant de cet accord. En retenant la loi allemande désignée par la législation balte compétente en vertu de l'ancienne nationalité du *de cuius* à laquelle avait recours l'article 29 *EGBGB* en cas d'apatridie – en Allemagne se trouvaient le lieu de situation des immeubles et, s'agissant des meubles, le lieu à fois du domicile et de la résidence du *de cuius*¹³⁴⁹ –, le Tribunal supérieur bavarois, par arrêt du 25 octobre 1925 déclara la veuve héritière pour le quart et attribua le restant de la masse en parts égales aux quatre descendants¹³⁵⁰.

Moins nombreuses, mais non moins intéressantes, sont les décisions qui, au cours de cette période, avaient jugé préférable d'en rester à la loi étrangère.

B – Décisions ayant appliqué la loi étrangère

324. Deux décisions d'appel. Le contentieux tranché par le Tribunal supérieur de Cologne par arrêt du 27 août 1907 portait avant tout sur la compétence des tribunaux allemands pour délivrer un certificat d'héritier en faveur de la veuve de sieur D., laquelle le sollicitait pour elle et pour les trois enfants mineurs dont elle était la représentante légale¹³⁵¹. Citoyen néerlandais ayant eu son dernier domicile à Niederbardenberg, près d'Aix-la-Chapelle, le *de cuius* avait laissé des biens, y compris immobiliers, en Hollande et en Allemagne. Également néerlandaise, la demanderesse invoquait la protection du droit allemand qui l'appelait à la succession alors qu'elle en était exclue selon le droit néerlandais. Le Tribunal supérieur de Cologne approuva le *Landsgericht* d'Aix-la-Chapelle de l'avoir déboutée de sa demande par application de la loi néerlandaise sans faire jouer l'éventuel renvoi en faveur de la loi allemande. Selon les juges d'appel, à supposer même que le droit néerlandais désigne, pour les meubles, la loi du dernier domicile et non pas la loi nationale – ce qu'ils tiennent pour douteux en prenant appui sur la jurisprudence française la plus récente –, le renvoi ne saurait en tout cas prospérer car il aboutirait à un morcellement du régime successoral : les immeubles situés aux Pays-Bas demeu-

¹³⁴⁸ En l'occurrence les articles 1718 et 1719 du droit provincial balte de 1864, cité à la note précédente (*BayObLG Entsch.*, 1925, p. 275).

¹³⁴⁹ Par application, respectivement, des articles 33 et 34 de la troisième partie du droit provincial balte de 1864.

¹³⁵⁰ *BayObLG*, 16 oct. 1925, *BayObLG Entsch.*, 1925, p. 270.

¹³⁵¹ *Zeitschrift für das Notariat*, 1907, p. 222.

raient en effet, d'après l'article 77 du *Burgerlijk Wetboek* (calqué sur l'article 3 du Code civil), soumis au droit néerlandais. Or, « un tel morcellement est étranger au droit allemand »¹³⁵² et entraînerait un « conflit entre la loi étrangère et la loi du for ». L'« application correcte de l'article 27 EGBGB ne saurait conduire à un tel résultat car le but qu'il poursuit est précisément d'éviter des conflits et promouvoir la sécurité du commerce juridique interne »¹³⁵³. C'est pourquoi, « il faut, en conclusion, retenir, dans le cas d'espèce, ... non l'exception consacrée à l'article 27 EGBGB, mais bien la règle contenue à l'article 25 EGBGB »¹³⁵⁴.

Encore plus élaborée est la motivation que développe l'arrêt rendu le 14 juillet 1910 par le Tribunal supérieur de Colmar¹³⁵⁵. Celui-ci a fait résolument prévaloir la loi française qui était tout à la fois la loi de la nationalité et du domicile du *de cuius* ainsi que celle de la situation d'une partie des forces héréditaires ; le renvoi-retour à la loi allemande, en vigueur en Alsace-Moselle où se trouvaient quelques immeubles, est écarté de manière énergique. La localisation en France du double contact « nationalité et domicile » impressionne les juges qui considèrent qu'« à plus forte raison, il faut tenir la loi [étrangère] de la nationalité du défunt pour applicable si [le *de cuius*] avait [également] son domicile dans le pays dont il est ressortissant »¹³⁵⁶ et qu'en conséquence, « dans le cas présent, aussi bien selon le principe de la nationalité que selon celui du domicile, le droit français est applicable »¹³⁵⁷. L'argumentation des juges s'appuie sur la nature de norme exceptionnelle, partant réfractaire à une extension analogique, de l'article 27 EGBGB, et aussi sur l'observation que cet article, dans l'intention du législateur, vise à désamorcer l'opposition entre nationalité et domicile alors que le renvoi tiré de la loi de situation immobilière a été étranger à ses préoccupations. Les juges évoquent également « la contrariété à la conception du droit allemand du traitement morcelé de l'héritage selon la nature des biens » qui résulterait de l'acceptation du renvoi¹³⁵⁸. C'est sur ce multiple fondement qu'en vertu du droit français, ils déclarent le fils, un

¹³⁵² « Eine solche Trennung ist aber dem deutschen Recht fremd » (*Zeitschrift für das Notariat*, 1907, p. 226).

¹³⁵³ OLG Köln, 27 août 1907, *Zeitschrift für das Notariat*, 1907, p. 226 (« Zu diesem Ergebnisse kann aber die richtige Anwendung des Art. 27 EG z. BGB nicht führen, da er gerade den Zweck verfolgt, Kollisionen zu vermeiden und die Sicherheit des inländischen Rechtsverkehrs zu fördern »).

¹³⁵⁴ *Zeitschrift für das Notariat*, 1907, p. 226 (« Nach alledem muss im vorliegenden Falle angenommen werden, dass auf den Verstorbenen nicht die Ausnahme des Art. 27 EG z. BGB, sondern der die Regel enthaltende Art. 25 hinsichtlich des Erbrechts Anwendung findet »).

¹³⁵⁵ OLG Colmar, 14 juill. 1910, *NiemeyersZ.*, 1910, p. 411, *Clunet*, 1911, p. 1278 et S. 1912.4.15 ; de larges extraits sont reproduits par É. Potu, *La question du renvoi*, p. 103-105.

¹³⁵⁶ S. 1912.4.15.

¹³⁵⁷ C'est nous qui traduisons de la *NiemeyersZ.*, 1910, p. 414, les comptes rendus parus au *Clunet* et au *Sirey* ayant retranché ce passage.

¹³⁵⁸ « ob eine derartige Rückverweisung, die nicht das Rechtsverhältnis als Ganzes betrifft, sondern dem deutschen Richter eine mit der Auffassung des deutschen Rechts in Widerspruch stehende geteilte Behandlung der Erbschaft nach ihren einzelnen Bestandteilen aufzwingen würde » (*NiemeyersZ.*, 1910, p. 414).

sieur Y, domicilié en France, et vraisemblablement lui-même citoyen français, défendeur à la cause, héritier réservataire de son père et partant saisi de la succession en concours avec les légataires désignés par celui-ci.

Engagé après l'avènement de la République fédérale, le dernier litige, auquel mit fin un grand arrêt de la Cour suprême fédérale, tirait son origine des méfaits du troisième *Reich*.

325. Entrée en scène du *Bundesgerichtshof*. Il s'agissait de la demande de restitution de la quote-part revenant au *de cujus*, un certain H.R., de plusieurs immeubles sis en Allemagne ayant appartenu à la société Weberei KG, dont il avait été associé commanditaire. À la suite de l'aryanisation de la société en 1936, les biens de la Weberei KG avaient été transférés à la firme W.O. C'est à l'encontre de celle-ci que se dirigeait la demande en restitution, formée en vertu du *Rückertstattungsgesetz* applicable à la zone sous contrôle américain, par les héritiers des anciens associés, dont la fille de H.R. que celui-ci, décédé apatride en Californie, avait nommée héritière universelle. Une autre fille agissait pour obtenir la réserve que lui assurait le droit allemand qui était, à ses dires, compétent par renvoi tiré du droit californien au titre de *lex rei sitae*. Par arrêt du 5 juin 1957, la Cour suprême fédérale préféra qualifier la demande litigieuse comme tendant à la restitution de la part dont le *de cujus* avait été titulaire dans l'ancienne Weberei KG et comme mettant de ce chef en cause une succession aux meubles, et ce malgré la nature assurément immobilière des biens disputés¹³⁵⁹. En conséquence, elle se prononça pour le droit californien tout en soulignant la pertinence de l'application restrictive d'un renvoi aboutissant à méconnaître le principe de l'unité de la succession que fait sien l'*EGBGB*¹³⁶⁰.

Une série d'affaires suscitant un renvoi au deuxième degré fut, dans cette période, portée à l'attention des tribunaux.

C – Conflits de renvoi au deuxième degré

326. Affaires recouvrant un renvoi-retour. C'est bien un conflit de renvoi analogue *mutatis mutandis* à ceux dont il a été question jusqu'ici qu'il fallait trancher. En effet, la règle de conflit de l'État placé au bout de cette chaîne de désignations – c'est-à-dire l'État étranger désigné *en deuxième lieu* par la règle de

¹³⁵⁹ BGH, 5 juin 1957, *BGHZ* 24, 352, *IPRspr.*, 1956/1957, p. 469, *NJW*, 1957, p. 10, *MDR*, 1957, p. 733, note J. Thieme, *FamRZ.*, 1957, p. 314, *RIW*, 1957, p. 148, *WM* IV B 1957, p. 11, *ZMR*, 1957, p. 353.

¹³⁶⁰ « Es besteht daher vom Standpunkt des deutschen Kollisionsrechts aus kein Anlass, die sich aus der Anwendung des Art. 27 *EGBGB* ergebenden Nachlassspaltung weiter durchzuführen, als es durch diese Vorschrift unbedingt gefordert wird » (*IPRspr.*, 1956/1957, p. 479). Parmi les *Leitsätze* composés par la rédaction de *IPRspr.*, v. not. la suivante : « diese Rückverweisung ist vom deutschen Recht anzunehmen, jedoch nicht weiter durchzuführen, als unbedingt erforderlich, da das deutsche Recht vom Grundsatz der Nachlasseneinheit ausgeht ». À l'appui de l'interprétation restrictive qu'elle retient de la disposition sur le renvoi, la Cour fédérale convoque P.H. Neuhaus, note sous OLG Frankfurt a.M., 2 juill. 1953, *RabelsZ.*, 1954, p. 558 et L. Raape, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., p. 389.

conflit de l'État étranger convoqué *en premier lieu* par la règle de conflit allemande du for – « renvoyait » de son côté vers le droit d'un des deux États qui le précédaient dans cette suite de références¹³⁶¹. Plus exactement, dans deux espèces, c'est vers le *droit allemand* que la désignation en retour s'opérait : voilà qui ramène à un renvoi au premier degré impliquant le droit allemand (1) ; dans les autres, c'est le *droit de l'État étranger désigné en premier lieu* que visait la désignation en retour faite par la règle de conflit de l'État convoqué en deuxième lieu. C'est alors un conflit de renvoi au premier degré entre deux lois étrangères qu'eurent à arbitrer les juridictions allemandes (2).

1. *Conflits équivalents aux conflits de renvoi au premier degré mettant en cause la loi allemande et une loi étrangère*

327. Le pays étranger désigné en deuxième lieu désigne le droit allemand. Il semble que cette catégorie englobe d'abord la contestation s'élevant de la succession d'August C., citoyen hongrois domicilié en Autriche. Le *de cujus* était décédé à Munich, laissant pour lui succéder deux enfants mineurs, Robert et Alexander, qu'il avait institués héritiers des trois immeubles qu'il possédait à Hanovre¹³⁶². Par l'intermédiaire de leur mère qui agissait en leur nom, ceux-ci avaient obtenu un certificat d'héritier général et s'opposaient au paiement des impôts relatifs à l'ouverture du testament en excipant, entre autres arguments, de l'incompétence des tribunaux munichois du fait de la soumission de la succession à une loi étrangère. Dans un arrêt rendu le 31 mars 1913¹³⁶³, le Tribunal supérieur de Bavière affirma la compétence des autorités bavaroises au motif que « l'activité du tribunal étranger [le *Bezirksgericht* de Klagenfurt, lieu du dernier domicile]¹³⁶⁴ ne s'est pas étendue aux actifs se trouvant en Allemagne qui forment la masse successorale » et qu'« à l'égard de cette succession, se

¹³⁶¹ Il n'était donc pas question, dans ces affaires, de *Weiterverweisung* « acceptée », situation qui échappe, on l'a vu, au « renvoi » au sens propre, puisqu'elle ne comporte pas de désignation en « retour », c'est-à-dire vers l'un des pays « envoyants », et qui ne soulève dès lors pas de difficultés. V. *supra*, n° 127.

¹³⁶² La prudence s'impose car si le conflit entre la loi hongroise et la loi autrichienne a des chances d'être un « vrai conflit » (hormis la période 1852-1861, l'*ABGB* n'a pas eu cours en Hongrie : v. K. Gönczi, *Die europäischen Fundamente der ungarischen Rechtskultur – Juristischer Wissenstransfer und nationale Rechtswissenschaft in Ungarn zur Zeit der Aufklärung und im Vormärz*, Frankfurt a.M., 2008), le juge munichois omet d'expliquer par quel moyen il a été « transporté » vers l'ordre autrichien. Il est vrai qu'un important corps de décisions hongroises de l'époque retenait comme facteur de rattachement le domicile, y compris à l'égard des immeubles étrangers (v. les décisions de la Curie royale de Hongrie entre 1905 et 1918 citées par I. Schwartz, « Massgebliches örtliches materielles Recht in Bezug auf die in Ungarn abzuhandelnden Verlassenschaften von Ausländern », *NiemeyersZ.*, 1920, p. 358-359), auquel cas le droit hongrois de la nationalité désignerait le droit autrichien du domicile qui appellerait en cause le droit allemand de situation des immeubles litigieux. Mais ce courant jurisprudentiel n'était pas majoritaire et l'idée était assez répandue qu'en Hongrie avait cours le rattachement à la *lex patriae* (sur une telle indécision, v. I. Schwartz, *ibidem*, p. 355).

¹³⁶³ BayObLG, 31 mars 1913, *BayObLG Entsch.*, 1913, p. 201.

¹³⁶⁴ C'est le tribunal dans le ressort duquel le testament avait été établi et qui avait procédé à son ouverture et sa publication : cf. *BayObLG Entsch.*, 1913, p. 203.

composant exclusivement de biens immobiliers [situés en Allemagne], en vertu du § 300 de l'ABGB autrichien qui, pour les immeubles, désigne les lois du *Bezirk* où ils se trouvent, les lois allemandes sont applicables »¹³⁶⁵.

Tranchée par le même tribunal soixante ans plus tard, la deuxième affaire a pour protagoniste une dame Bertha Louise H.¹³⁶⁶ Née sudafricaine, elle était devenue allemande en 1913 à la suite de son mariage avec Friedrich S. Les époux S. avaient vécu en Allemagne, à Lindau, pendant la grande partie de leur vie, y compris au cours des dix ans qui suivirent leur divorce, prononcé en 1947, à la suite duquel Bertha Louise H. avait réintégré la nationalité sudafricaine. En novembre 1958, elle s'était installée en Suisse, où elle était décédée en avril 1960. Par arrêt du 15 décembre 1972, la Cour régionale bavaroise approuva l'*Amtsgericht* de Lindau d'avoir soumis à la loi allemande la dévolution des biens situés en Allemagne, seul objet du certificat d'héritier sollicité du *Nachlassgericht*¹³⁶⁷ et constituant, en tout état de cause – le tribunal insiste sur ce point – l'essentiel de la fortune laissée par la défunte¹³⁶⁸. La loi allemande était compétente, expliquent les juges, s'agissant des immeubles, en vertu du renvoi effectué par la règle de conflit sudafricaine vers la *lex rei sitae* et, quant aux meubles, soit du fait du renvoi opéré par la règle de conflit sudafricaine à la loi du dernier domicile, soit, dans la mesure où l'on estimait que le dernier domicile se trouvait en Suisse, du fait du renvoi au deuxième degré tiré de la règle de conflit suisse¹³⁶⁹ à la loi allemande du domicile qu'avait Bertha Louise H. en 1946, c'est-à-dire au moment de conclure le pacte successoral (*Erbvertrag*) avec Friedrich S. qui, à l'époque, était encore son mari. Ce pacte contenait une institution réciproque d'héritier liant, d'après le droit allemand, la *de cuius*. Son (ex) conjoint survivant fut dès lors déclaré héritier universel et ce en dépit du testament qu'elle avait établi en 1959 par lequel elle disposait de ses biens au profit de son petit-fils Peter.

2. Conflits équivalents aux conflits de renvoi au premier degré impliquant deux lois étrangères

328. Le pays étranger désigné en deuxième lieu désigne le droit du pays étranger désigné en premier lieu. A.F.G.R, un Belge ayant eu son dernier domicile en Russie, où il était décédé *intestat* en 1908, marié sans enfants, avait laissé l'intégralité de ses biens, immeubles et meubles – ces derniers en consti-

¹³⁶⁵ *BayObLG Entsch.*, 1913, p. 202-203.

¹³⁶⁶ *BayObLG*, 15 déc. 1972, *BayObLGZ.*, 1972, p. 383, et *IPRspr.*, 1972, p. 348.

¹³⁶⁷ Dans le certificat d'héritier établi par le AG Lindau (et reproduit dans la décision de l'OLG, *IPRspr.*, 1972, p. 349), on lit comme suit : « Dieser Erbschein bezieht sich nur auf den im Inland befindlichen beweglichen und unbeweglichen Nachlass ».

¹³⁶⁸ *IPRspr.*, 1972, p. 350, n° 4 a) : « das Recht, das den wesentlichen Teil der Erbfolge beherrscht », et n° 4 b) : « dass deutsches Recht den wesentlichen Teil der Erbfolge beherrscht ».

¹³⁶⁹ Article 25 de la Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.

tuant la plus grande part –, en Russie dont le système prérévolutionnaire penchait, à l'égard des meubles, pour le rattachement à la nationalité¹³⁷⁰. Un juge de Saint-Petersbourg avait établi un certificat d'héritier conformément au droit russe en faveur de l'épouse survivante et de deux neveux, E.R. et O.R. Deux sœurs de ces derniers, exclues de la succession par la loi russe, réclamaient la part que leur octroyait la loi belge. Le Tribunal supérieur de Cologne statua en faveur de la loi russe, du fait que « la totalité de la succession, mobilière et immobilière, se trouve en Russie, le *de cuius* y avait son domicile et au surplus un tribunal russe s'était déjà occupé de l'affaire en prononçant une décision [par application de cette loi] »¹³⁷¹.

La succession d'une ressortissante belge était également en cause dans la dernière affaire qui, un demi-siècle plus tard, monta jusqu'à la Cour suprême. Domiciliée en Suisse, la *de cuius* était propriétaire d'immeubles en Belgique et de meubles en Allemagne, aux Pays-Bas, en Suisse et en Autriche et avait désigné le droit belge pour régir les uns et les autres. Par arrêt du 2 mai 1966¹³⁷², le BGH approuva la décision d'appel d'avoir retenu la loi belge à l'égard de l'intégralité des forces héréditaires. La Cour constate d'abord que le droit belge de la nationalité, convoqué par la règle de conflit allemande, désigne à son tour, pour les meubles, la loi suisse du domicile et que la règle de conflit helvétique permet à un étranger domicilié en Suisse de soumettre le sort de ses biens à sa loi nationale. La Cour observe ensuite que « la *de cuius* a, dans ses dernières volontés..., désigné expressément la loi belge en tant qu'applicable à sa succession » et en tire la conclusion qu'« il y a lieu d'accepter ce renvoi-retour vers la loi belge car il conduit à une uniformité malgré les différentes règles de conflit » en cause. Une telle solution revient au demeurant – remarque-t-elle encore – à respecter l'unité du régime successoral à laquelle souscrit le droit international privé allemand, sauf pour ce qui est, en l'espèce, d'un immeuble situé en Autriche, à l'égard duquel les hauts magistrats font état de l'accord des systèmes belge et autrichien pour le soumettre à la loi autrichienne¹³⁷³.

Il est temps d'envisager la période qui s'étend de la réforme de 1986 jusqu'à nos jours.

¹³⁷⁰ Comme l'explique KG, 2 juill. 1925, *Jur. Woch.*, 1925, p. 2142.

¹³⁷¹ Ce passage de la décision d'appel est reproduit in *Entsch. RG*, 1918, p. 140. Par arrêt du 8 novembre 1917 (*Entsch. RG*, 1918, p. 139), le Tribunal de l'Empire confirma l'application de la loi russe désignée par la règle de conflit belge aux biens immeubles situés en Russie en constatant « qu'il n'y a pas de contradiction entre les systèmes belge et russe », tandis que, s'agissant des meubles, il renvoya l'affaire aux juges du fond pour qu'ils établissent la teneur de la règle de conflit belge pertinente.

¹³⁷² BGH, 2 mai 1966, *BGHZ* 45, 351, *NJW*, 1966, p. 2270, *IPRspr.*, 1966-1967, n° 3, *AWD*, 1966, p. 331, *DB*, 1966, p. 1353.

¹³⁷³ Au grief adressé aux premiers juges par le recourant de ne pas avoir vérifié si le droit belge accepte effectivement le renvoi tiré du droit suisse, la Cour suprême répond, entre autres, que la preuve du fait qu'il n'en serait pas ainsi, et que la décision fondée sur le droit belge ne serait pas reconnue en Belgique, n'avait pas été rapportée : *NJW*, 1966, p. 2271.

§ 3. Décisions postérieures à 1986

329. Sept décisions contre une. Sous le régime de la *Sinnklausel* inscrite à l'article 4 *EGBGB* refondu, six arrêts de cours d'appel – de Karlsruhe, Zweibrücken (Deux-Ponts), Cologne et, à trois reprises, de Bavière – et un jugement bavarois de première instance ont tranché en faveur de la loi allemande le conflit de renvoi au premier degré provoqué par les affaires portées devant eux (A). Si cette séquence n'offre qu'une seule décision qui a fait prévaloir la loi étrangère, il s'agit cependant de la seule qu'a prononcée la Cour suprême (B).

A. – Décisions ayant appliqué la loi allemande

330. Une succession d'arrêts de Tribunaux supérieurs. Dans l'affaire tranchée par l'OLG Karlsruhe le 29 juin 1989¹³⁷⁴, le *de cujus*, allemand d'origine mais naturalisé en 1963 citoyen américain, avait convolé au Mexique avec une ressortissante japonaise en 1985 et était décédé peu après en ayant son dernier domicile au Texas. Il avait laissé en Allemagne un immeuble et des meubles. Se prévalant d'un jugement rendu au Texas le 10 juillet 1987 qui, à défaut d'enfants, la reconnaissait héritière de l'intégralité du patrimoine – en vertu, semble-t-il, des règles sur la succession *ab intestat* de cet État fédéré –, l'épouse avait saisi le *Nachlassgericht* d'une requête en certificat d'héritier attestant sa titularité des actifs allemands, meubles et immeubles. S'y opposaient, notamment à propos de l'immeuble¹³⁷⁵, le frère et deux sœurs du *de cujus*, lesquels entendaient profiter du renvoi opéré par la règle de conflit texane en faveur du droit allemand qui les appelait à la succession pour un sixième de la masse. Assumant sans trop de peine le morcellement de la succession, le tribunal successoral puis le Tribunal supérieur donnèrent efficacité à la loi allemande et satisfaction aux collatéraux du *de cujus* qui en invoquaient le bénéfice¹³⁷⁶.

Par arrêt du 24 février 1992, le Tribunal supérieur de Cologne se prononça sur la succession d'un ressortissant belge marié à une Allemande et ayant à son décès, et depuis longtemps semble-t-il, à la fois son domicile et sa résidence habituelle à Cologne¹³⁷⁷. Sans enfants, les époux, dont chacun avait, par testament établi en 1976 devant notaire, disposé en faveur de l'autre et, pour le cas du prédécès de l'autre, en faveur de la mère de l'épouse, furent assassinés la même nuit (du 28 au 29 juin 1989) sans que l'on sache qui était décédé avant l'autre. Les biens de l'époux étaient revendiqués, d'une part, par les héritiers de la mère de l'épouse, et, d'autre part, par la cousine du défunt au titre de pa-

¹³⁷⁴ OLG Karlsruhe, 29 juin 1989, *ZfJ*, 1989, p. 560, *Justiz*, 1989, p. 481, *NJW*, 1990, p. 1420, *IPRax*, 1990, p. 407, note K. Schurig, *ibidem*, p. 389, *IPRspr.*, 1989, p. 357.

¹³⁷⁵ Le sort des meubles situés en Allemagne n'est pas évoqué dans la décision.

¹³⁷⁶ « Sollte sich in den Vereinigten Staaten weiteres bewegliches oder unbewegliches Vermögen befinden, ist von zwei getrennten Nachlässen, von einer sog. 'Nachlassspaltung' auszugehen ».

¹³⁷⁷ OLG Köln, 24 févr. 1992, *IPRax*, 1994, p. 376.

rent de sang le plus proche. Par renvoi tiré de la règle de conflit belge, la loi allemande fut retenue en sa qualité de loi du domicile – les parties s'accordaient sur ce que le défunt avait eu en Allemagne le centre permanent de sa vie – et aussi en tant que loi de situation immobilière. Seule la dévolution d'une maison sise en France fut soumise à la loi française par opération du renvoi au deuxième degré tiré de la loi belge de la nationalité à la loi française du *situs*, renvoi accepté par la règle de conflit française. Voilà qui permit au *Nachlassgericht* de se reconnaître compétent pour émettre le certificat d'héritier visant les biens soumis au droit allemand.

Par arrêt du 11 mai 1994¹³⁷⁸, le Tribunal supérieur de Zweibrücken (Deux-Ponts) décida qu'il y avait lieu d'appliquer la loi allemande à la succession d'un citoyen britannique domicilié au Royaume-Uni qui avait laissé plusieurs immeubles dispersés entre l'ancienne RFA et l'ancienne RDA. La vocation de la loi allemande à régir l'espèce prenait appui, d'après les juges, soit sur la désignation du testateur faite conformément aux termes de l'article 25 al. 2 *EGBGB* – choix dont l'existence était cependant en l'occurrence douteuse – soit, en tout cas, sur le renvoi opéré par la règle de conflit britannique au profit de la loi allemande de situation des immeubles conformément aux termes de l'article 4 par. 1 *EGBGB*. La succession ayant été ouverte avant le 3 octobre 1990, c'est-à-dire avant la réunification de l'Allemagne, il en résulta un morcellement au point qu'il fallut émettre deux certificats partiels d'héritier ajustés aux lois civiles en vigueur à l'époque du décès dans l'une et dans l'autre république.

Une série de décisions bavaroises vient compléter ce tableau.

331. Quatre arrêts bavarois. La contestation qu'eut à régler BayObLG du 5 mai 1988 concernait la succession d'une citoyenne allemande devenue britannique par son troisième mariage mais ayant eu son (troisième) domicile conjugal ainsi que son dernier établissement en Allemagne¹³⁷⁹. C'est dans ce pays qu'était sise l'intégralité de sa fortune, mobilière et immobilière, dont le gros était constitué d'une entreprise familiale héritée de son père adoptif et de l'épouse de celui-ci. Sa fille ayant renoncé à ses droits sur la succession par pacte successoral établi conformément au droit allemand, la *de cujus* avait désigné pour légataires universels ses deux fils en parts égales. Ceux-ci avaient saisi le *Nachlassgericht* d'une requête en certificat d'héritier conjoint, à l'émission duquel s'opposait leur sœur, qui soutenait que l'entreprise litigieuse ne tombait pas dans la succession de leur mère. Statuant préalablement sur la loi applicable, notamment pour définir la portée de la compétence des tribunaux allemands et de l'*Erbschein* qu'il y avait lieu de délivrer, les juges d'appel, en prenant appui sur l'article 4 par. 1 *EGBGB*, firent jouer le renvoi opéré par la règle de conflit britannique au profit de la loi allemande en tant que, tout à la fois, loi

¹³⁷⁸ OLG Zweibrücken, 11 mai 1994, *Rpfleger*, 1994, p. 466, *IPRspr.*, 1994, p. 271.

¹³⁷⁹ BayObLG, 5 mai 1988, *FamRZ.*, 1988, p. 1100.

de situation et loi du dernier domicile. « La défunte n'ayant pas laissé de biens immobiliers en Grande-Bretagne », son patrimoine se trouvait donc « soumis exclusivement au droit allemand ».

C'est également pour mesurer d'abord le pouvoir d'émettre un certificat d'héritier que la question du droit applicable à la succession, et par là du renvoi, fut discutée par le Tribunal supérieur bavarois dans sa décision du 12 décembre 2000¹³⁸⁰. Une citoyenne néerlandaise était décédée avec dernier domicile en Allemagne, où elle avait habité « plusieurs décennies »¹³⁸¹. Veuve et sans enfants, son patrimoine « se compos[ait] essentiellement d'avoirs bancaires déposés en Allemagne ». Un membre de la famille du mari prédécédé avait sollicité à son avantage un certificat d'héritier universel en se réclamant d'une procuration par laquelle la *de cuius* lui conférait le pouvoir de disposer de l'intégralité de ses avoirs ; ce à quoi les petits-enfants d'un oncle de la défunte opposaient qu'il ne s'agissait pas d'un acte testamentaire. Constatant que la règle de conflit allemande désignait la loi néerlandaise de la nationalité, les juges munichois, au visa ici de nouveau de l'article 4 par. 1 EGBGB, furent renvoyés vers les dispositions de la Convention de La Haye de 1989 qu'avait « nationalisée » la loi néerlandaise sur le droit international privé en matière successorale entrée en vigueur en 1996¹³⁸². Or, ces dispositions désignent la loi de la résidence habituelle dès lors que cette résidence se poursuit depuis plus de cinq ans, à moins que le *de cuius* n'ait, au moment du décès, entretenu de « lien manifestement plus étroits » avec l'État de sa nationalité¹³⁸³. Observant qu'en l'espèce « il n'existait pas de tels liens plus significatifs avec les Pays-Bas », la Cour retint la loi allemande et, en vertu du principe du *Gleichlauf*, décida qu'elle était compétente à statuer sur l'affaire. Aucun des plaideurs ne semble au demeurant s'être opposé à l'efficacité de la loi allemande.

Un tel désaccord ne ressort pas non plus du différend tranché le 3 août 2001 par la même Cour¹³⁸⁴. Allemande d'origine, titulaire au moment de son décès de la nationalité suisse, vraisemblablement du fait d'un troisième mariage, la *de cuius*, qui résidait en Allemagne, avait, dans ses dernières volontés, expressément désigné le droit allemand comme applicable à la validité du testament et plus généralement à sa succession et nommé son troisième époux hé-

¹³⁸⁰ BayObLG, 12 déc. 2000, *NJW-RR*, 2001, p. 297, *FamRZ*, 2001, p. 1101, *ZEV*, 2001, p. 487, *IPRSpr.*, 2000, p. 209.

¹³⁸¹ « [S]eit mehreren Jahrzehnten » : v. le « Leitsatz », *IPRSpr.*, 2000, p. 209.

¹³⁸² Convention sur la loi applicable aux successions à cause de mort, conclue le premier août 1989.

¹³⁸³ Article 3 – « 1. La succession est régie par la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, lorsque le défunt possédait alors la nationalité de cet État. 2. La succession est également régie par la loi de l'État dans lequel le défunt avait sa résidence habituelle au moment de son décès, s'il avait résidé dans cet État pendant une période d'au moins cinq ans précédant immédiatement son décès. Cependant, dans des circonstances exceptionnelles, si le défunt avait, au moment de son décès, des liens manifestement plus étroits avec l'État dont il possédait alors la nationalité, la loi de cet État est applicable ».

¹³⁸⁴ BayObLG, 3 août 2001, *BayObLGZ*, 2001, p. 203, *Rpfleger* 2001, p. 597, *FamRZ*, 2002, p. 274, *ZEV*, 2001, p. 483, *IPRSpr.*, 2001, p. 232.

ritier universel¹³⁸⁵. La quote-part de 50 % d'un terrain sis en Allemagne constituait l'essentiel de la masse à distribuer. La demande d'émission d'un certificat d'héritier unique formée par l'époux survivant se heurta à l'opposition de la belle-fille et de la petite-fille de la défunte. Les juges se résolurent à délivrer le certificat en retenant le droit allemand comme applicable à la requête : s'il est vrai que, d'après l'article 25 al. 2 EGBGB, la *professio juris* n'est efficace que pour les immeubles sis en Allemagne, le *Erbstatut* est, en tout cas, compte tenu des circonstances de l'espèce, par application de l'article 4 par. 1 EGBGB, régi par le droit allemand grâce au renvoi que fait au profit de celui-ci la règle de conflit suisse inscrite à l'article 91 LDIP.

C'est encore de l'héritage d'un Helvète installé depuis longtemps semble-t-il en Allemagne qu'il s'agissait dans LG Kempten 8 août 2002¹³⁸⁶. Le *de cuius* était co-titulaire d'une société en commandite de siège allemand, le contrat de société comportant une clause d'accroissement au bénéfice des associés survivants. C'est à l'encontre de ceux-ci que le fils exhéredé du *de cuius* avait dirigé l'action en réduction prévue par la loi suisse jusqu'à concurrence de la réserve qu'une telle loi lui accordait, au regard de laquelle en effet l'accroissement revenait à une libéralité. En prenant appui, entre autres, sur la décision d'appel du 3 août 2001 dont on vient de rendre compte, le juge débouta le descendant de ses prétentions au motif que la loi allemande du domicile était, par renvoi du droit suisse, applicable à la cause et qu'elle autorisait la clause d'accroissement tout en excluant l'obligation de dédommager les héritiers¹³⁸⁷. Il observa par ailleurs que la « désharmonie » résultant de ce que le juge suisse retiendrait le droit suisse de son côté, « s'en trouv[ait] cependant atténuée par la possibilité de l'option de législation que la loi accorde au *de cuius* »¹³⁸⁸.

Tournons-nous à présent vers la seule affaire qui soit montée à la Cour suprême et qui n'est pas sans rappeler celle qu'elle avait tranchée quarante-trois plus tôt¹³⁸⁹.

¹³⁸⁵ La teneur d'une telle *professio iuris* est reproduite dans l'arrêt (*IPRspr.* 2001, p. 232 : « Ich bin Schweizer Staatsangehöriger und wohnhaft in Niederbayern. Für die Errichtung des Testaments und den Erbfall wird von mir deutsches Recht gewählt »).

¹³⁸⁶ LG Kempten, 8 août 2002, *IPRax*, 2004, p. 530, note H. Dörner, p. 519, *IPRspr.*, 2002, n° 118, *NJW-RR*, 2002, p. 1588, *ZEV*, 2003, p. 165 et le compte rendu de G. Hohloch, in *JuS*, 2003, p. 298.

¹³⁸⁷ Il n'y a pas lieu, pour le tribunal, de décider si cette question relève du droit des successions ou du droit des sociétés, car la loi désignée est, dans les deux hypothèses, la loi allemande (cf. H. Dörner, *IPRax*, 2004, p. 520).

¹³⁸⁸ « Die entstehende Disharmonie dergestalt, dass ein deutscher Rechtssanwender zur Anwendung deutschen Rechts gelangt, während ein Schweizer Rechtssanwender zur Anwendung Schweizer Recht gelangt, wird entschärft durch die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit der Rechtswahl durch den Erblasser, weshalb die bestehende Disharmonie hinzunehmen ist » (*IPRax*, 2004, p. 290).

¹³⁸⁹ *Supra*, n° 325.

B – Décision ayant appliqué la loi étrangère

332. Un autre arrêt-phare de la Cour suprême fédérale¹³⁹⁰. En profitant du *Vermögensgesetz* adopté à la suite de la réunification allemande¹³⁹¹, un citoyen américain résidant dans l'État de l'Ohio avait demandé en 1990 la restitution de deux immeubles situés dans l'ancien Berlin-Est dont son père avait été exproprié en 1938-1939. Par testament établi dans l'État de l'Ohio conformément aux règles, de forme et de fond, de cet État fédéré, le *de cuius* avait institué héritière universelle sa seconde épouse, également américaine. Deux ans après son décès survenu en 1995, les immeubles furent restitués à l'épouse ainsi qu'il en avait exprimé le désir dans ses dernières volontés. Les enfants qu'il avait eus de sa première femme, elle aussi américaine, invoquaient la réserve d'1/12^e chacun, prévue par le droit allemand de situation, lequel était applicable selon eux du fait du renvoi tiré du droit de l'État de l'Ohio. En se ralliant à la décision d'appel du *Kammergericht*, la Cour n'a pas cru devoir leur accorder un tel bénéfice à l'encontre de la volonté du testateur, clairement exprimée, de les exclure de la succession¹³⁹². Elle parvint à cette conclusion moyennant la qualification du droit à la restitution des immeubles comme ayant une « nature non immobilière », en tout cas « dans la mesure – lit-on dans le dispositif – où selon le droit international privé étranger, le droit allemand n'est applicable par renvoi qu'en tant que droit du lieu de situation »¹³⁹³.

C'est sur cet arrêt, fort controversé on le verra¹³⁹⁴, que s'achève ce survol de la jurisprudence allemande. Plaçons-la à présent sous l'éclairage des critères que nous avons proposés pour réconcilier la thèse favorable au renvoi et l'antithèse qui s'y oppose.

¹³⁹⁰ BGH, 10 mai 2000, *BGHZ* 144, p. 251, *NJW*, 2000, p. 2421, *IPRax*, 2002, p. 40, *MDR*, 2000, p. 887, *VIZ*, 2000, p. 470, *ZfIR*, 2000, p. 628, *WM*, 2000, p. 1755, *ZOV*, 2000, p. 320, *NotBZ*, 2000, p. 337, *NJ*, 2000, p. 546, *JR*, 2001, p. 234, et les commentaires d'E. Umbeck, *IPRax*, 2002, p. 33, T. Rauscher, *JR*, 2001, p. 235, K. Lüdecke-Glaser, *NotBZ*, 2000, p. 338 et l'étude de O. Hartweg, « International Trade Law und die deutsche Justiz – Nebst Case Study zum renvoi durch Qualifikation im Rechtsvergleich », *ZVGIRWiss.*, 2002, p. 434.

¹³⁹¹ « Gesetz zur Regelung offener Vermögensfragen », qui constitue l'« Annexe II » de l'« Einigungsvertrag » du 31 août 1990 (O. Hartweg, « International Trade Law und die deutsche Justiz », p. 450).

¹³⁹² *IPRax*, 2002, p. 40 : « der Erblasser... seine Kinder aus erster Ehe von der Erbfolge vollständig ausschliessen wollte ».

¹³⁹³ « Ansprüche aus dem Vermögensgesetz auf Restitution eines Grundstücks sind nicht als unbewegliches Vermögen zu qualifizieren, wenn nach dem massgebenden ausländischen Kollisionsrecht nur insoweit auf deutsches Recht als das Recht der beleghenen Sache zurückverwiesen wird » (*IPRax*, 2002, p. 40).

¹³⁹⁴ *Infra*, n° 345.

Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence

333. Décompte final. On dénombre trente décisions au total, dont deux ont statué sur des situations de renvoi au deuxième degré recouvrant des conflits au premier degré impliquant la loi allemande. Sept décisions – quatre de juridictions suprêmes : RG et BGH – ont appliqué le droit étranger tandis que vingt-trois ont retenu le droit du for. Des deux décisions statuant sur des affaires de renvoi au deuxième degré recouvrant un conflit de renvoi-retour entre deux lois étrangères, l'une d'elles a fait jouer le droit étranger désigné en premier lieu, l'autre le droit étranger convoqué en deuxième lieu. Afin d'établir à quel point les principes de proximité et d'autonomie sont capables de rendre compte de ces résultats, reprenons la tripartition adoptée jusque-là et intéressons-nous d'abord à la période antérieure à l'EGBGB, au sujet de laquelle aucune explication préalable n'est nécessaire (§ 1). Quelques mots nous ont en revanche paru utiles pour introduire l'analyse des décisions rendues sous l'empire de l'article 27 de l'ancien EGBGB (§ 2) et de l'article 4 du EGBGB aujourd'hui en vigueur (§ 3).

§ 1. Décisions antérieures à l'entrée en vigueur de l'EGBGB (1861-1900)

334. Contradiction ou continuité ? Des recherches menées dans l'histoire industrielle de la ville de Francfort-sur-le-Main autorisent la conjecture que la (le) *de cujus* dont la succession a été l'objet de la première décision « continentale » en matière de renvoi, appartenait à la famille de Benjamin Krebs, chef d'entreprise francfortois qui avait créé en 1816 une fonderie de caractères (*Schriftgiesserei*) vite devenue prospère et qui, une année avant son décès, survenu en 1858, s'était retiré de la vie active en désignant comme successeur à la tête de l'entreprise un sieur Gustav Rosalino¹³⁹⁵. La supposition est permise car le litige en question opposait les « conjoints Krebs » et une « veuve Rosalino » et les concordances – quant aux lieux, temps, et nom des personnes impliquées – sont nombreuses. On peut alors également penser que l'essentiel de la fortune litigieuse était sise à Francfort et surtout qu'elle provenait des activités menées par Benjamin Krebs dans cette ville¹³⁹⁶. Quant à l'affaire *Marquardt*, les attaches personnelles et réelles de Gustav Marquardt, qui, en dépit de sa cito-

¹³⁹⁵ La fonderie se poursuivra ensuite sous le nom de « Benjamin Krebs Nachfolger » : V. Rödel, *Fabrikarchitektur in Frankfurt am Main 1774 – 1924, die Geschichte der Industrialisierung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1986 ; G. Mori, *Die Schriftgiesserei Benjamin Krebs Nachf., Frankfurt a.M. Ein Beitrag zur Geschichte des Frankfurter Schriftgiesser-Gewerbes*, Frankfurt a.M., 1914.

¹³⁹⁶ Il est permis de penser que les parties au litige possédaient également des liens plus significatifs avec la ville dont elles avaient naturellement saisi les tribunaux. Mais il ne s'agit que de conjectures, peu se laissant déduire des faits exposés dans l'arrêt lui-même.

yenneté wurtembergeoise, avait pratiquement toujours habité le Bade, où se trouvait l'intégralité de ses biens, mais également les liens propres à Jacob Marquardt et Ludwig Wolff, parties à l'instance, semblent bien résolument pointer vers la loi badoise¹³⁹⁷. Pour ce qui est de l'affaire *Duc Charles II de Brunswick*, la supériorité des liens personnels et politiques du *de cujus* avec l'Allemagne apparaît avec netteté : il n'avait semble-t-il passé que trois ans à Genève et l'abandon de son domicile allemand avait été forcé ; le rattachement allemand est au surplus solidifié par les liens de Wilhelm et Ernst August von Cumberland et par la situation des biens litigieux.

La balance se redresse dans les trois affaires où la loi étrangère l'a emporté. Le docteur Cuthbert Roger Gale avait certes passé trente ans à Strasbourg mais on devine que sa permanence dans l'Empire Britannique dont il tenait la nationalité avait été plus durable et, en tout cas, d'un point de vue personnel et professionnel, plus intense. Marié en Angleterre à une Anglaise¹³⁹⁸, ses liens avec l'Inde durent demeurer intacts s'il se résolut à y destiner la totalité de sa fortune, laquelle ne se trouvait qu'en petite partie dans l'Alsace annexée, le centre de ses intérêts patrimoniaux étant resté ailleurs, dans l'Empire Britannique à coup sûr. La vocation de la loi britannique en vigueur en Inde était renforcée par les liens des bénéficiaires substantiels, la dame Brodhead et la *District Charitable Society* de Calcutta. Dans *Schlamb c. Knoll*, la dame Dietz non seulement était titulaire, comme son époux, de la nationalité américaine, mais elle avait vécu longtemps aux États-Unis et la revendication de la loi de l'État de l'Ohio par ses héritiers, les consorts Schlamb, était d'autant plus légitime qu'ils résidaient dans cet État. Dans *Creuzburg c. Niemayer et al.*, la citoyenneté hambourgeoise et francfortoise de sieur Schmidt se doublait d'une longue résidence dans ces deux villes-états et de la profession qu'il y avait exercée et dont il tirait sa richesse. Ce n'est que tard, et peut-être la retraite venue, qu'il s'était fixé dans le Bade. Le neveu qui cherchait à se prévaloir de la loi badoise, était quant à lui établi à Hambourg. L'application par renvoi de la loi badoise aurait au surplus entraîné l'anéantissement de ses dernières volontés.

En mettant l'arrêt *Schmidt* en regard de l'arrêt *Marquardt*, certaines voix ont déploré l'attitude prétendument contradictoire du *Reichsgericht*, qu'elles ont accusé d'avoir, dans l'arrêt *Schmidt*, « répudi[é] formellement la doctrine qu'il avait professé le 16 octobre 1885 [*Marquardt*] et le 27 janvier 1888 [*Meyrat*] à

¹³⁹⁷ *Supra*, n° 317. Quant au sieur Meyrat, on sait que le siège exclusif de sa fortune se trouvait en Prusse, où il était domicilié au moment de son décès, mais on sait aussi qu'il avait auparavant tenu un commerce dans la Hesse Rhénane dont il avait la citoyenneté. Le poids respectif de ces attaches, difficile à apprécier, importe cependant peu, car le Tribunal de l'Empire conclut à la non-existence d'un conflit de renvoi : v. *supra*, note 1310.

¹³⁹⁸ La décision nous dit qu'elle était « londonienne ». Il s'agit probablement d'Eleanor Hester Tandy : v. la déclaration d'absence d'empêchement au mariage faite par un Cuthbert Roger Gale et une Eleanor Hester Tandy le 2 novembre 1858, in *London and Surrey, England, Marriages Bonds and Allegations, 1597-1921*, consultable depuis <ancestry.fr>.

propos de la même disposition légale et dans la même hypothèse »¹³⁹⁹. En statuant l'un et l'autre sur un conflit de renvoi tiré de la loi nationale désignée par l'Édit badois de 1808, l'arrêt *Marquardt* a en effet retenu la loi du for alors que l'arrêt *Schmidt* en est resté aux lois étrangères. Une relecture de ces décisions à travers le prisme de la proximité laisse apparaître plus de cohérence dans la démarche du Tribunal de l'Empire, au point qu'on est sans doute porté à le disculper du grief de contradiction. Car, passées au travers de ce prisme, les deux situations révèlent des disparités suffisantes pour éclairer d'un jour nouveau – en le justifiant – le différent traitement du conflit de renvoi qui leur fut réservé. Penchons-nous sur la jurisprudence postérieure.

§ 2. Décisions rendues sous l'empire de l'article 27 EGBGB

335. Deux séries de conflits de renvoi. Ainsi qu'on l'a déjà signalé, l'article 27 EGBGB ne prescrivait l'application du droit allemand qu'à propos de certaines situations de renvoi tout en gardant le silence au sujet des autres¹⁴⁰⁰. Il est significatif que la première importante disposition législative à prendre parti sur le sujet distingue *deux catégories* de relations interindividuelles frappées d'un conflit de renvoi¹⁴⁰¹. Voilà qui ouvre une brèche dans l'idée, à l'époque bien ancrée, de la nécessité d'un traitement unitaire, monolithique, des conflits négatifs de rattachements et entraîne la possibilité d'une dualité de régime – de conflits de renvoi résolus tantôt au profit du droit allemand, tantôt au profit du droit étranger – dont la différente répartition des indices de localisation des espèces qu'ils affectent pourrait bien tracer la ligne de démarcation. Ce n'est en effet que lorsque l'étranger est *domicilié* en Allemagne que l'application du droit allemand à sa succession semble s'imposer sous la visa de l'article 27 EGBGB. Aussi bien, le législateur allemand aboutit de la sorte à confier au domicile le rôle de *rattachement subsidiaire* pour arbitrer le jeu des désignations croisées¹⁴⁰². Sans doute, dès lors que la règle de conflit étrangère le retient aussi, le domicile ne constitue-t-il pas un facteur généralisable. Mais si la règle étrangère élit un autre rattachement – notamment, pour les immeubles, la *situation des biens* – voilà que le domicile se pare des atours de la « tierceté », de telle sorte que l'État étranger peut s'en servir de son côté pour réaliser la coordination et prévenir un conflit international de solutions. Le conflit entre la loi de la nationalité étrangère et la loi allemande de situation immobilière est donc

¹³⁹⁹ É. Potu, *La question du renvoi*, p. 94. Cf. ég. D. Anzilotti, « La questione del rinvio », p. 298 : « e la cosa è tanto più notevole, in quanto che si tratta della medesima disposizione di legge e del medesimo caso che il *Reichsgericht* aveva già risolto in senso opposto nelle due citate sentenze del 16 ottobre 1885 e del 27 gennaio 1888 ». Sur la diversité des solutions retenues par la jurisprudence allemande avant 1900, v. ég. G. Isenbiel, *Zur Lehre von der Rückverweisung*, p. 31.

¹⁴⁰⁰ *Supra*, n° 313.

¹⁴⁰¹ Cf. P.H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe*, p. 274.

¹⁴⁰² A. Niedner, *Das Einführungsgesetz von 18.8.1896 (Kommentar)*, p. 76 ; E. Frankenstein, *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, p. 50.

résolu en faveur de cette dernière parce qu'elle est également celle du domicile, qui devient le « co-facteur » de résolution du conflit de lois¹⁴⁰³.

Quoi qu'il en soit, le droit du for a été appliqué de manière constante aux affaires tombant sous l'empire de l'article 27 EGBGB, mais il ne s'agit en définitive que de trois espèces, significativement connectées à l'Allemagne (A). Lorsque le *de cuius*, citoyen étranger, est également domicilié à l'étranger, l'article 27 ne se prononce ni en faveur ni contre le renvoi. Les auteurs se divisent quant à eux en deux camps à peu près équivalents, du moins au départ : certains estiment que l'accueil du renvoi, y compris de deuxième degré, s'impose¹⁴⁰⁴, d'autres avancent que l'esprit général de l'EGBGB, conforté par son histoire législative, commande son refus¹⁴⁰⁵. Telle qu'elle est couramment formulée, la question tourne autour de la nature de l'article 27 EGBGB : consacre-t-il un *principe* susceptible d'extension analogique ou bien une *exception* d'application stricte ? Les auteurs tendent *de lege lata* à choisir l'alternative qui reflète leur propre sentiment face au problème général et qu'ils préconisent dès lors *de lege ferenda*. Autant dire que les juges ne manquent pas de soutien doctrinal, qu'ils souhaitent trancher le conflit de renvoi dans un sens ou dans l'autre et c'est là une liberté qu'ils n'ont pas manqué d'exercer (B). Avant d'examiner les décisions émanant de cette période, et afin de bien saisir la portée de certaines d'entre elles, il reste à évoquer une singularité des règles sur la compétence judiciaire en la matière.

336. Renvoi et principe du *Gleichlauf*. Lorsque la question s'élève lors de l'exercice d'une juridiction non contentieuse (*freiwillige Gerichtsbarkeit*) et qu'elle touche plus particulièrement à l'administration de la succession dans ses aspects procéduraux – que l'on songe à l'ouverture du testament ou à la désignation d'un exécuteur testamentaire –, la compétence est exercée par le *Nachlassgericht*, qui est le plus souvent un *Amtsgericht*. Celui-ci n'est, d'après une vue fort répandue en jurisprudence, encore que non unanime et critiquée par certains¹⁴⁰⁶, internationalement compétent que si la loi allemande régit le fond

¹⁴⁰³ Cf. les développements menés plus haut, *supra*, n° 278 s., à propos des décisions françaises qui, confrontées à des conflits de renvoi engageant la loi étrangère de situation immobilière et la loi française de la nationalité du *cuius*, les ont tranchés en faveur de la loi française en tant que loi du domicile.

¹⁴⁰⁴ L. von Bar, « Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht », *NiemeyersZ.*, 1898, p. 177 ; G. Melchior, *Die Grundlagen*, p. 208-209 ; A. Nussbaum, *Deutsches internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, p. 350 (ce dernier regrettant cependant la scission que l'acceptation du renvoi peut entraîner en matière successorale).

¹⁴⁰⁵ H. Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht*, p. 288 ; W. Simons, « La conception du droit international privé », p. 507 ; G. Isenbiel, *Zur Lehre von der Rückverweisung*, p. 40 ; E. Zitelmann, *IPR*, Bd I, p. 238 ; L. Beer, « Die Verweisung : Eine kritische Studie zum internationalen Privatrecht », *Festschrift E. Zitelmann*, München u. Leipzig, 1913, p. 5 ; K. Neumeyer, *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1923, p. 11 ; A. Niedner, *Das Einführungsgesetz von 18.8.1896 (Kommentar)*, p. 76.

¹⁴⁰⁶ Th. Niemeyer, « Sind deutsche Nachlassgerichte unzuständig, wenn materiell für den Erbfall ausländisches Recht massgebend ist ? », *NiemeyersZ.*, 1903, p. 21 ; A.A. Josef, « Die Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte bei Sterbefällen von Ausländern », *Jur. Woch.*, 1912, p. 1024 ; H. Le-

de la succession (principe dit du *Gleichlauf*)¹⁴⁰⁷. Or l'affirmation de l'applicabilité de la loi allemande par l'effet du renvoi avait, dans certains cas, comme objectif essentiel de justifier la compétence du *Nachlassgericht*. Nous avons rencontré un phénomène semblable lors de l'analyse des décisions françaises confrontées à des successions portant sur des immeubles situés à l'étranger¹⁴⁰⁸ : le constat d'un conflit de renvoi à l'égard de ces immeubles a conduit les juges français à affirmer leur compétence. Si l'on tient à faire usage du terme de *renvoi juridictionnel*, il convient tout de même de préciser que c'est de la juridiction gracieuse dont il s'agit ici et que l'exercice de celle-ci n'a en principe pas d'incidence directe sur le plan de la substance des situations juridiques résultant de la succession. S'il est adopté par l'autre État en conflit, l'accueil du renvoi dans de telles circonstances n'a pas pour corollaire d'infliger aux justiciables une antinomie internationale, un conflit international de droits et d'obligations sur le plan matériel, pas plus que l'imprévisibilité et l'insécurité qui en résultent. L'acceptation du renvoi est dès lors largement inoffensive, tant il est vrai que l'élargissement de la compétence auquel elle est asservie, d'après les détracteurs du régime du *Gleichlauf*, aurait pu et dû être admis indépendamment de tout renvoi¹⁴⁰⁹. Autant dire que les affaires de ce type sont moins propres à retenir l'attention.

Il n'en va souvent pas de même s'agissant de l'émission d'un *Erbschein*. Le certificat d'héritier général ou « plénier », c'est-à-dire visant la totalité des biens, y compris étrangers (*Vollerbschein*), n'est délivré que lorsque le *Nachlassgericht* est compétent, c'est-à-dire, d'après la vue à l'instant évoquée, lorsque la loi allemande gouverne la totalité de la succession¹⁴¹⁰. Lorsque l'*Erbstatut* est une loi étrangère – et ce alors même que le *de cuius* avait son domicile en Allemagne – ou que la loi allemande ne régit qu'une partie des actifs par le canal du renvoi, l'héritier ne peut solliciter qu'un certificat d'héritier « limité », visant les seuls biens situés en Allemagne (*beschränkter Erbschein*). Voilà qui constitue une exception de taille au principe de l'incompétence du *Nachlassge-*

wald, *Das deutsche internationale Privatrecht*, p. 327 ; M. Wolff, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 2. Aufl., p. 202 ; dans la littérature plus récente, P.H. Neuhaus, note sous OLG Neustadt, 25 mai 1951, *JZ*, 1951, p. 646, et A. Heldrich, *Internationales Zuständigkeit und Anwendbares Recht*, Berlin / Tübingen, 1969, p. 218, pour qui « die Anwendbarkeit ausländischen Rechts als solche zieht die Unzuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte ebensowenig nach sich wie die der Zivilgerichte im allgemeinen ».

¹⁴⁰⁷ Cette vue se fonde sur la conviction que la compétence locale généreusement tracée par l'art. 73 de l'ancien *Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit* du 1898 (en vigueur jusqu'au 31 août 2009) n'entre en jeu que lorsque la compétence internationale est donnée : v. H. Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht*, p. 329.

¹⁴⁰⁸ *Supra*, n° 255 et 282 s.

¹⁴⁰⁹ Cf. A. Nussbaum, *Deutsches internationales Privatrecht*, p. 366.

¹⁴¹⁰ C'est la signification la moins discutable de l'art. 2369 Abs. 1 *BGB*, qui énonce comme suit : « Gehören zu einer Erbschaft, für die es an einem zur Erteilung des Erbscheins zuständigen deutschen Nachlassgerichte fehlt, Gegenstände, die sich im Inlande befinden, so kann die Erteilung eines Erbscheins für diese Gegenstände verlangt werden ».

richt en cas d'inapplicabilité du droit allemand¹⁴¹¹. Or, dans certaines affaires, l'acceptation du renvoi élargissait certes la compétence du juge à émettre des *Vollerbscheine*, mais l'exercice d'une telle compétence entraînait en général la mise en œuvre des dispositions matérielles attribuant des droits subjectifs sur les biens successoraux¹⁴¹². Document de légitimation, le propre de l'*Erbschein* est en effet de faire état de la qualité d'héritier du bénéficiaire et d'indiquer la portion de l'héritage qui lui revient. Il est d'ailleurs octroyé dans un contexte qui peut être litigieux¹⁴¹³. Cette mobilisation du droit matériel marque une différence importante séparant l'établissement de l'*Erbschein* des autres voies envisageables d'exercice de la juridiction gracieuse telles que l'ouverture d'un testament ou la désignation d'un exécuteur testamentaire. Il s'ensuit que, lorsque le renvoi est admis pour élargir la compétence du *Nachlassgericht* en matière de certificat d'héritier et pour établir la portée du certificat susceptible d'être émis, le domaine de la loi matérielle allemande finit du même coup par s'accroître proportionnellement. À moins que la vocation de cette dernière ne soit acceptée par les parties, l'adoption de la même démarche par l'État étranger en conflit de renvoi engendre cette fois bel et bien un conflit international de lois car, jusqu'au moment de la saisine de l'autorité, allemande ou étrangère, compétente pour émettre l'*Erbschein* ou une attestation analogue, les intéressés sont condamnés à ignorer qui est appelé à la succession et pour quelle part. Sauf, bien sûr, si les lois en conflit sont *in concreto* équivalentes sur ce point, le seul effet du renvoi – d'élargir la compétence du *Nachlassgericht* – demeurant alors sans conséquence sur le terrain du droit matériel.

A – Conflits de renvoi visés par l'article 27 EGBGB

337. Loi allemande et proximité. Ce sont pour l'essentiel les litiges concernant la succession d'Ernst Gotthard von M., celles de S.J. et de W.E.H. qui prennent place dans ce premier groupe¹⁴¹⁴. Les attaches de Ernst Gotthard von M. et de ses proches avec l'Allemagne sont assez nettement dominantes : la quasi totalité de sa fortune y était située, sa famille y avait établi, tout comme lui, son domicile et, surtout, la perte de la nationalité russe avait entraîné la résurgence du sentiment, propre à l'aristocratie germano-balte, d'appartenance historique, culturelle et linguistique à l'Allemagne¹⁴¹⁵. Autrichienne, S.J. avait son do-

¹⁴¹¹ A. Heldrich, *Internationale Zuständigkeit und Anwendbares Recht*, p. 217 (« praktisch sehr bedeutungsvolle Ausnahme »).

¹⁴¹² Il importe peu que les droits dans la succession dont il est fait état dans l'*Erbschein* ne soient pas attribués au destinataire de manière définitive (d'après l'art. 2365 BGB, l'exactitude de la teneur de l'*Erbschein* n'est que présumée – du moins, ajoutent certains, à l'intérieur du territoire allemand : A. Nussbaum, *Deutsches internationales Privatrecht*, p. 369).

¹⁴¹³ On peut bien sûr s'opposer à la demande d'un certificat d'héritier et cette opposition peut reposer sur des règles matérielles qui n'attribueraient pas au requérant le statut d'héritier auquel il prétend.

¹⁴¹⁴ Respectivement BayObLG, 16 oct. 1925 (*supra*, n° 323), *Amtsgericht* Gera (*supra*, n° 321), RG, 13 déc. 1912 (*supra*, n° 320).

¹⁴¹⁵ Cf. *supra*, note 1370.

micile en Allemagne, peut-être depuis un certain temps, tant il est vrai qu'elle avait choisi son père comme témoin du testament qu'elle avait formé dans ce pays ; les biens se trouvaient en Allemagne et les parties au litige – la bénéficiaire des dispositions frappées de nullité et le notaire qui en était responsable – possédaient selon toute vraisemblance de très significatives attaches avec l'Allemagne¹⁴¹⁶. W.E.H., américain, domicilié en Allemagne, avait laissé des biens, tous ses biens semble-t-il, en Allemagne¹⁴¹⁷, ce qui ferait songer à un domicile de longue durée. Seule en cause, la compétence du *Nachlassgericht* pour ouvrir le testament n'avait au demeurant – on l'a souligné¹⁴¹⁸ – pas d'impact direct sur la substance des droits successoraux.

B – Conflits de renvoi non visés par l'article 27 EGBGB

338. Tantôt la loi allemande, tantôt la loi étrangère. S'agissant du traitement des conflits de renvoi échappant à l'article 27 EGBGB, la jurisprudence se ramifie en deux branches : le conflit de renvoi est résolu tantôt au profit du droit allemand, tantôt au profit du droit étranger. Les tribunaux qui statuèrent dans le premier sens n'ont pas dû s'embarrasser de longues explications : présent de façon surnoise et diffuse, l'argument de l'analogie tirée de l'article 27 EGBGB a dû paraître suffisant. La charge d'une motivation plus substantielle incombait aux arrêts qui ont opté pour la loi étrangère. Il convient de traiter, d'abord, des affaires où le domicile du *de cuius* se trouvait dans un pays étranger autre que celui de la nationalité : ce sont des cas de renvoi au *deuxième degré* ; on se penchera ensuite sur celles où domicile et nationalité du *de cuius* pointaient vers le même pays et qui se sont soldées par l'application du droit du for ; on étudiera enfin les trois affaires qui ont été laissées sous l'empire de la loi étrangère, respectivement française, néerlandaise et californienne.

339. La loi du domicile et la loi nationale divergent : conflits de renvoi au deuxième degré. Protagoniste de BayObLG du 31 mars 1913¹⁴¹⁹, August C. avait laissé sa fortune immobilière en Allemagne, ce qui porte à croire qu'il y avait résidé antérieurement ou qu'il entretenait d'autres attaches personnelles avec ce pays où d'ailleurs il était décédé. La vocation de la loi de situation des biens primait en tout état de cause celle de la loi nationale hongroise à laquelle ne pouvait guère prêter main forte le dernier domicile du *de cuius*, sis quant à lui en Autriche. Il en va de même et plus clairement encore de Bertha Louise H., dans BayObLG du 15 décembre 1972¹⁴²⁰. À supposer qu'elle ait acquis un domicile en Suisse, ses attaches avec l'Allemagne, où se trouvaient ses biens et où elle avait vécu pendant plus de quarante ans – jusqu'à dix-huit mois avant

¹⁴¹⁶ *Supra*, n° 320.

¹⁴¹⁷ *Supra*, n° 321.

¹⁴¹⁸ *Supra*, n° 336.

¹⁴¹⁹ *Supra*, n° 327.

¹⁴²⁰ *Ibidem*.

sa mort – étaient probablement plus significatives qu’avec l’Afrique du Sud ainsi qu’avec la Suisse, pays où elle n’avait eu, à tout prendre, qu’un établissement d’une durée comparativement négligeable. Les personnes ayant un titre à lui succéder d’après les lois en conflit de renvoi – son ex-époux, son petit-fils Peter et Marthe, membre de la famille de son ex-époux – n’avaient selon toute vraisemblance que des liens substantiels avec l’Allemagne.

Le rôle joué par la proximité ressort de manière plus explicite de la décision du Tribunal supérieur de Cologne à propos de l’affaire A.F.G.R. : « la totalité de la succession, mobilière et immobilière, se trouve en Russie, le *de cuius* y avait son domicile et au surplus un tribunal russe s’était déjà occupé de l’affaire en prononçant une décision [par application du droit russe] »¹⁴²¹. Il est permis de penser que s’exprime également dans cette décision l’intention du juge allemand de s’aligner sur la position prise par son homologue soviétique. Tandis que ce conflit de renvoi belgo-russe a été tranché au profit de la loi russe de l’État étranger désigné en deuxième lieu, c’est en revanche le droit belge de l’État désigné en premier lieu qui l’a emporté dans le conflit belgo-suisse s’élevant de l’affaire tranchée par BGH du 2 mai 1966. Notons la différente force des attaches avec la Belgique par rapport à l’espèce antérieure : une part importante de la succession et notamment la totalité des biens immobiliers s’y trouvait et surtout « la *de cuius* avait, dans ses dernières volontés..., désigné expressément la loi belge en tant qu’applicable à sa succession »¹⁴²². En se prononçant pour la loi belge, la Cour suprême a eu l’impression de concourir à trancher le conflit belgo-suisse de règles de conflit, à quoi aboutit l’action conjointe du refus par la Suisse du renvoi opéré par la loi belge et l’acceptation par la Belgique du renvoi opéré par la loi suisse.

Plus nombreuses sont les espèces où le *de cuius* avait son domicile dans l’État dont il était ressortissant.

340. La loi du domicile et la loi nationale se recoupent. La vocation de la loi étrangère étant, en vertu de cette double attache, fort robuste, il n’était pas aisé pour la loi allemande, qui participait au conflit de renvoi au titre de *lex situs*, de la concurrencer. Dans un certain nombre de ces affaires, la loi allemande fut pourtant appliquée. Si une telle préférence est de prime abord difficile à justifier à l’aune du critère de la proximité, force est de constater la pauvreté des éléments que laissent transparaître les revues de l’époque. Le bref compte rendu de KG du 7 décembre 1916 nous rapporte que la *de cuius* était citoyenne américaine avec son dernier domicile en Alaska, rien de plus. Il semble d’ailleurs que les juges berlinois ont surtout été soucieux d’affirmer la compétence du *Nachlassgericht* pour ouvrir le testament, aucune contestation véritable ne s’étant nouée quant à la loi applicable au fond de la succession. Pour ce qui est de KG du 22 mars 1922, rien n’est dit qui puisse caractériser la nationalité lux-

¹⁴²¹ *Supra*, n° 328.

¹⁴²² *Ibidem*.

embourgeoise et la permanence au Luxembourg de la défunte et les liens des dix survivants demeurent également mystérieux. Tâche tout aussi ardue est celle de reconstruire la répartition des points de contact pertinents dans les quatre affaires alsaciennes ayant eu pour objet la succession d'immeubles laissés par des Français domiciliés en France dans les provinces annexées. La seule dont fut saisi le *Reichsgericht*¹⁴²³ n'est peut-être pas incompatible avec la proximité dans la mesure où les biens laissés dans les provinces constituaient la plupart de la succession de la dame B., celle-ci y ayant vécu longtemps avant de se fixer à Nice ; les attaches que ses frères et sœurs entretenaient avec les provinces étaient au surplus demeurées dominantes. Concernant les trois autres affaires, pour deux d'entre elles on ne dispose que d'un sommaire de quelques lignes tandis que la décision statuant sur la troisième n'a été publiée sous aucune forme¹⁴²⁴. Quoi qu'il en soit, il n'est pas déraisonnable de penser que le fait que la loi allemande participant au conflit était celle des conquérants ne soit pas resté sans influence.

Le dernier arrêt alsacien en date, le plus richement motivé, trancha en faveur de la loi française¹⁴²⁵. Notre attention se tourne alors vers les arrêts « dissidents ».

341. Prédominance des liens avec l'État « co-intéressé » dans les affaires laissées sous l'empire de la loi étrangère. Dans OLG Colmar du 14 juillet 1910, le domicile du *de cuius* se trouvait en France, qui était également l'État de sa nationalité. La loi allemande ne s'invitait dans le jeu de désignations croisées qu'en tant que *lex rei sitae*. En même temps qu'elle consolidait la vocation de la loi française tout en fragilisant celle de la loi allemande, la localisation dans l'État national du domicile du *de cuius* – contact tiers – affranchissait les juges du joug de l'article 27 EGBGB. C'est ce double contact avec la France, par la nationalité et le domicile du *de cuius*, qui justifie en substance, aux yeux des juges alsaciens, l'application de la loi française, car les deux rattachements entre lesquels la question est – ainsi qu'ils le rappellent – si vivement débattue de savoir quel est le plus significatif, se trouvaient en l'espèce réunis dans un seul et même pays, la France¹⁴²⁶. Dans BGH du 5 juin 1957, le conflit de renvoi – dans la mesure où l'on est autorisé à le retenir¹⁴²⁷ – opposait la loi allemande de si-

¹⁴²³ RG, 27 nov. 1911 : v. *supra*, n° 320.

¹⁴²⁴ Il s'agit, respectivement, d'OLG Colmar du 24 décembre 1902 et du 1^{er} juin 1904, d'une part, et de LG Colmar du 16 décembre 1905, d'autre part : v. *supra*, n° 321.

¹⁴²⁵ OLG Colmar, 14 juill. 1910, *supra*, n° 324.

¹⁴²⁶ *Ibidem*.

¹⁴²⁷ Sans doute le *Bundesgerichtshof* finit par qualifier de mobilière la demande de restitution des immeubles litigieux du fait de l'écran sociétaire, ce qui à vrai dire entraînerait la disparition de tout conflit de règles de conflit. Mais l'argument de l'application restrictive du renvoi qu'il invoque à titre subsidiaire suggère de retenir – à titre également subsidiaire – le conflit de renvoi et c'est bien ce qu'ont fait les commentateurs. Il n'est d'ailleurs pas improbable que l'exclusion du renvoi ait été davantage l'objectif de la qualification mobilière que sa conséquence ou, plus exactement, que la Cour ait exclu le conflit de renvoi parce qu'elle avait l'intention d'exclure le renvoi. Cet escamotage

tuation des immeubles litigieux à la loi américaine en sa qualité de loi personnelle de l'apatride : contraint de fuir l'Allemagne, dont il avait répudié la nationalité, H.R. avait en effet été domicilié aux États-Unis pendant quinze ans. S'agissant d'OLG Cologne du 27 août 1907, on ignore, il est vrai, la qualité du domicile germanique du sieur D., de même que sa trajectoire personnelle, mais la vocation de la loi néerlandaise à trancher ce conflit de règles de conflit allémano-néerlandais n'en apparaît pas moins respectable, notamment au vu des attaches des biens et des ayants droit avec les Pays-Bas. Il est au surplus assez probable que les trois litiges n'opposaient que des ressortissants étrangers : la Cour de Cologne rapporte que l'épouse du défunt et sa fille mineure avaient, l'une et l'autre, tout comme leur époux et père, la nationalité néerlandaise¹⁴²⁸ ; la Cour de Colmar prend le soin d'indiquer que le prétendu réservataire était citoyen français domicilié en France et le bénéficiaire des dernières volontés l'était vraisemblablement aussi¹⁴²⁹ ; la Cour suprême rappelle que les deux filles de H.R. résidaient, tout comme leur père, en Californie et avaient la nationalité américaine¹⁴³⁰. S'agissant des attaches des biens litigieux eux-mêmes, dans aucune de ces espèces les immeubles allemands n'épuisaient – tant s'en faut – la masse successorale, pas même les actifs immobiliers : les Cours de Colmar et de Cologne évoquent à plusieurs reprises la présence d'autres immeubles respectivement en France et aux Pays-Bas, et on devine que H.R. en avait laissés aux États-Unis, où sûrement se trouvait à son décès, en même temps que le siège de sa famille, le centre de ses intérêts patrimoniaux et ses attentes s'étaient manifestement orientées vers la loi californienne, qui l'habilitait à organiser librement sa succession.

342. Incidence de l'argument de l'unité de la loi applicable. Pour justifier la préférence qu'elles accordent à la loi étrangère, ces trois juridictions arguent, entre autres, du morcellement de la succession et de la contrariété d'un tel résultat au principe de l'universalité qui avait – soutiennent-elles – inspiré l'article 25 EGBGB. C'est, on le sait, l'argument avancé en France par la jurisprudence *Riley*¹⁴³¹, en Angleterre par les arrêts *Duc de Wellington* et *Adams*¹⁴³² et – on le verra – en Espagne à partir de la décision *Lowenthal*¹⁴³³. À le supposer décisif, un tel principe est, dans des affaires de ce type, conforme au bilatéralisme en ce que si les trois États « co-intéressés » à côté de l'Allemagne – France, Pays-Bas et États-Unis – le retiennent à leur tour, les successions franco-allemandes, allémano-néerlandaises et américano-allemandes analogues à celles

est en effet à l'œuvre dans la décision qu'elle allait prononcer quarante ans plus tard (BGH, 10 mai 2000 : *supra*, n° 332 et *infra*, n° 345).

¹⁴²⁸ *Supra*, n° 324.

¹⁴²⁹ *Ibidem*.

¹⁴³⁰ *Ibidem*.

¹⁴³¹ *Supra*, n° 281 s.

¹⁴³² *Supra*, n° 292.

¹⁴³³ *Supra*, n° 355 s. et 373 s.

dont il était question sont régies par la même loi du point de vue des deux pays ; le conflit de renvoi est alors tranché par leurs règles générales avant toute judiciarisation, le conflit international de solutions et le conflit international de situations juridiques subjectives s'en trouvent prévenus, et les personnes impliquées peuvent enfin, avant toute judiciarisation, connaître et exercer les droits subjectifs de même que connaître et s'acquitter des obligations qui résultent de la loi au profit de laquelle le conflit de renvoi est tranché. La réelle incidence de l'argument de l'unité internationale du statut successoral comme facteur d'arbitrage du jeu des désignations croisées est cependant d'autant plus difficile à mesurer que d'autres jugements allemands assument le morcellement sans trop de peine¹⁴³⁴. Son apport immédiat le plus sûr consiste nous semble-t-il en l'appui qu'il fournit à l'exclusion de l'application analogique du principe inscrit à l'article 27 EGBGB. S'il fallait admettre que cette disposition pouvait s'étendre à des cas de conflit de renvoi qu'elle ne couvrirait pas *stricto sensu*, il était légitime et naturel d'admettre aussi, dans ces mêmes espèces, le jeu par analogie non seulement du rattachement à la loi nationale – préconisé, on l'a vu, par une bonne part de la doctrine¹⁴³⁵ – mais également du principe de l'unité de la loi successorale qui en est apparemment indissociable. L'article 25 EGBGB pouvait tenir en échec l'article 27 EGBGB et c'est là nous semble-t-il la première utilité qu'y ont vu les tribunaux allemands. Les juridictions espagnoles asserviront le principe de l'universalité de la succession à une finalité semblable¹⁴³⁶.

§ 3. Décisions postérieures à 1986

343. La « *Sinnklausel* ». De même que la règle de conflit successorale du nouveau EGBGB ne distingue plus suivant le lieu du domicile du *de cujus*, la disposition sur le renvoi n'attribue plus au domicile allemand du *de cujus* le rôle de rattachement subsidiaire désignant le droit allemand pour régler le conflit de renvoi. L'article 4 EGBGB est en effet assorti, même de ce point de vue, d'un domaine d'application plus large que l'ancien article 27. La prudence du législateur s'y confirme cependant car, si l'article 27, dans les cas de renvoi qu'il visait, prescrivait l'application du droit allemand tout en acceptant implicitement que les autres conflits de renvoi, ou certains d'entre d'eux, demeurent assujettis au droit étranger, l'article 4 EGBGB s'étend certes à toutes les situations de renvoi sans restriction mais assigne le règlement du conflit à l'une ou à l'autre loi selon le verdict rendu par la *Sinnklausel*. C'est désormais à celle-ci qu'appartient de tracer la frontière séparant les conflits de règles de conflit régis par la loi allemande et ceux qui demeurent sous l'empire de la loi étrangère. Il

¹⁴³⁴ En ce sens, KG, 22 mars 1922, *supra*, n° 322.

¹⁴³⁵ *Supra*, n° 183, et en note.

¹⁴³⁶ *Infra*, n° 373.

semble bien en effet que le contrôle confié à la *Sinnklausel* s'exerce à l'égard de toutes les règles de conflit¹⁴³⁷, y compris celle, de structure classique, qui prend place à l'article 25 *EGBGB*¹⁴³⁸.

Peu troublée par le nouveau libellé de la disposition sur le renvoi qu'elle ne cite que rarement, la jurisprudence allemande, conformément d'ailleurs aux intentions du législateur, semble ne pas avoir aperçu de rupture avec le régime antérieur. La plupart des décisions intervenues à partir de 1986 ont donné préférence à la loi du for, la supériorité des liens de l'affaire avec le milieu allemand y apparaissant nettement. Dans la dernière affaire, dont le règlement a été laissé au droit étranger, c'est au profit de celui-ci que jouaient les principes de proximité et d'autonomie.

344. Successions dominées par les liens avec le for. S'agissant des affaires bavaraises, l'ensemble des attaches les inscrivant dans l'ordre allemand semble bien en constituer le centre de gravité. Dans deux d'entre elles, l'application de la loi du for est par ailleurs en accord avec les attentes communes des plaideurs et, dans l'une d'elles, la solution est aussi conforme à la *professio juris* qu'avait faite la défunte. Notons également que dans les trois premières espèces, c'est de la succession de femmes qu'il s'agissait, lesquelles tenaient la nationalité étrangère (néerlandaise, suisse, britannique) du lien conjugal – c'est à tout le moins le cas des deux dernières ; leur domicile se trouvant en Allemagne, peut-être depuis toujours, leur attachement au for dut apparaître plus effectif qu'une nationalité étrangère qu'elles n'avaient acquise que par alliance et parfois tardivement.

Il n'y a pas de trace de contestation parmi les survivants quant à l'application du droit allemand au règlement successoral dont il est question dans Bay-OblG du 10 décembre 2000 et du 5 mai 2001. Dans la première espèce, le domicile allemand du *de cuius* se poursuivait « depuis plusieurs décennies » et l'intégralité des biens se trouvait en Allemagne ; ce sont d'ailleurs les juges mêmes qui, encouragés par la règle de conflit néerlandaise à rechercher le rattachement le plus significatif, ont regardé la situation comme plus fortement insérée dans l'ordre allemand que dans l'ordre néerlandais¹⁴³⁹. Dans l'affaire

¹⁴³⁷ Hormis celles visées par les al. 2 et 3 de l'article 4 *EGBGB*, qui n'intéressent pas notre propos.

¹⁴³⁸ Cela n'est pas démenti par la doctrine allemande dominante d'après laquelle l'acceptation du renvoi n'est en soi pas incompatible avec le « sens » de la règle de conflit successorale. Bien au contraire, cette vue présuppose que le test de la *Sinnklausel* s'applique également à propos d'une telle règle. En ce sens R. Birk, *Münchener Kommentar zum BGB* (Red. H.-J. Sonnenberger), Bd. 10, 4. Aufl., München, 2006, p. 1513 ; H. Dörner, *Staudinger Kommentar zum BGB, EGBGB* (Red. J. Kropholler), Berlin, 2000, p. 280 ; J. Kropholler, *IPR*, p. 173. En revanche, l'opinion émise par d'autres auteurs d'après laquelle le « sens » d'une telle règle de conflit comme de toute autre n'est en principe compatible avec la soumission au droit allemand des relations privées générant un conflit de renvoi au premier degré (G. Mäsch, « Der Renvoi – Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Figur », *RabelsZ.*, 1997, p. 285 : « Der 'Sinn' der Verweisung liegt es nahe, jeglichen Renvoi ausser Acht zu lassen » ; cf. A. Flessner, *Interessenjurisprudenz*, p. 127), nous semble irrespectueuse de la *Sinnklausel* puisqu'elle conduit à la priver de toute utilité.

¹⁴³⁹ *Supra*, n° 324.

de 2001 venait à s'ajouter au domicile en Allemagne de la défunte – dont la nationalité allemande antérieure laisse penser qu'il durait depuis longtemps – et à la localisation en Allemagne de tous les biens, le choix exprès de la loi allemande par la *de cuius*. La proximité est semble-t-il capable de justifier seule les deux autres décisions : dans BayObLG du 5 mai 1988, en vertu du siège exclusif du patrimoine, des attaches personnelles de la *de cuius* – qui n'avait jamais délaissé le domicile allemand et n'avait perdu la nationalité allemande qu'à l'époque et du fait du troisième mariage – mais aussi des prétendus ayants droit, issus de mariages antérieurs, dont il est permis de penser qu'ils étaient citoyens et résidents allemands¹⁴⁴⁰ ; dans LG Kempten du 8 août 2002, en vertu tout à la fois du domicile, lui aussi de longue durée, de la situation des biens litigieux et de la probable intégration des prétendants au sein de la société allemande¹⁴⁴¹. Il en va de même dans OLG Cologne du 24 février 1992, où l'Allemagne était non seulement le pays du domicile et de la résidence du *de cuius* et de la nationalité de son épouse, mais aussi de la localisation de tous les actifs dépendant de la succession, meubles et immeubles, à l'exception d'une propriété en France qui échappait au conflit négatif de règles de conflit¹⁴⁴².

Dans OLG Karlsruhe du 29 juin 1989 et OLG Zweibrücken du 11 mai 1994, le domicile du *de cuius* se trouvait dans l'État de sa nationalité, respectivement aux États-Unis et au Royaume-Uni¹⁴⁴³. Faut-il conclure que l'Allemagne n'était, dès lors, que le pays du *situs* d'un ou plusieurs immeubles ? Il est probable que d'autres indices aient pesé sur le plateau germanique, indices d'un type qui, on l'a vu, peut prendre du relief à l'occasion d'un conflit de renvoi. Quant à la seconde affaire, l'arrêt qui la tranche ne fait état de la moindre opposition à l'encontre de la vocation de la loi allemande ; si la réunion des conditions dont dépendait la validité de la *professio juris* aux termes de l'article 25 al. 2 EGBGB – qui aurait exclu le conflit de renvoi – était, on l'a vu, sujette à caution, on peut néanmoins songer à une expectative spontanée du testateur. Pour ce qui est de la première affaire, le *de cuius* avait probablement eu la nationalité allemande avant d'acquérir celle des États-Unis ; les biens laissés en Allemagne – au nombre desquels, à côté de plusieurs immeubles, figuraient aussi des meubles – revêtaient une certaine importance dans l'économie de l'héritage et semblent en tout cas attester des racines allemandes du protagoniste. Quant à ceux qui se prétendaient héritiers, on a quelque peine à croire que l'ensemble de leurs liens avec les États-Unis étaient plus sérieux que ceux qui les rattachaient à l'Allemagne : frère et sœurs du *de cuius* n'étaient sûrement pas moins liés à ce pays dont ils invoquaient la loi, que l'épouse survivante, de nationalité japonaise, l'était au Texas. Si le critère de la proximité ne pointe pas très sûrement vers le for, l'attache américaine n'apparaît pas non plus dominante.

¹⁴⁴⁰ *Supra*, n° 331.

¹⁴⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴⁴² *Supra*, n° 330.

¹⁴⁴³ *Ibidem*.

Dans une autre affaire américano-allemande, la primauté des connexions états-uniennes paraît en revanche indiscutable et il est au plus haut degré significatif que la Cour suprême fédérale, laquelle, bien plus librement que les juridictions inférieures, peut s'autoriser une activité silencieusement créatrice, ait justement tranché en faveur de la loi étrangère.

345. Prépondérance des liens avec le milieu étranger dans BGH du 10 mai 2000. Cette loi avait été « appliquée », c'est-à-dire « utilisée », par le *de cujus*, qui avait entendu s'ajuster aux prescriptions qu'elle adresse et aux facilités qu'elle accorde pour laisser sa fortune à sa seconde épouse à l'exclusion de ses enfants. Or, une telle volonté a été soulignée par la Cour suprême¹⁴⁴⁴. Le *de cujus* était américain et résidait aux États-Unis depuis, sinon sa naissance, au moins un demi-siècle. Le litige n'opposait en substance que des Américains vivant aux États-Unis : la seconde épouse, d'une part, et les enfants de premier lit, d'autre part. On devine que le siège de la fortune du *de cujus* se trouvait outre-Atlantique : les immeubles allemands, dont le *de cujus* n'avait jamais pu profiter et – ainsi que les hauts magistrats le relèvent¹⁴⁴⁵ – dont il n'aurait pas entendu bénéficier pour y vivre s'ils lui avaient été rendus de son vivant, ne peuvent témoigner ne serait-ce que de brefs séjours du *de cujus* et de sa famille dans ce pays. La proximité et la volonté du *de cujus* suggéreraient donc de refuser la réserve prévue par le droit allemand aux descendants qui s'en réclamaient.

Cet arrêt a été taxé de « doublement absurde »¹⁴⁴⁶. D'abord, parce qu'il circonscrit la qualification « non immobilière... aux situations où il n'est fait renvoi à la loi allemande qu'au titre de *lex situs* »¹⁴⁴⁷. Sans doute la formule, déjà relevée¹⁴⁴⁸, est-elle assez ambiguë. Le BGH semble bien par là vouloir se ménager la possibilité d'écarter la qualification « non immobilière », c'est-à-dire de retenir la qualification immobilière, à propos d'autres situations de renvoi. Autrement dit, le BGH, tout en se refusant à appliquer, par renvoi, la loi allemande à l'espèce litigieuse – en vue de quoi il croit bon de s'appuyer sur la qualification « non immobilière » du droit à la restitution des biens immobiliers – entend conserver la liberté que lui ouvre la qualification immobilière, de retenir, à l'égard d'autres successions également frappées du conflit de renvoi, la loi allemande. Voilà qui prouve que la vraie *ratio decidendi* au nom de laquelle la loi américaine a été préférée, loin d'être à rechercher du côté de la qualification du droit à la restitution, a commandé bien au contraire cette qualification. Absurde, cette décision le serait aussi en ce « qu'elle prive les enfants de la réserve que leur assure le droit allemand, applicable en vertu du ren-

¹⁴⁴⁴ *Supra*, n° 332.

¹⁴⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁴⁶ O. Hartweg, « International Trade Law und die deutsche Justiz », p. 468.

¹⁴⁴⁷ *Supra*, n° 332.

¹⁴⁴⁸ *Ibidem*.

voi »¹⁴⁴⁹. De plus, elle serait « radicalement erronée », du fait de sa contradiction avec l'article 4 *EGBGB*, en même temps qu'elle illustrerait – a-t-on encore avancé – la vérité selon laquelle les juges « 'emballent' les faits en fonction de leur besoin ou les ramassent de n'importe où tout en leur donnant une forme juridique »¹⁴⁵⁰. Or ce « besoin » éprouvé par la Cour suprême et promu au rang de *ratio decidendi*, n'était autre – croyons-nous – que celui d'éviter que la loi américaine ne soit évincée par la loi allemande dans une situation de conflit de renvoi qui présentait – voici un premier « fait » significatif – avec l'ordre américain des liens manifestement plus importants qu'avec l'ordre allemand et où – voici un second « fait » significatif – le testateur avait entendu profiter, en ces circonstances, de la loi américaine.

§ 4. Conclusions

346. Idée au cœur de la synthèse largement soutenue par la jurisprudence.

Les principes de proximité et d'autonomie – complétés, sous la réserve que l'on a signalée, par l'unité internationale de la loi successorale¹⁴⁵¹, dont nous avons rappelé une fois de plus qu'elle peut constituer aussi un facteur bilatéral de solution du conflit de règles de conflit – semblent en définitive assez à l'aise pour rendre compte de l'issue de la grande majorité des affaires allemandes proposant un renvoi successoral (y compris au deuxième degré), notamment de celles dont on a pu reconstituer d'une manière satisfaisante la répartition des facteurs pertinents. Dans les sept décisions où la loi étrangère l'a emporté, c'est celle-ci qui détenait les titres les plus solides. S'agissant des autres, la supériorité du rattachement avec le for était, dans la vaste majorité d'entre elles, soit flagrante, soit en tout cas assez palpable.

Il est permis de penser que cet équilibre variable des faits de l'espèce concourt à expliquer pourquoi les conflits de renvoi impliquant les mêmes pays – ou les mêmes deux lois pour ce qui est des affaires interconfédérales –, ont été réglés par les juges allemands au profit tantôt de la loi du for, tantôt de la loi étrangère. Ainsi, avant l'unification législative de 1900, le conflit entre un État de droit commun et un État de droit rhénan et notamment le *Bade* a été – on l'a déjà relevé¹⁴⁵² – tranché tantôt en faveur de la loi du premier (RG du 24 avril 1894), tantôt en faveur de la loi du second (RG du 16 octobre 1885). De la même manière, le conflit de renvoi franco-allemand a été résolu tantôt par la loi allemande (RG du 27 novembre 1911), tantôt par la loi française (OLG

¹⁴⁴⁹ « Berufungs- und Revisionsurteil sind platt falsch » : O. Hartweg, « International Trade Law und die deutsche Justiz », p. 468.

¹⁴⁵⁰ « Sie [die Richter] ballen je nach ihrem Bedarf die Tatsachen zusammen oder übernehmen sie von irgendwoher in juristischer Formung » : E. Rabel, « Das Problem der Qualifikation », *RabelsZ.*, 1931, p. 241, cité par O. Hartweg, « International Trade Law und die deutsche Justiz », p. 468.

¹⁴⁵¹ *Supra*, n° 342.

¹⁴⁵² *Supra*, n° 334.

Colmar du 14 juillet 1910) ; le conflit de renvoi américano-allemand tantôt par la loi allemande (OLG Karlsruhe du 29 juin 1989), tantôt par la loi américaine (BGH du 10 juin 2000) ; le conflit de renvoi britannico-allemand tantôt par la loi allemande (OLG Zweibrücken du 11 mai 1994), tantôt par la loi britannique (en vigueur en Inde : LG Strasbourg du 13 juin 1892) ; le conflit de renvoi hollando-allemand tantôt par la loi allemande (BayObLG du 10 décembre 2000), tantôt par la loi néerlandaise (OLG Cologne du 29 août 1907). On peut en penser de même des deux conflits de règles de conflit opposant deux lois étrangères, respectivement belgo-russe et belgo-suisse, dont celui-ci a été résolu en faveur de la loi russe désignée en deuxième lieu, et celui-là en faveur de la loi belge désignée en premier lieu.

Pourraient faire exception quelques arrêts où le renvoi n'a été admis que pour élargir la compétence du *Nachlassgericht* sans véritable impact sur la substance des situations juridiques matérielles¹⁴⁵³, et surtout une série de jugements alsaciens prononcés peu après l'avènement du *BGB*, quoique la nature fragmentaire des sources qui les rapportent suggère de ne pas en pousser trop loin l'appréciation¹⁴⁵⁴. Dans la mesure, en tout cas, où les principes bilatéraux ici sous examen ne devaient pas les expliquer, on peut avancer la conjecture que la loi allemande fut préférée en vertu de sa qualité de loi des conquérants, d'autant qu'elle venait de naître comme loi unifiée, si bien que son application se prêtait assez naturellement, dans le doute légitime auquel expose toute situation de renvoi, à relayer non seulement l'effort d'unification, mais, spécialement, dans les provinces annexées, celui de germanisation¹⁴⁵⁵. Il s'agirait alors bien sûr d'une réponse au problème doublement inutilisable aujourd'hui, par l'engagement anachronique qui l'anime et la pérennisation du conflit de renvoi qu'elle favorise.

347. Clairvoyance des juges, prudence du législateur, désarroi de la doctrine.

Nous nous sommes déjà attardés sur l'impression d'incohérence qu'ont suscitée chez certains les arrêts rendus par le *Reichsgericht* avant 1900¹⁴⁵⁶. La diversité des solutions atteintes dans les affaires ultérieures, notamment au cours des premières décennies du XX^e siècle, alimenta davantage le trouble des esprits au point que l'on put en tirer la conclusion, quelque peu désarmante, que « la pratique du Tribunal de l'Empire et des instances inférieures dans le traitement du renvoi est depuis toujours oscillante »¹⁴⁵⁷. Parmi ceux qui n'ont pas succombé à une telle résignation et qui ont essayé malgré tout de déceler une tendance dominante, d'aucuns ont avancé que les juges allemands inclinent à

¹⁴⁵³ *Supra*, n° 336.

¹⁴⁵⁴ *Supra*, n° 334.

¹⁴⁵⁵ Il s'agirait en quelque sorte d'une manifestation du principe de la « loi dominante » dégagé par V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, vol. 1, p. 943 s.

¹⁴⁵⁶ *Supra*, n° 334.

¹⁴⁵⁷ L. Beer, « Die Verweisung », p. 25 : « die Praxis des Reichsgerichts wie der Instanzgerichte ist in der Beurteilung der Verweisung von jeher schwankend gewesen ».

voir dans l'article 27 *EGBGB* une norme exceptionnelle d'application stricte, le principe demeurant la *Sachnormverweisung*¹⁴⁵⁸ ; pour d'autres, ces décisions consacraient le principe de la *Gesamtverweisung*¹⁴⁵⁹, mais l'embarras est palpable chez ces derniers s'agissant de justifier les arrêts ayant refusé le renvoi, qu'ils se voient parfois obligés de taxer d'« obsolètes »¹⁴⁶⁰. La synthèse proposée est à même de rapprocher ces interprétations – tout comme, on l'a vu, celles, tout aussi apparemment divergentes, qu'a suscitées la jurisprudence anglaise¹⁴⁶¹ – car l'application du droit allemand, par exemple, dans RG du 13 décembre 1912 ou dans BayObLG du 16 octobre 1925 est pour elle tout aussi « orthodoxe » que l'est l'application du droit étranger, par exemple, dans OLG Cologne du 27 août 1907 ou dans BGH du 5 juin 1957. Toutes ces décisions trouvent en effet leur place dans cette ligne jurisprudentielle et point n'est besoin d'en bannir certaines comme perturbatrices de la logique et de la continuité de celle-ci.

On peut alors prophétiser que, lorsqu'on s'y intéressera rétrospectivement, le grand arrêt du *Bundesgerichtshof* de 2000, qualifié de « radicalement erroné » au lendemain de sa publication car ayant bafoué l'article 4 *EGBGB* et par là les dispositions du *Grundgesetz* astreignant les juges au respect de la loi¹⁴⁶², apparaîtra plutôt avoir été là encore bien clairvoyant. Car par le biais d'une entorse à l'interprétation couramment donnée à la nouvelle disposition sur le renvoi et propre à extirper ce que celle-ci tire encore du *Professorenrecht*, la Cour suprême allemande a tranché en accord avec un principe qui est à la fois rationnel et tel que, bilatéralisable et bilatéralisé, il épargne aux justiciables l'antinomie internationale que recouvre le conflit de renvoi. Nous persistons d'ailleurs à penser¹⁴⁶³ que si l'on scrute bien le « sens » de la règle de conflit de lois, on peut d'ores et déjà repérer dans la *Sinnklausel* un appui normatif à la fois parfaitement suffisant pour garantir le résultat que les hauts magistrats ont avec raison tenu pour désirable, et manifestement plus approprié que l'emploi d'une qualification peu crédible – et en tout cas instable – qui ne fait que camoufler maladroitement l'essence des choses. Et de fait, appliquer le droit allemand à l'es-
pèce de 2000, c'eût été en quelque sorte se détourner du « sens » de la règle de conflit et de la règle sur le renvoi qui la prolonge car, fondée sur le seul constat

¹⁴⁵⁸ En ce sens, G. Isenbiel, *Zur Lehre von der Rückverweisung*, p. 40 ; W. Simons, « La conception du droit international privé », p. 507 ; cf. L. Beer, « Die Verweisung », p. 5.

¹⁴⁵⁹ Ainsi G. Melchior, *Die Grundlagen*, p. 209 et A. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, p. 56 ; cf. ég. H. Lewald, *Das deutsche internationale Privatrecht*, p. 288.

¹⁴⁶⁰ A. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, p. 56.

¹⁴⁶¹ *Supra*, n° 303 s.

¹⁴⁶² O. Hartwig, « International Trade Law und die deutsche Justiz », p. 468 réproue une « *verfassungswidrige Normsetzungssucht* des BGH », en citant tout un pan de dispositions de la Constitution allemande qui auraient été violées : Art. 1(3) « Die... Grundrechte... binden Rechtssprechung als unmittelbar geltendes Recht » ; Art. 14(1) « Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet » ; Art. 20(3) « Die... Rechtsprechung [ist] an Gesetz und Recht gebunden » ; Art. 97(1) « Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen ».

¹⁴⁶³ Cf. *supra*, n° 183.

de l'existence du conflit, la préférence pour la loi du for n'aurait pas pu se réclamer d'un principe « généralisable », à savoir tel que, adopté par l'autre État « co-intéressés », il achève de « régler » le conflit.

Rappelons que c'est précisément ce caractère « internationalisable » que le législateur de 1986 a souhaité donner aux solutions qu'il a inscrites dans le *EGBGB* et ce dans le but avoué de permettre « à d'autres pays de s'en servir comme modèle » et de rendre par là possible l'« identité des solutions »¹⁴⁶⁴. Voilà qui l'a amené à convertir les règles unilatérales originelles en règles bilatérales¹⁴⁶⁵. D'après l'exposé des motifs, « la teneur de [ces] règles doit s'entendre comme la concrétisation de l'idée d'après laquelle la loi la plus proche devrait régir chaque relation présentant un élément d'extranéité »¹⁴⁶⁶. Or, l'utilisation des critères de proximité et d'autonomie, en même temps qu'elle incite à affiner le travail de recherche du *am nächsten stehenden Recht*, aboutirait à expliciter la nature de règle *bilatérale* de conflit de renvoi qu'est susceptible de revêtir la *Sinnklausel*, car elle ferait part égale aux vocations du droit allemand et du droit étranger à le trancher¹⁴⁶⁷ : règle donc parfaitement internationalisable

¹⁴⁶⁴ En ce sens le projet présenté par P.H. Neuhaus et J. Kropholler, « Entwurf eines Gesetzes über internationales Privat- und Verfahrensrecht (IPR-Gesetz) », *RabelsZ*, 1980, p. 326 : « sollte ein neues IPR-Gesetz der internationalen Entscheidungsgleichheit dienen... im Sinne einer grundsätzlichen Internationalisierungsfähigkeit, so dass es auch anderen Ländern als Modell dienen kann ».

¹⁴⁶⁵ *Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-Drucksache*, 10/504, 20 oct. 1983, p. 29.

¹⁴⁶⁶ « Der Inhalt der Kollisionsnormen versteht sich dabei als Konkretisierung des Gedankens, auf einen Sachverhalt mit Auslandsberührung sollte das diesem am nächsten stehende Recht angewandt werden » (*BT-Drucksache*, 10/504, p. 29).

¹⁴⁶⁷ La position du *Münchener Kommentar*, et notamment de son directeur, H.-J. Sonnenberger, à la plume duquel on doit le commentaire de l'article 4 *EGBGB*, se rapproche du point de vue ici avancé. L'argument central pour justifier le renvoi demeure l'« harmonie de solutions » (« Kernpunkt für seine Rechtfertigung bleibt das Ziel, hinkende Rechtsverhältnisse zu vermeiden, das die Maxime der Herstellung von Entscheidungsharmonie – Entscheidungseinklang – zum Ausdruck bringt » : p. 409, n° 23) et, d'autre part, alors même que le rattachement allemand repose sur un choix délibéré, il se peut que le rattachement étranger se prévale de *titres objectifs plus solides* (« es kommt nämlich durchaus vor, dass das deutsche Anknüpfungselement zwar auf positiver Entscheidung beruht, das abweichende Anknüpfungselement des ausländischen IPR jedoch stärkere Sachargumente für sich hat » : p. 408, n° 21). Seule une appréciation *in concreto* est, pour l'auteur, de nature à révéler l'existence de ces « stärkere Sachargumente » justifiant la mise à l'écart du rattachement du for, la simple différence entre celui-ci et le rattachement étranger n'étant pas suffisante à cet effet (« kein Anlass besteht, im Fall einer Anknüpfungsdifferenz zwischen dem Kollisionsrecht des Forums und demjenigen des zunächst... berufenen Rechts die eigenen Wertungen stets und ohne weiteres zurückzutreten zu lassen » : p. 409, n° 22). Cf. ég. le passage où l'auteur se rallie à l'idée d'après laquelle, en sus de l'harmonie des solutions, c'est « la fonction même de la désignation, c'est-à-dire l'application du droit qui est en définitive le plus proche », qui peut motiver la prise en compte du renvoi (« ist den Autoren zuzustimmen, für die die Funktion der Verweisung selbst, dh Anwendung des Rechts, das letztes Endes das sachnächste ist, und Entscheidungsharmonie massgebliche Rechtfertigungsgründe für die Beachtung eines Renvois sind » : p. 409, n° 23). Or le principe consistant à soumettre, dans les situations de renvoi au premier degré, l'application du droit allemand à la vérification que celui-ci est « en définitive le plus proche » (« letztes Endes das sachnächste ist ») remplit la « fonction » du rattachement et ouvre la voie à l'harmonie des solutions.

et partant apte « à servir de modèle aux autres pays » en vue de l'« identité des solutions », c'est-à-dire en vue de la prévention du « conflit des solutions »¹⁴⁶⁸.

C'est là au fond le but ultime de la démarche empruntée par les juges allemands depuis le légendaire arrêt de l'*Oberappellationsgericht* du 21 mars 1861, repris par le *Reichsgericht*¹⁴⁶⁹ et jamais démenti ni même dépassé : « l'affaire doit être jugée exactement de la même manière qu'elle le serait par les tribunaux siégeant au lieu du domicile du défunt »¹⁴⁷⁰. Et c'est avec beaucoup de pertinence qu'il a été tout récemment observé que « l'on retrouve dans le langage employé... par la Cour un écho évident de la formule célèbre du principe de l'harmonie des solutions que Savigny avait énoncé seulement quelques ans auparavant »¹⁴⁷¹. C'est aussi et presque mot pour mot la formule lancée encore plus tôt par *Collier v. Rivaz*. Tout comme en Angleterre, l'idée de l'uniformité a été le détonateur et le moteur de la jurisprudence allemande sur le renvoi. Si depuis 1930 la formule n'est pas toujours reproduite, c'est que l'article 27 EGBGB, qui repose du moins entre autres sur elle¹⁴⁷², dispensait les juges de motiver longuement l'emploi qu'ils allaient en faire. Encore aujourd'hui, le législateur allemand explique la position qu'il a prise et consignée à l'article 4 EGBGB par la conviction que « le droit étranger doit dans la mesure du possible être appliqué comme le ferait le tribunal étranger s'il devait lui-même trancher »¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁸ *BT-Drucksache*, 10/54, p. 38 : « die Anerkennung von Rück- und Weiterverweisung ist im internationalen Familien- und Erbrecht im Ansatz auf das Bestreben nach Förderung des sog. Äusseren (internationalen) Entscheidungseinklangs ».

¹⁴⁶⁹ OLG Darmstadt, 14 juill. 1887 et RG, 27 janv. 1888 : « Die rheinischen Gerichte, welche in einem Rechtsstreit über eine in Berlin eröffnete Erbfolge angerufen werden, haben also so zu entscheiden, wie das betrifft der Erbschaft zuständige Berliner Gericht zu entscheiden hätte ». Dans d'autres matières, v. RG, 15 févr. 1906, *NiemeyersZ.*, 1907, p. 298, *Jur. Woch.*, 1906, p. 219, *Recht*, 1906, n° 1503 («... dass das portugiesische Recht von dem deutschen Gerichte so angewandt werden müsste, wie es von den portugiesischen Gerichten zu geschehen hätte... ») et RG, 15 févr. 1912, *Jur. Woch.*, 1912, p. 397, qui s'y rallie et souligne aussi la contrariété à la « finalité de la règle de conflit » du résultat consistant à ce que le juge allemand tienne, en vertu du droit autrichien, pour annulable un mariage entre un Autrichien et une Allemande alors que le juge autrichien le tiendrait pour valable en le soumettant au droit allemand (sur cette décision, v. l'étude de L. Beer, « Die Verweisung », *passim*). V. ég. RG, 30 nov. 1906, *NiemeyersZ.*, 1908, p. 166 ; RG, 27 nov. 1911, *JW*, 1912, p. 246, *NiemeyersZ.*, 1913, p. 344 ; RG, 8 nov. 1917, *Jur. Woch.*, 1918, p. 173. Sur ce que le principe ayant incité le *Reichsgericht* à tenir compte des règles de conflit étrangères est bien que « wenn dem deutschen Richter die Anwendung fremden Rechts vorgeschrieben ist, muss er so entscheiden, wie ein Richter des Landes, dessen Recht die deutsche Kollisionsnorm für anwendbar erklärt, entscheiden würde, wenn ihm derselbe Fall vorgelegt wäre », v. G. Melchior, *Die Grundlagen*, p. 208.

¹⁴⁷⁰ « [D]er Erbfall ganz ebenso beurheilt werde, wie er von den an jenem Wohnort bestehenden Gerichten würde beurtheilt werden müssen ».

¹⁴⁷¹ A. Davì, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 61.

¹⁴⁷² V. la reconstitution du parcours législatif de l'article 27 EGBGB proposée par O. Hartweg, *Der Renvol*, p. 85-104 ; cf. *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, p. 58.

¹⁴⁷³ *BT-Drucksache*, p. 38 : « Das fremde Recht soll möglichst so angewandt werden, wie es das fremde Gericht im Fall seiner Entscheidung anwenden würde... ».

348. Concomitances entre les jurisprudences nationales. L'analyse menée dans les sections précédentes soutient l'idée que les juges français, britanniques et américains ont eux aussi visé l'uniformité et, surtout, qu'ils se sont laissés, pour l'atteindre, influencer par des principes bilatéraux et notamment la proximité et l'autonomie, consolidées au besoin par l'unité internationale de la loi successorale. Si l'on met en perspective ces mouvements jurisprudentiels parallèles, il apparaîtra que les tribunaux allemands confrontés aux conflits de renvoi anglo-allemands, américano-allemands ou franco-allemands, ont bien souvent retenu la loi dont il est raisonnable de croire qu'elle aurait rencontré la préférence des tribunaux étrangers si c'est devant ces derniers que ces affaires avaient été portées. Ainsi, par exemple, l'espèce tranchée par BGH du 10 mai 2000 présente d'intéressants éléments d'analogie avec l'affaire *in re Schneider*¹⁴⁷⁴ : l'immeuble était le seul contact avec le pays du *situs* et, une fois liquidé, se posait le problème de sa qualification, mobilière ou immobilière ; on se souvient que la *Surrogate's Court* se prononça, tout comme le BGH, en faveur du droit américain¹⁴⁷⁵. De même, il est vraisemblable que les juges britanniques auraient statué en faveur du droit britannique au sujet de la succession de Cuthbert Roger Gale, la distribution des éléments pertinents entre l'Empire britannique et le pays étranger du domicile n'étant pas sans rappeler celle qui, dans l'affaire *in re Ross*, incita le juge Luxmoore à préférer la loi anglaise¹⁴⁷⁶. S'inspirant du droit international privé anglais, les juges sudafricains auraient raisonnablement, comme le Tribunal supérieur de Bavière, donné prépondérance à la loi allemande pour régler la succession de Bertha Louise H. dont les attaches avec l'Allemagne étaient comparables à celles de Peter Fuld. Semblablement, il est fort probable que les tribunaux français auraient penché eux aussi, comme l'OLG Colmar du 14 juillet 1910, au profit du droit français s'ils avaient été saisis de cette espèce étroitement liée à la France, cependant que ces mêmes tribunaux auraient été à tout le moins tentés d'en rester à la loi allemande – on se souviendra de l'arrêt *Jacquot-Simon*¹⁴⁷⁷ – dans l'hypothèse où le centre de gravité se serait déplacé vers l'ordre allemand.

L'observation d'un tel réseau de concomitances entre les jurisprudences nationales porte à croire que, si des situations comparables sous l'angle de la localisation des facteurs pertinents se produisent à l'avenir, qu'elles soient soumises aux juges de l'un ou de l'autre État, elles seront le plus souvent tranchées par l'application de la même loi. Voilà qui, dans bon nombre de cas, est propre à garantir aux justiciables impliqués une certaine prévisibilité au sujet de la loi qui les régit, en les dispensant de la sorte de se faire un procès pour la connaître.

¹⁴⁷⁴ *Supra*, n° 308.

¹⁴⁷⁵ De New York, dans un cas, de l'Ohio dans l'autre.

¹⁴⁷⁶ *Supra*, n° 291.

¹⁴⁷⁷ *Supra*, n° 256.

Section VI : Jurisprudence espagnole

349. Règle de conflit de lois et disposition sur le renvoi. Dotée depuis plus d'un siècle d'un système de droit international privé largement codifié à l'instar de l'Allemagne, l'Espagne connut elle aussi une refonte législative, en 1974, date de l'entrée en vigueur du nouveau *Título preliminar* du *Código Civil*. Le législateur de 1889 ne s'était pas inquiété de la question du renvoi, l'écho de la découverte de celle-ci en France et en Belgique au début des années 1880 n'ayant manifestement pas pu se propager à temps vers la péninsule ibérique¹⁴⁷⁸. La doctrine espagnole, en effet, semble n'avoir pris conscience du problème qu'à la suite d'une décision, largement commentée, rendue en 1900 par un tribunal catalan¹⁴⁷⁹. L'influence mancinienne s'était fait jour dans le choix du législateur espagnol¹⁴⁸⁰, consacré à l'article 10 de l'ancien Titre préliminaire, de confier à la nationalité le rattachement de la matière, voué à appréhender l'ensemble des biens successoraux, sans égard à leur nature pas plus qu'à leur situation¹⁴⁸¹. Si elle jouit d'une grande marge de liberté à propos du règlement du conflit de renvoi¹⁴⁸², la jurisprudence de l'entre-deux codes est assez peu abondante, sans doute en raison de la propension à l'émigration caractéristique de ce pays jusqu'à il y a quelques décennies.

Tout en s'inscrivant dans la continuité – l'article 9-8 se rallie à la suprématie de la loi nationale¹⁴⁸³ –, le Code civil espagnol de 1974 innove en matière de renvoi, car l'article 12-2 énonce que la « référence au droit étranger doit s'entendre comme faite à sa loi matérielle, sans tenir compte du renvoi que ses

¹⁴⁷⁸ Cf. A. Miaja de la Muela, « Un caso de aplicación del reenvío de primer grado en España », *R.E.D.I.*, 1958, p. 573. Le silence du législateur n'a pas été rompu par le Dahir espagnol du 1^{er} juin 1914 sur la condition juridique des habitants de la zone espagnole du Protectorat du Maroc. La question du renvoi lui étant alors bien connue – elle était régie à l'article 27 de la Loi d'introduction allemande de 1900 (*supra*, n° 313), dont s'inspire sur nombre de points le Dahir – c'est là, semble-t-il, le signe d'une « indécision chez le législateur espagnol quant à la manière de la trancher » (*ibidem*, p. 574).

¹⁴⁷⁹ Dans la brève histoire de la doctrine espagnole à l'égard du renvoi qu'il nous livre, J.A.T. Ortiz de la Torre, *Derecho internacional privado, Parte general*, 2^e ed., Madrid, 1990, p. 151, cite J.D. Trías y Giró comme premier auteur ibérique à s'être occupé du problème (*infra*, notes 1485 et 1488).

¹⁴⁸⁰ En ce sens J.M. Trías de Bes, « Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne », *Rec. cours*, 1930, t. 31, p. 623.

¹⁴⁸¹ La traduction reprise du *Clunet*, 1901, p. 911, énonce que « [l]es successions légitimes et testamentaires, tant au point de vue de l'ordre de succession que de la quotité des droits successoraux et de la validité des dispositions, sont régies par la loi nationale de la personne décédée ». Sur la progressive affirmation de la loi nationale dans la jurisprudence du Tribunal suprême entre 1860 et 1870, v. les décisions citées par M. de Lasala Llanas, *Sistema español de derecho civil internacional y interregional*, Madrid, 1933, p. 248.

¹⁴⁸² Cf. E. Pérez-Vera, « Un caso reciente de derecho internacional privado : la sucesión de un Argentino domiciliado en España. Nota sobre la sentencia del Tribunal supremo de 27 de mayo de 1968 », *R.E.D.I.*, 1969, p. 571.

¹⁴⁸³ « La succession à cause de mort est régie par la loi nationale du défunt au moment de son décès, quels que soit la nature des biens et le pays où ils se trouvent » (trad. A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 24).

règles de conflit font le cas échéant à une loi autre que la loi espagnole »¹⁴⁸⁴. Deux décisions ayant tranché un conflit de renvoi en faveur de la loi espagnole dans deux espèces dominées par les attaches avec l'Espagne ont, semble-t-il, inspiré une telle formule¹⁴⁸⁵. Cependant, les tribunaux ne se sont pas sentis spécialement entravés par celle-ci, largement regardée comme défectueuse¹⁴⁸⁶. Alimentée par l'essor de la nouvelle vocation de l'Espagne comme pays d'immigration – y compris d'une immigration du troisième âge – et plus généralement comme destination d'investissements immobiliers, notamment de logements de villégiature, la jurisprudence espagnole sur le renvoi s'est multipliée lors des vingt dernières années, au point que ce pays s'affirme comme terre d'accueil contemporaine du renvoi successoral. Les décisions rendues par le Tribunal suprême à partir de 1996, mais aussi certains jugements de fond, comptent parmi les plus innovants dans le paysage européen et aussi parmi les plus propres à retenir l'attention, car ils statuent ouvertement tantôt dans un sens tantôt dans l'autre tout en s'efforçant de prendre appui, pour justifier une telle diversité, sur des critères unitaires et cohérents.

¹⁴⁸⁴ « La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el envío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española ». C'est, semble-t-il, à José María Trias de Bes que l'on doit une telle formulation : elle figurait déjà dans l'avant-projet de réforme du *Título Preliminar* que le jurisculte – et homme politique – catalan, nommé rapporteur de la *Comisión general de Codificación*, présenta le 14 novembre 1962 ; malgré les amendements proposés ultérieurement, notamment par de Angulo et Bercovitz (J.A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 2^a ed., Madrid, 1976, p. 237 ; B. von Hoffman / A. Ortiz-Arce, « Das neue spanische Internationale Privatrecht », *RabelsZ.*, 1975, p. 655, note 31) et aussi par le Conseil d'État (M. Aguilar Navarro, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, *Parte segunda*, Madrid, 1979, p. 179), la rédaction de 1962 fut insérée pratiquement telle quelle dans la *Ley de Bases* du 17 mars 1973 et figure à l'art. 12-2 du nouveau Code civil promulgué par le Décret 1836/1974 du 31 mai 1974. Auparavant, en 1944, J. de Yanguas Messia avait fait approuver par la Commission générale de codification un texte tout différent, reflétant son attitude hostile au renvoi : « Cuando, según la normas contenidas en este Código, y en los tratados vigentes en España, deba aplicarse la ley extranjera, regirán sus disposiciones sustantivas, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado ». Sur la genèse de l'art. 12-2, v. J. Pérez Montero, *Comentario al artículo 12-2 del Código civil*, in *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid, 1977, p. 596.

¹⁴⁸⁵ Il s'agit, d'une part, de l'arrêt catalan du 3 août 1900 déjà évoqué (sur lequel v. *infra*, n° 352), qui était allé jusqu'à reproduire de larges extraits de la consultation établie par Trias y Giró, père de Trias de Bes, qui était à son tour père du texte de l'art. 12-2 (v. note précédente) et, d'autre part, de la résolution de la DGRN du 30 juin 1956 (*infra*, n° 352), à laquelle fait allusion l'exposé des motifs de l'art. 12-2 (*infra*, note 1495).

¹⁴⁸⁶ Pour ces critiques, et se limitant ici à la doctrine espagnole que l'on peut dénommer classique, v. not. M. Aguilar Navarro, *Lecciones de Derecho internacional privado*, vol. II, t. II, *Parte segunda*, 3^a ed., Madrid, 1975, p. 180 ; A. Mijang de la Muela, *Derecho internacional privado*, I, *Introducción y Parte general*, 9^a ed., Madrid, 1985, p. 577 ; J.A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 3^a ed., Madrid, 1983, p. 209 ; A. Marín López, *Derecho internacional privado*, I, *Parte general*, 9^a ed., Granada, 1994, p. 267 ; J. Pérez Montero, *Comentario al artículo 12-2*, p. 624 ; A. Herrero Rubio, *Derecho internacional privado*, 3^a ed., Valladolid, 1974, vol. II, p. 218.

Sous-section 1 : Présentation de la jurisprudence

350. Trois périodes. Il convient d'abord de rendre compte des décisions prononcées jusqu'en 1996 (§ 1), avant d'exposer la trilogie que forment les arrêts rendus par le Tribunal suprême durant la période qui court de 1996 à 2002 (§ 2) ; sera enfin examinée la façon dont les juridictions du fond ont, entre 2000 et 2008¹⁴⁸⁷, intégré les principes dégagés par les hauts magistrats (§ 3).

§ 1. Décisions antérieures à l'arrêt *Lowenthal*

351. Deux sous-périodes. L'entrée en vigueur, en 1974, de l'article 12-2 du Code civil espagnol suggère d'adopter un tel événement pour scinder la période ici envisagée en deux séquences : aussi se penchera-t-on d'abord sur les arrêts antérieurs à 1974, dont trois ont tranché le conflit de renvoi au profit de la loi espagnole et les trois autres au profit de la loi étrangère (A) ; on rapportera ensuite les deux décisions rendues sous l'empire de l'article 12-2 jusqu'à 1996, qui se sont l'une et l'autre prononcées pour la loi espagnole (B).

A – Décisions antérieures au Code civil espagnol de 1974

352. Successions soumises à la loi espagnole. Le premier jugement connu, rendu en 1900 par le juge du « district de l'hôpital » de Barcelone¹⁴⁸⁸, portait sur la dévolution de la fortune laissée par D. Thomas A., un Écossais qui « a[vait] résidé à Barcelone pendant cinquante-huit ans, il y a[vait] créé un établissement industriel, il y a[vait] fait l'acquisition d'immeubles importants et il y [était] mort en 1899 »¹⁴⁸⁹. Le *de cuius* avait nommé légataires universels

¹⁴⁸⁷ La jurisprudence espagnole postérieure à 2008 n'a donc pas été incluse dans l'analyse.

¹⁴⁸⁸ *Auto del Juzgado del Distrito del Hospital de Barcelona*, 3 août 1900, *Rev. jur. Catalunya*, 1901, p. 179, et la note de J.D. Trias y Giró, « La solución de retorno (Renvoi) ante los Tribunales de España », *ibidem*, p. 173. Professeur à l'Université de Barcelone, cet auteur avait rendu en l'affaire un avis, traduit par F. Lepelletier et paru – ainsi qu'une traduction de l'arrêt lui-même – au *Clunet*, 1901, p. 905, sous le titre « De la théorie du renvoi devant les tribunaux espagnols ». La décision est commentée, entre autres par le fils J.M. Trias de Bes, « Conception du Droit international privé », p. 663 (et du même auteur, *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1932, p. 33-34 et *Estudios de Derecho internacional privado*, Barcelona, 1921, p. 411) ; M. de Lasala Llanas, *Sistema español de derecho civil internacional*, p. 247 ; J. de Yanguas Messia, *Derecho internacional privado, Parte general*, Madrid, 1944, p. 247 ; L. Gestoso y Tudela, « La teoría de la referencia en Derecho internacional privado », *Anales de la Universidad de Murcia*, Curso 1946-1947, p. 193 ; W. Goldschmidt, *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, 2^e ed., Buenos Aires, 1952, p. 360 ; J. Verplaetse, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1954, p. 289 ; A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, 2^e ed., Madrid, 1956, p. 439 ; A. Marín López, « El reenvío en el derecho español », *R.E.D.I.*, 1956, p. 677. Dans la littérature contemporaine, v. J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo », p. 1265-1266 (c'est à cet auteur que l'on doit l'exposé le plus détaillé de la jurisprudence espagnole avant l'affaire *Lowenthal* : v. déjà in *Derecho internacional privado, Parte general*, 2^e ed., Madrid, 1990, vol. II, p. 160) et A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 27.

¹⁴⁸⁹ *Clunet*, 1906, p. 906.

ses deux fils, José et Tomás, ce dernier cependant sous certaines conditions, en soumettant expressément le calcul de l'éventuelle réserve à la loi anglaise et non pas à la loi écossaise, sa loi personnelle¹⁴⁹⁰. Constatant que cette dernière « n'admet pas la compétence que lui attribue la loi espagnole et se réfère à son tour à celle-ci, au motif que, le défunt ayant laissé des biens meubles et immeubles à Barcelone, la loi du territoire est celle qui doit régir sa succession », et constatant aussi « qu'il n'existe en Espagne aucune loi qui résolve ce conflit et que, par suite, on doit se reporter à la coutume ou aux principes généraux du droit », le juge en tire la conclusion qu'« il n'y a aucun doute que la succession du [*de cuius*] est régie par la loi de Catalogne, car les biens laissés par lui sont sis à Barcelone »¹⁴⁹¹. Il est d'ailleurs vraisemblable qu'à l'établissement à Barcelone de D. Thomas A. prolongé « pendant plus d'un demi siècle »¹⁴⁹² et au siège dans cette ville de la totalité de sa fortune, venaient s'adjoindre les liens prépondérants qu'entretenaient avec l'Espagne les deux enfants du *de cuius*.

Se prononça également pour la loi espagnole une résolution du 30 juin 1956 de la Direction Générale des Registres et du Notariat (DGRN)¹⁴⁹³ dont on a pu écrire « qu'elle ouvre la voie à l'admission du renvoi par les notaires »¹⁴⁹⁴ ; une place de choix lui revient dans l'histoire du renvoi en Espagne car elle a directement influencé le texte de l'avant-projet présenté en 1962 puis transposé à l'article 12-2¹⁴⁹⁵. Une dame María Luisa Guerra Cortínez, ressortissante argentine mais ayant eu « sa résidence permanente en Espagne pendant plus de trente ans »¹⁴⁹⁶, avait, par testament établi devant un notaire de San Sebastian, nommé comme exécuteur testamentaire et préposé à la liquidation de sa succession – *albacea* et *contador partidor*, une institution du droit espagnol in-

¹⁴⁹⁰ « [A]uquel cas et pour fixer le chiffre de cette réserve il devra se soumettre aux dispositions de la loi anglaise » (*Clunet*, 1906, p. 906). À la différence de la loi anglaise, la loi écossaise prévoyait une réserve de la moitié mais calculée sur la valeur des seuls meubles. Il y a lieu de penser que celle que la loi catalane accordait au fils Tomás qui avait sollicité la consultation – un huitième du patrimoine héréditaire net de toute charge plus un huitième des trois quarts restants – était plus significative, compte tenu de l'importance des immeubles compris dans la masse à partager.

¹⁴⁹¹ *Clunet*, 1906, p. 911.

¹⁴⁹² J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo », p. 1265.

¹⁴⁹³ *BOE*, 17 août 1956, et *Anuario DGRN*, 1956, p. 40-48. Cette résolution a inspiré deux études parues à la *R.E.D.I.* : A. Marín López, « El reenvío en el derecho español », et A. Miaja de la Muela, « Un caso de aplicación del reenvío ». V. ég. V.L. Simó Santonja, *Derecho sucesorio comparado*, Madrid, 1968, p. 114 ; A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 300 ; J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo », p. 1267 et *Derecho internacional privado*, p. 165.

¹⁴⁹⁴ A. Miaja de la Muela, « Un caso de aplicación », p. 584 ; comp. A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 301. Sur l'importance d'une telle résolution v. ég. A. Marín López, « El reenvío en el derecho español », p. 677.

¹⁴⁹⁵ On lit dans l'exposé des motifs, très succincts, relatifs à l'art. 12-2 que « en materia de reenvío se adopta una solución transaccional al admitir solamente el de retorno o reenvío de primer grado y en cuanto sea en favor de la ley española, con lo qual se sigue la doctrina legal ya sentada por la Dirección General de los Registros » (v. J.A.T. Ortiz de la Torre, *Derecho internacional privado*, p. 151). Il ne peut s'agir que de la résolution du 30 juin 1956, la seule publiée qu'a prononcée la DGRN avant 1974 et aussitôt remarquée par la doctrine (v. les deux notes précédentes).

¹⁴⁹⁶ A. Miaja de la Muela, « Un caso de aplicación », p. 575.

connue du droit argentin – un sieur Pradera Ortega et, pour le rémunérer, elle lui avait accordé l'usufruit de 45 % et la pleine propriété de la dixième partie de son patrimoine. La DGRN tint pour valable à la fois la nomination faite par la *de cujus* et les opérations d'inventaire et de partage des biens sis en Espagne que Pradera Ortega avait effectuées conformément au droit espagnol¹⁴⁹⁷. Non expressément motivée¹⁴⁹⁸, l'application du droit espagnol du domicile, facteur de rattachement retenu par le droit international privé argentin, s'explique d'après une certaine doctrine par le fait que, « la *de cujus* argentine ayant vécu de nombreuses années en Espagne, la Direction générale... la tenait pour plus significativement rattachée au système espagnol qu'au système argentin »¹⁴⁹⁹.

La dernière décision favorable au renvoi avant 1974 a été rendue par le juge de première instance n° 10 de Madrid le 18 février 1974¹⁵⁰⁰ à propos de la succession, cette fois *ab intestat*, de sieur A. et de dame B., époux britanniques, originaires de Gibraltar, domiciliés, depuis respectivement cinq et six ans, à Madrid où se trouvait l'immeuble constituant l'essentiel de la masse héréditaire. Le fils unique du couple avait sollicité une déclaration d'héritier *ab intestat* ; celle-ci fut émise conformément au droit espagnol, dont la vocation à trancher le conflit de renvoi n'était, semble-t-il, pas contestée, l'Espagne étant d'ailleurs – le juge le souligne – tant le lieu du domicile des défunts que le lieu de situation du seul actif héréditaire¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁷ Sieur Pradera Ortega avait rédigé le rapport des opérations de liquidation, partage et attribution des biens ; un notaire avait homologué ce rapport et demandé l'inscription du procès-verbal d'homologation à l'office du registre foncier (*Registro de la Propiedad*), qui l'avait refusée au motif, entre autres, que le droit argentin applicable ignorait la fonction du *contador-partidor*. Le notaire saisit le Président de l'*Audiencia Territorial* de Pampelune, qui leva le refus d'inscription, celle-ci étant devenue possible du fait de l'application, par renvoi, de la loi espagnole. Saisie en appel, la DGRN l'en approuva.

¹⁴⁹⁸ J. de Yanguas Messia, *Derecho internacional privado*, 3^a ed., Madrid, 1971 (« sin razonar los motivos »).

¹⁴⁹⁹ A. Marín López, « El reenvío en el derecho español », p. 686 (« Y como la de cuyus argentina había vivido muchos años en España, la Dirección general, frente al parecer del registrador, la consideraba ligada mas al derecho español que al argentino. Esta es, pues, una de las razones que hayan podido inducir a la admision del reenvío : su clara conexión con el sistema jurídico español »).

¹⁵⁰⁰ Juzgado de 1^a Instancia, núm. 10, de los de Madrid, du 18 févr. 1974, décision non publiée dont l'essentiel est reproduit par J. González Campos / J.C. Fernández Rozas, *Prácticas de derecho internacional privado*, 6^a ed., Oviedo, 1978, vol. I, p. 205 ; v. ég. J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo », p. 1269 ; A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 302 et A. Marín López, *Derecho internacional privado español*, p. 269.

¹⁵⁰¹ Le juge madrilène considère que, d'après le droit international privé anglais, « la sucesión de los bienes inmuebles de una persona que fallece abintestato se rige por el Derecho del domicilio que el causante tuviera en el momento de su muerte lo que en realidad significa un reenvío a las normas que legalizan la sucesión intestada en España, tanto en consideración a que la parte solicitante expresamente consigna que el núcleo principal de los bienes de las herencias lo constituye una finca urbana, como que el domicilio de los causantes, en el momento de su muerte ». Il semble que si l'on part du principe que le lieu de situation des immeubles n'est pas, quant à la succession relative à ceux-ci, retenu comme facteur de rattachement par la règle de conflit anglaise, c'est que ce rattachement ne participe pas au conflit de renvoi ; aussi devient-il un lien tiers, susceptible en tant que tel de concourir à le résoudre.

Trois autres décisions – les trois statuant sur des successions *ab intestat* – avaient, dans cette période de vide législatif, préféré s'en tenir à la loi étrangère.

353. Décisions ayant retenu la loi étrangère. Dans la première, rendue par la Cour de Grenade (*Audiencia Provincial*) le 7 février 1925¹⁵⁰², était en cause la dévolution des immeubles sis en Espagne laissés par le membre d'une influente, et opulente, famille d'hommes d'affaires et politiques gibraltariens d'origine espagnole. Incapable soumis à tutelle, Arturo Larios était décédé en 1912 à Gibraltar, territoire sous la souveraineté britannique, où il était né en 1842 et avait résidé pendant toute sa vie¹⁵⁰³. Pablo Larios, l'un de ses vingt-deux neveux et nièces, fils de son frère aîné et prédécédé Pablo Antonio Larios, avait occupé les domaines au cœur du différend en se prévalant de la loi anglaise dont une quinzaine de ses cousins – issus des familles Gross Schott de Málaga, Hickie d'Irlande et Byrne d'Angleterre – contestaient la vocation en arguant, entre autres, du renvoi à la loi espagnole de situation. Jugeant qu'Arturo Larios avait délaissé la nationalité espagnole d'origine qu'il tenait de son père pour devenir citoyen britannique – qualité dont il s'était réclamé pendant toute

¹⁵⁰² Sur cet arrêt, v. J.M. Trías de Bes, *Derecho internacional privado. Sistema del Derecho español positivo*, 2^e ed., Barcelona, 1940, p. 35 ; L. Gestoso y Tudela, « La teoría de la referencia », p. 193 ; A. Marín López, *Derecho internacional privado español*, p. 269 ; A. Miaja de la Muela, « Un caso de aplicación », p. 574 ; J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo », p. 1266.

¹⁵⁰³ Père d'Arturo, Pablo Eustaquio Larios s'était installé à Gibraltar vers 1810-1811, à l'âge de 18 ans (compte rendu dans la *Rev. der. privado*, 1927, p. 19 ; pour la généalogie de la famille Larios v. <http://www.genealogiaviva.es/mediapool/75/7507666/data/Arboles/Arbol_Linaje_Larios.pdf>. Ses huit enfants – dont trois fils : Pablo Antonio, l'aîné, Ricardo et Arturo – naquirent à Gibraltar (information tirée de la généalogie sus-évoquée). La famille Larios résida pendant plus de quarante ans dans l'hôtel particulier qui est aujourd'hui le *City Hall* de Gibraltar, en y donnant des concerts et des bals et en y accueillant des représentants de la Couronne d'Angleterre, tel le Duc de Connaught, fils de la Reine Victoria, qui visita le Rocher en 1876 (voici ce qu'on lit sur la plaque fixée à l'entrée du *City Hall* : « 1876 – Placed by the Larios at the disposal of the Duke of Connaught, son of Queen Victoria, during his tour of duty in Gibraltar. It was known as Connaught House while it was the residence of the Larios family [1876-1920] » ; v. E.G. Archer, *Gibraltar : Identity and Empire*, Abindgon, 2006, p. 214, note 14). Une partie des biens provenant des affaires de Gibraltar (notamment de la « Larios Bros », fondée par le père Pablo Eustaquio, et évoquée plus loin dans le texte) avait été investie, à partir des années 1880, dans la création d'une entreprise, vite devenue prospère, fabriquant des bouchons de liège, implantée à Linea de Concepción, sur sol espagnol, mais « à un jet de pierre » du rocher de Gibraltar ; Arturo Larios en était actionnaire, tout comme les enfants de Pablo Antonio, prédécédé : v. J.I. Jiménez Blanco, « Los Larios y la *Industria Corcheira* : un caso de industrialización fallida en el Campo de Gibraltar », *Revista de Historia Industrial*, 2005, p. 49 ; il s'agit, pour cet auteur, d'une « empresa gibraltareña », puisque « la familia Larios operaba desde Gibraltar » (« Sin embargo, la vida y patrimonio de esta empresa permanecen, por el momento, en el más absoluto anonimato, debido principalmente a su domiciliación en el peñón de Gibraltar » : p. 56). Il semble bien que la famille Larios, et notamment la génération de Pablo Antonio, Ricardo et Arturo, a joué un rôle important dans l'histoire économique, politique et sociale du Rocher : v. E.G. Archer, *Gibraltar : Identity and Empire*, p. 214, d'après lequel les Larios « provide an unusual perspective on issues relating to a sense of Gibraltarian identity ». Le « Trafalgar Cemetery » de Gibraltar abrite un mausolée de la famille Larios. Sur l'influence de celle-ci dans l'histoire de la *Royal Calpe Hunt*, « the institution of Gibraltar » qui a contribué à façonner l'identité gibraltarienne (en ce sens G. Fergusson, *Hounds are Home*, London 1972), v. E.G. Archer, « Gibraltarians, Cultural Bonding and Sports », *Sports in Society*, 2003, p. 43, note 13.

sa vie et c'est au demeurant comme sujet britannique qu'il avait été traité par les autorités de tutelle, organisée selon les lois britanniques¹⁵⁰⁴ –, l'Audience provinciale de Grenade déclara ne pas voir de raisons suffisantes « en l'espèce » pour évincer la loi britannique en vigueur à Gibraltar, désignée par la règle de conflit espagnole¹⁵⁰⁵. Outre les immeubles litigieux, le défunt avait laissé un patrimoine mobilier plus considérable encore¹⁵⁰⁶, situé entièrement à Gibraltar¹⁵⁰⁷, issu de la liquidation de la société commerciale gibraltarienne « Larios frères » ; les autorités du Rocher en avaient été antérieurement saisies, en le soumettant au droit britannique¹⁵⁰⁸.

Tranchée quarante ans plus tard – le 17 février 1966¹⁵⁰⁹ – par l'Audience territoriale de Palma de Majorque, la deuxième affaire concernait la transmission des biens laissés aux Îles Baléares par José Quetglás Sánchez, ressortissant argentin domicilié depuis longtemps en Espagne, notamment à Majorque, mais ayant toujours « montré pendant sa vie un intérêt particulier à conserver sa nationalité argentine »¹⁵¹⁰. Poursuivaient ses biens, d'une part, l'épouse survivante, María Vidal Juan – leur mariage avait été célébré devant le Consul argentin en Espagne – laquelle, en l'absence de testament, invoquait la qualité de seule héritière légale que lui conférait le droit argentin, et, d'autre part, des collatéraux, qui, eux, excipaient du renvoi au droit espagnol du domicile, plus favorable à leur cause. Le juge de Manacor avait donné satisfaction à ces derniers en les déclarant héritiers sur le fondement du droit espagnol, mais ce premier jugement fut infirmé par le tribunal de Palma de Majorque dont la décision, rendue par application du droit argentin, fut maintenue par l'Audience territoriale.

¹⁵⁰⁴ V. la décision du Tribunal suprême citée à la note suivante.

¹⁵⁰⁵ « en el presente caso... no hay para qué salirse de él [artículo 10 del Código civil], y buscar otra solución que la que el mismo da ». Saisi en dernière instance, le Tribunal suprême, par arrêt du 10 févr. 1926 (in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, p. 466 ; v. ég. un compte rendu in *Revista de derecho privado*, 1927, p. 19) estima en revanche qu'il n'avait pas été prouvé qu'Arturo Larios avait perdu la nationalité espagnole, ce qui entraîne la disparition du conflit de renvoi (L. Gestoso y Tudela, « La teoría de la referencia », p. 193).

¹⁵⁰⁶ STS, 10 févr. 1926, p. 473 (« los inmuebles todos en Málaga... y el resto, o sea la mayor parte de lo ayudando, fue de naturaleza mueble »).

¹⁵⁰⁷ STS, 10 févr. 1926, p. 475 (« no resultando que al morir quedasen a su nombre en España ningunos [bienes] de naturaleza mueble »).

¹⁵⁰⁸ STS, 10 févr. 1926, p. 475 (« después de morir D. Arturo Larios, y aun de promovido dicho pleito, el Tribunal de Gibraltar, si bien proveyó a la Administración de los bienes todos muebles allí dejados por el causante, sometidos por ley del país a ella misma y a la jurisdicción de dicho Tribunal, no así en cuanto a los bienes radicantes en España »).

¹⁵⁰⁹ Sur cette affaire, v. spéc. J. González Campos et J.C. Fernández Rozas, *Derecho Internacional Privado, Materiales y Prácticas*, Madrid, 1983, p. 269 ; J.A.T. Ortiz de la Torre, *Derecho internacional privado*, p. 166.

¹⁵¹⁰ « [Y] como quiera que el causante a pesar de su large estancia en Mallorca, lugar de su residencia habitual, puso en vida un especial interés en conservar su nacionalidad argentina ». Si l'on fait abstraction de certains des arguments traditionnels contre le renvoi qu'elle évoque, c'est là la raison essentielle que donne l'Audience provinciale pour en rester à la loi argentine.

Un conflit de renvoi hispano-argentin était également au cœur de l'affaire décidée par le Tribunal suprême par arrêt du 27 mai de 1968¹⁵¹¹. Il s'agissait ici de nouveau du sort des biens laissés à Majorque par un ressortissant argentin, Miguel Campomar, qui s'était installé en Espagne à l'âge de quatorze ans pour y demeurer jusqu'à sa mort, tout en revendiquant toujours lui aussi son appartenance à la « République indépendante » d'Argentine, sous les drapeaux de laquelle il avait d'ailleurs effectué son service militaire. Le contentieux opposait, d'une part, sa deuxième épouse, laquelle entendait se prévaloir du droit argentin qui lui garantissait la moitié de la masse en pleine propriété, et, d'autre part, son fils qui se réclamait, lui, du droit espagnol, qui, s'agissant du concours entre descendants et conjoint survivant, était moins généreux envers ce dernier puisqu'il ne lui laissait qu'un tiers en usufruit. Le renvoi au droit espagnol ne fut pas invoqué par le fils qui préféra soutenir que le *de cujus* possédait la nationalité espagnole ; ce que dénièrent les juges, qui tranchèrent par application du droit argentin de la nationalité du défunt. Conclusion qui conduisit un commentateur à dire du renvoi qu'« il s'agit... d'un problème qui, en l'état actuel de notre droit positif, pourrait être considéré comme laissé à l'autonomie des parties »¹⁵¹².

B - Décisions rendues sous l'empire de l'article 12-2 du Code civil espagnol de 1974

354. Deux affaires tranchées conformément au droit espagnol. Si l'on exclut les décisions prononcées en première instance et en appel dans les affaires *Lowenthal* et *Denney*, deux arrêts seulement méritent d'être évoqués entre 1974 et 1996, dont aucun ne semble par ailleurs avoir fait grand cas de la prescription qu'avait accueillie l'article 12-2 du Code de 1974.

Dans SAP Alicante du 19 novembre 1991¹⁵¹³ était en cause la succession immobilière laissée en Espagne par un ressortissant britannique d'origine écossaise. L'espèce était, a-t-on écrit, « fort semblable »¹⁵¹⁴ à celle décidée par le juge de Barcelone en 1900 ; on ignore cependant si une telle ressemblance concernait également la localisation des contacts autres que la nationalité et la situation des immeubles litigieux, et spécialement le lieu du domicile, tant du *de cujus* que des parties au litige. L'issue de celui-ci fut en tout cas la même : le

¹⁵¹¹ STS, 27 mai 1968, *R.E.D.I.*, 1969, p. 342 et la note de E. Pecourt, *ibidem*, p. 345 ; v. ég. l'étude de E. Pérez Vera, « Un caso reciente de derecho internacional privado », *R.E.D.I.*, 1969, p. 561. En revanche, pour A. Marín López, *Derecho internacional privado*, p. 269, le Tribunal suprême « n'accepta pas » le renvoi.

¹⁵¹² E. Pérez-Vera, « Un caso reciente », p. 572 : « Se trata, pues, de un problema que en el actual estado de nuestro Derecho positivo podría considerarse abandonado a la autonomía de la voluntad de las partes ».

¹⁵¹³ SAP Alicante, 19 nov. 1991, *R.G.D.*, 1992, p. 10751, *R.E.D.I.*, 1992, p. 498, note S. Sánchez Lorenzo.

¹⁵¹⁴ En ce sens, S. Sánchez Lorenzo, note sous SAP Alicante, 19 nov. 1991, p. 499 (« el supuesto es muy similar »).

droit espagnol l'emporta et, en conséquence, le testament fut déclaré inefficace dans la mesure de la réserve qu'accordait aux descendants le Code civil espagnol.

Immobilière était aussi la succession faisant l'objet du contentieux qu'eut à arbitrer le Tribunal suprême le 23 octobre 1992¹⁵¹⁵. L'Audience provinciale de Valence avait, à l'égard des immeubles laissés en Espagne par Henri Nicolas D., ressortissant belge, retenu la loi espagnole y compris pour ce qui était de la réductibilité d'une libéralité que le *de cujus* avait consentie au profit de son épouse Claire Raffaella M. C'est à l'encontre de celle-ci que Jean-Marie Martin P.D. et Martin Jean-Marie P.D. avaient dirigé l'action en réduction. Les parties en cause étaient « toutes de nationalité belge ». En décidant ainsi, le juge de Valence avait déclaré irrecevable l'appel formé par les demandeurs tendant à l'application du droit belge qui opérait une réduction plus importante, et ce au motif que la compétence du droit espagnol « n'[avait] pas fait l'objet de contestation ». Saisi en annulation, le Tribunal suprême rejeta le pourvoi en considérant entre autres choses que « l'on ne peut en Espagne appliquer d'office la loi étrangère lorsque, comme c'est le cas en l'espèce..., personne ne l'invoque, dans la mesure à tout le moins où... il s'agit de biens situés en Espagne ». L'accord spontané des prétendants quant à l'efficacité de la loi espagnole en première instance, combiné à la localisation en Espagne de l'immeuble litigieux, suffisait donc, sans même le soutien de l'article 12-2, à légitimer, aux yeux des hauts magistrats, la soumission à la loi espagnole de cette succession frappée d'un conflit hispano-belge de renvoi.

C'est à peu près tout ce que livrent les sources antérieures à 1996. Il est temps de se pencher sur les grands arrêts de la période 1996-2002.

§ 2. Arrêts du Tribunal suprême de 1996, 1999 et 2002

355. Affaire Lowenthal. Né en 1913, ressortissant américain du Maryland, Jean Arthur Lowenthal avait épousé en premières noces à Baltimore une ressortissante américaine dont il avait divorcé ; il avait ensuite eu deux enfants, Jean Arthur Jr. né en 1956 et Loretta née en 1959 – auxquels il avait transmis la nationalité américaine – d'une ressortissante espagnole, Pilar, avec laquelle il avait, également en 1959, peu après la naissance de Loretta, convolé en secondes noces à Gibraltar et vécu à Malaga pendant quelques temps. Il s'en était séparé deux ans après leur mariage pour faire ménage commun avec une comtesse suédoise, Anne Margaretha Larsson, qui avait eu elle aussi un enfant d'une relation antérieure, Rolf Linder. Après avoir obtenu en 1962 l'annulation du mariage qui le liait à Pilar par une décision espagnole confirmée par le Tri-

¹⁵¹⁵ STS, 23 oct. 1992, *Aranzadi R.J.*, 1992, n° 8280. Pour A. Marín López, *Derecho internacional privado*, p. 272, cette décision a admis le renvoi ; en revanche, pour J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal supremo », p. 1262, note 2, la loi espagnole a été appliquée faute de preuve de la loi étrangère.

bunal suprême, Jean Arthur Lowenthal avait pu sceller par un nouveau mariage son union avec Anne Margaretha. C'est après le décès de celle-ci qu'il avait commencé à songer à ses dernières volontés. Aussi avait-il établi à cet effet, d'abord en Espagne, en octobre 1975, un premier testament qui disposait de l'immeuble espagnol qu'il possédait à Malaga en faveur de Rolf Linder et du restant de ses biens en faveur de son frère Albert Lowenthal, américain résidant dans le Maryland, dont il avait toujours été très proche ; il avait ensuite, au mois de décembre 1975, établi à Baltimore un second testament qui en substance confirmait la dévolution projetée par le premier ; il avait enfin, au mois de mars 1976, à nouveau en Espagne, établi un troisième testament où, « en révoquant ses volontés antérieures », il laissait l'immeuble espagnol à Albert Lowenthal sans toutefois y mentionner ses autres actifs américains. Décédé à Londres au mois de juin 1977, sa dépouille fut transportée aux États-Unis et repose depuis dans le cimetière juif de Baltimore¹⁵¹⁶. Il semble que le *de cuius* n'ait pas eu son dernier domicile en Espagne, les sources le situant tantôt en Angleterre, solution que semble avoir retenue le Tribunal suprême, tantôt à Baltimore, vers quoi ont penché les juridictions dans le Maryland sans par ailleurs que ce point ait fait l'objet d'un véritable débat¹⁵¹⁷. La réunion de ses effets héréditaires avait en tout cas révélé que ceux-ci se composaient pour environ deux tiers de biens sis au Maryland dont la plupart étaient des meubles détenus par une banque de Baltimore, et pour environ un tiers de l'immeuble de Malaga¹⁵¹⁸.

C'est d'abord devant les autorités de Baltimore que le contentieux s'était noué et ce premier volet américain avait donné lieu en l'espace de sept ans à pas moins de sept décisions dont une de la Cour suprême des États-Unis,

¹⁵¹⁶ Pour une photo de l'emplacement et de la pierre tombale au *Jewish Friendship Cemetery*, v. le site <www.findagrave.com>.

¹⁵¹⁷ Dans son second *fundamento de derecho*, le Tribunal suprême rapporte que « el causante era ciudadano de Maryland, con último domicilio en Inglaterra, donde falleció ». Les hauts magistrats semblent bien reprendre sur ce point la décision d'appel, SAT Granada, 22 déc. 1988, *R.G.D.*, 1989, p. 8651, note de M. Moya Escudero, *R.E.D.I.*, 1990, p. 635, où on lit que « el difunto don J.A.L. era ciudadano del Estado del Maryland... su último domicilio lo tuvo en Inglaterra, donde acedió su fallecimiento ». Au huitième et dernier attendu, le Tribunal suprême relève que le « causante de este litigio... no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio ». Il est donc raisonnable d'interpréter le premier attendu énonçant que le *de cuius* « era in vida ciudadano del Estado de Maryland... y residía en Málaga » en ce sens qu'avant de se fixer à Londres, Lowenthal avait résidé en Espagne (rapp. J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1700). La doctrine a retenu le domicile en Angleterre : E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 82 ; M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, « Succession law and renvoi », p. 976. D'ailleurs, si Lowenthal avait eu son domicile en Espagne, l'argument de l'unité du régime s'écroule (J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal supremo », p. 1263, note 4 et « Anular por reenvío », p. 1700-1701).

¹⁵¹⁸ Pour cette proportion, v. *Lowenthal v. Rome*, 57 Md. App. 728, 471 A.2d 1102 (1984) (« approximately two-thirds of... assets are in America and one-third of his assets are in Spain »). Dans le second attendu de la décision du Tribunal suprême, on lit que « parte de los bienes relictos se hallan en España ». Cf. A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 7 : « quelques-uns de ses biens situés en Espagne ».

encore que de refus du *certiorari*¹⁵¹⁹. Albert Lowenthal, par ailleurs décédé pendant la procédure, et l'exécuteur testamentaire, Morton E. Rome, avocat du Maryland, avaient obtenu la déclaration de validité et l'enregistrement subséquent à la fois du testament américain, encore que dans la seule mesure où il disposait des biens américains en faveur d'Albert Lowenthal, et du second testament espagnol en ce qu'il disposait de l'immeuble espagnol également en faveur de son frère. Pour conclure en ce sens, il avait fallu aux tribunaux de Baltimore établir d'abord la régularité formelle du second testament espagnol, ce qu'ils firent conformément à la loi espagnole désignée par la règle de conflit pertinente du Maryland, d'origine « statutaire »¹⁵²⁰ ; il leur avait fallu ensuite, et quant au fond, statuer sur la question de l'étendue de la révocation opérée par le second testament espagnol, et décider si celle-ci ne visait que le premier testament espagnol ou bien atteignait également le testament américain. C'est cette dernière thèse que soutenaient Pilar et ses enfants et, si elle avait prospéré, elle aurait emporté l'ouverture de la dévolution *ab intestat* des biens américains que Jean Arthur Jr. et Loretta auraient alors entièrement recueillis. Mais elle ne parvint pas à s'imposer car les juges de Baltimore, en prenant appui à la fois sur le droit espagnol et le droit du Maryland¹⁵²¹, estimèrent que, pour ce qui était de ces biens américains, la volonté du disposant de mars 1976 était de préserver la volonté exprimée par lui au mois d'octobre 1975.

Non découragés par la défaite essuyée sur le front américain, Jean Arthur Jr. et Loretta en ont ouvert un autre en Espagne et, en changeant de conseils comme de stratégie offensive, ont réclamé devant les juges de Malaga la réserve sur l'immeuble que leur accordait le droit espagnol dont la compétence tenait à leurs yeux au renvoi tiré de la règle de conflit immobilière américaine. S'ils n'ont pas réussi à persuader le juge de première instance, qui a entériné les dernières volontés du défunt en vertu du droit du Maryland en refusant le jeu du renvoi, ils ont en appel emporté la conviction de l'Audience territoriale

¹⁵¹⁹ *Lowenthal v. Rome*, 45 Md. App. 495, 413 A.2d 1360 (1980) ; *Rome v. Lowenthal*, 288 Md. 741 (1980) ; *Rome v. Lowenthal*, 290 Md. 33, 428 A.2d 75 (1981) ; *Lowenthal v. Rome*, 57 Md. App. 728, 471 A.2d 1102 (1984) ; *Lowenthal v. Rome*, 300 Md. 153, 476 A.2d 722 (1984) ; *Lowenthal v. Rome*, 294 Md. 277, 449 A.2d 411 (1982) ; *Lowenthal v. Rome*, 460 U.S. 1012, 103 S.Ct. 1253, 75 L.Ed.2d 481 (1983). Sur le volet américain du contentieux, v. P. Chase, « The Uniform International Will : The Next Step in the Evolution of Testamentary Disposition », 6 *B.U. Int'L.J.* 317 (1988).

¹⁵²⁰ La Section 4-104 de l'*Estates and Trusts Article* du Maryland en vigueur à l'époque énonçait que le testament établi à l'étranger peut l'être conformément aux formes prévues par la loi du lieu de l'acte : v. *Lowenthal v. Rome*, 57 Md. App. 728 (1984) ; P. Chase, « The Uniform International Will », p. 323. La disposition est reprise par la Section 4-104 du *Maryland Code Estates and Trust*.

¹⁵²¹ Il semble que le droit du Maryland a été surtout appelé à la rescousse pour venir à bout de l'incertitude du droit espagnol révélée par la divergence des rapports rendus par les experts sollicités : « there was a marked difference of opinion in the testimony of the two Spanish attorneys who testified as to the meaning of the revocation clause... » (*Lowenthal v. Rome*, 57 Md. App. 728, 1984). C'est notamment l'admission en tant qu'élément de preuve d'une lettre adressée par le testateur à son frère peu après l'établissement du second testament espagnol qui était controversée en droit espagnol.

de Grenade qui a admis un tel jeu¹⁵²². Saisi par les descendants du frère du *de cujus*, le Tribunal suprême, par un arrêt abondamment motivé rendu le 15 novembre 1996¹⁵²³, infirme la décision d'appel et réhabilite celle du premier juge. L'expression « tenir compte du renvoi » figurant à l'article 12-2 du Code civil « n'entraîne pas » – explique-t-il de manière très pédagogique – « que les règles espagnoles doivent s'appliquer inéluctablement puisque 'tenir compte'... signifie 'garder à l'esprit, considérer' » et, par conséquent, « il appartient à ce tribunal de déterminer si le renvoi (qui a été quelques fois admis par nos tribunaux d'instance), doit ou non être accepté dans le cas présent ». Le droit espagnol demeurant fidèle aux principes de nationalité et d'universalité de la succession, « le renvoi doit s'entendre comme un instrument d'harmonisation des systèmes juridiques des États, comme un instrument respectueux des principes dont ils s'inspirent ; or si le droit américain laisse une grande liberté de tester, l'application du droit espagnol à la succession du *de cujus* dont il s'agit ici, lequel n'a conservé ni la résidence ni le domicile en Espagne, n'harmonisera en rien la coexistence des droits respectifs ».

356. Affaire Denney. Né en 1913 à Norfolk, Angleterre, citoyen britannique, descendant direct de Sir Anthony Denney, conseiller d'Henri VIII, Anthony Denney avait étudié les beaux-arts au *Royal College of Art*¹⁵²⁴. Au cours de la deuxième guerre mondiale il avait servi dans le génie militaire (*Royal Engineers*) et s'était retrouvé en Inde, où, alors capitaine, il avait été un employé du service des renseignements (*Military Intelligence*) et avait fait des séjours au Tibet et en Chine. C'est de cette période que datent ses premiers travaux de photographie qui avaient attiré l'attention du directeur de *Vogue* et constitué le point de départ de sa renommée comme *Decorations Editor* dans les années après-guerre. Anthony Denney avait poursuivi en parallèle une carrière de décorateur-expert pour une clientèle de gens célèbres et fortunés et, collectionneur perspicace, avait acheté un nombre importants d'œuvres d'artistes contemporains avant qu'ils ne deviennent connus. Le premier mariage du *de cujus*, avec une Diana Ross, Américaine ayant fait ses études en Angleterre, auteur et illustratrice de livres pour enfants, lui avait donné un fils, Timothy, et deux ju-

¹⁵²² SAT Granada, 22 déc. 1988 ; v. la note de M. Moya Escudero, *R.G.D.*, 1989, p. 8651, et E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 93.

¹⁵²³ STS, 15 nov. 1996, *Aranzadi R.J.*, 1996, R. 8212, et le commentaire de E. Rodríguez Pineau, *R.E.D.I.*, 1997, p. 264 ; v. entre tous, J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo », p. 1261 (et « Anular por reenvío », p. 1700) ; E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 81 et du même auteur, « Sucesión hereditaria », in A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho de familia internacional*, 4^e ed., Granada, 2008, p. 425 ; M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 181 ; A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 6.

¹⁵²⁴ V. le site en trois langues (espagnol, anglais et français) établi par Antony F. Anderson, époux de Teresa Denney, l'une des filles d'Anthony Denney, en collaboration avec l'étude Allen & Overy, <www.museum-security.org>. Les informations que l'auteur y relate et les impressions qu'il partage sont d'autant plus intéressantes qu'il a eu pour rôle dans l'affaire *Denney* de « coordonner les démarches juridiques internationales entreprises pour établir les droits à la succession » revenant aux descendants du *de cujus* (<www.museum-security.org/denney/15f-afa.htm>).

nelles, Sarah et Teresa, tous titulaires de la double nationalité britannique et américaine¹⁵²⁵. Divorcé en 1950, il avait vécu pendant les vingt années suivantes en Angleterre et en Espagne, en maintenant pendant quelques temps des liens avec ses enfants, et notamment avec sa fille Sarah. En 1970, il s'était remarié avec Mercedes Royde Smith, elle aussi britannique, avec laquelle il s'était installé de façon permanente en Espagne, à Alicante, d'abord, et ensuite, au début des années 80, dans l'Estremadure, à Salvatierra de los Barrios, dans un ancien château-fort des Croisés du XII^e siècle qu'il avait restauré. Il décéda subitement en 1990 à l'âge de soixante-seize ans. C'est à sa seconde épouse qu'il avait, par un testament établi en Espagne, laissé l'intégralité de ses biens hormis les droits qu'accordait à ses enfants « sa loi nationale », à charge pour la légataire universelle de faire don d'une collection d'œuvres d'art au Musée d'Art Moderne de Toulouse auquel le *de cujus* l'avait par ailleurs déjà prêtée mais dont une partie se trouvait encore à son décès, en vertu d'un prêt antérieur, au Dallas Museum of Art, au Texas.

Après avoir apparemment rompu tout contact avec leur père depuis plusieurs années, les trois enfants du *de cujus*, qui vivaient entre l'Angleterre et les États-Unis¹⁵²⁶, venaient maintenant réclamer ce qui leur était dû selon la loi espagnole de situation d'une partie des biens et du domicile du *de cujus* à l'encontre de dame Royde Smith, laquelle invoquait la loi anglaise qui préservait son acquis. En ruinant la décision de l'Audience provinciale de Badajoz, qui avait non sans hésitation retenu le droit espagnol¹⁵²⁷, le Tribunal suprême, par décision du 21 mai 1999¹⁵²⁸, entérine ici de nouveau celle prononcée en première instance par le tribunal de Jerez de Los Caballeros, qui avait statué d'après la loi anglaise au motif qu'« il serait injuste que des étrangers... acquièrent un immeuble qui, en vertu [du droit] de la nationalité de toutes les personnes impliquées, ne leur revient pas, en méconnaissant par là la volonté du testateur »¹⁵²⁹. Pour justifier la préférence qu'ils manifestent en l'espèce

¹⁵²⁵ En ce sens la note de J. Carrascosa González sous la décision d'appel, SAP Badajoz, 11 juill. 1995, *R.E.D.I.*, 1996, p. 312 : « los actores, de nacionalidad inglesa y norteamericana ».

¹⁵²⁶ « Denney's immediate family lived in the UK and the US » : v. A.F. Anderson, <the city-review.com/denney>.

¹⁵²⁷ SAP Badajoz, du 11 juill. 1995, *Actualidad Jurídica Civil*, 1995, R. 1395, commentaires de J. Carrascosa González et P. Blanco-Morales Limones, « ¿ Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España ? », *R.G.D.*, 1995, p. 11341.

¹⁵²⁸ STS, 21 mai 1999 (RAJ 4589/1999), *Cuad. Civitas Jurispr. civil*, 1999, p. 1125, note M.A. Amores Conradi ; *R.E.D.I.*, 1999, p. 756, note E. Rodríguez Pineau ; R. Süß, « Nachlassseinheit und gespaltene Rückverweisung : die Entscheidung des Tribunal supremo vom 21. Mai 1999 », *IPRax*, 2001, p. 488 ; v. ég. J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1701 ; E. Castellanos Ruiz, « Sucesión hereditaria », p. 428 ; M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 187. J.C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *D.i.p.*, p. 150 qualifient cette décision de « magnífica ». Une version française de la décision est disponible à la page web <web.onyxnet.co.uk/antony.anderson-onyxnet.co.uk/ts-f.htm>.

¹⁵²⁹ « Al demandado no le pareje justo que unos extranjeros acudan a los Tribunal españoles y compren un fuero que *por la nacionalidad de todos los implicados* no les corresponde y contrariando la

pour le droit anglais, les hauts magistrats affirment souhaiter se rallier à l'évolution contemporaine qu'ils croient pouvoir déceler en matière de renvoi, évolution tendant à « un traitement nuancé [de celui-ci] rendant impossible une attitude indiscriminée d'acceptation ou de refus, mais suggérant plutôt l'adoption d'un critère flexible et d'application fort restrictive et conditionnelle ». C'est au demeurant – rappellent-ils – à cette tendance qu'a adhéré le juge britannique dans l'affaire *Adams*, où il a été considéré que le renvoi-retour n'est, du point de vue du système espagnol, accepté « que s'il parvient à un résultat conforme aux principes généraux du droit espagnol ». Enfin, l'application de la loi espagnole non seulement aurait pour conséquence de « méconnaître le principe de l'universalité de la succession », mais elle « serait contraire au principe directeur du droit anglais, qui souscrit à la liberté de tester, manifestation de l'autonomie de la volonté ». Du reste, le renvoi ne « réaliserait pas l'objectif que l'on assigne à cet instrument, celui d'harmoniser les systèmes juridiques des États » dont les lois sont en conflit, pas plus qu'il ne « produirait une meilleure justice compte tenu des intérêts en jeu »¹⁵³⁰.

357. Affaire *François-Marie J.W.* La loi espagnole a en revanche été retenue dans l'affaire *François-Marie J.W.*, et ce par les trois instances qui en ont été successivement saisies¹⁵³¹, concordance d'autant plus notable qu'elle contraste avec les rebondissements ayant ponctué les deux batailles judiciaires précédentes¹⁵³². La controverse portait de nouveau sur la succession d'un ressortis-

voluntad del testador que según su ley nacional no se halla limitada. El juzgador de instancia ha acogido en este punto la tesis del actor... ».

¹⁵³⁰ « Si bien una aplicación puramente literalista del artículo 12.2 del Código Civil conduciría a la solución defendida en la demanda, la evolución actual del Derecho internacional Privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino proceder en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada. La aplicación del reenvío en los términos pretendidos en la demanda, es contrario al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impide dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria ; asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria como es de libertad de testar, manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, como señala la sentencia de esta Sala de 15 noviembre de 1996 [il s'agit de l'arrêt *Lowenthal*], ante supuesto análogo al actual, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a éste instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en éste supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, debe concluirse que la sucesión del causante don John Anthony Denney se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y, en consecuencia, procede la desestimación de la demanda, con revocación de la sentencia de primera instancia » (STS, 21 mai 1999).

¹⁵³¹ Juzgado de 1ª instancia de Torrox, 26 juin 1995 et, en appel, SAP Málaga, 18 déc. 1996, *R.E.D.I.*, 1998, p. 244, note I. Ayala Cadiñanos.

¹⁵³² STS, 23 févr. 2002, RAJ 8029/2002, *R.E.D.I.*, 2003, p. 426, commentaire de P. Jiménez Blanco (joint à SAP Málaga, 13 mars 2002) et *A.E.D.I.Pr.*, 2004, p. 1144, note de S. Sánchez Lorenzo, « Ámbito del reenvío en la determinación de la ley aplicable a la sucesión hereditaria » (qui englobe SAP Málaga, 13 mars 2002 et SAP Alicante, 10 mars 2003) ; v. ég. I. Lázaro González, note sous STS, 23 sept. 2002, *François Marie J.W.*, *C.C.J.C.*, 2003, p. 151 ; R. Rivas de Andrés, « Aplicación

sant britannique qui avait depuis huit ans fixé sa résidence stable en Espagne. C'est là que se trouvait la totalité des effets héréditaires, de nature essentiellement immobilière, dont a été prouvée l'existence à l'ouverture de la succession. Ils étaient convoités, d'une part, par une dame Victoria M.C., épouse du *de cujus*, espagnole résidant en Espagne, à qui le *de cujus* avait légué ses biens espagnols – « une telle disposition, lit-on dans l'acte testamentaire notarié, [étant] possible au regard de la loi anglaise » ; et, d'autre part, par une dame Vicenta G.C., espagnole elle aussi, qui agissait au nom de sa fille mineure à laquelle elle avait semble-t-il transmis la nationalité espagnole, Sophia, née d'une relation avec le *de cujus* qui l'avait par ailleurs reconnue¹⁵³³. Dans son arrêt confirmatif du 23 septembre 2002, le Tribunal suprême – comme l'avait fait, en appel, l'Audience provinciale de Malaga – commence par énumérer les contacts que l'espèce, notamment le *de cujus* et ses biens, mais aussi les deux femmes qui se disputaient ces derniers, entretenaient avec l'Espagne¹⁵³⁴ ; il se prononce enfin pour la loi espagnole en faisant observer que « dès lors que le patrimoine du *de cujus* se compose des seuls biens immeubles sis en Espagne, ainsi qu'il arrive dans le présent litige, il n'y a pas d'inconvénients à ce que le renvoi soit accepté, la loi espagnole étant la seule à gouverner la totalité de la succession ».

Aux juridictions inférieures reviendra la tâche de préciser et mettre en œuvre les enseignements du Tribunal suprême.

§ 3. Décisions des juridictions inférieures de 2000 à 2008

358. Un foisonnement d'affaires. Au cours de la période 2000 à 2008, en effet, l'on enregistre toute une effervescence de jugements de fond. Seuls deux d'entre eux, dont l'un rendu dans l'unique affaire *ab intestat* de cette séquence, ont été favorables au droit espagnol. Les sept décisions qui se sont prononcées pour la loi étrangère concernent toutes une succession testamentaire. Cette loi est ici de nouveau le plus souvent anglo-américaine – notamment anglaise, écossaise ou irlandaise –, c'est-à-dire une loi offrant au *de cujus* une plus grande liberté de disposition et vouant dès lors un plus grand respect à ses dernières volontés. Dans deux espèces cependant, la loi étrangère, respective-

de las legítimas del Código civil español a las herencias inglesas », *La Notaría*, 2002, p. 33 ; M. Virgós Soriano / E. Rodríguez Pineau, « Succession law and renvoi », p. 979, et S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 151.

¹⁵³³ En ce sens, p. ex., J.J. Forner Delagüa, « Sucesión testamentaria de una belga sujeta por reenvío a la ley catalana », *R.E.D.I.*, 2007, p. 134.

¹⁵³⁴ V. « Fundamento primero » : « el ciudadano británico don François Marie J.W. contrajo matrimonio en 1968 con la *española* doña M. Victoria M.C. del que nacieron dos hijos. Desde 1985 convivió con la *española* doña Vicenta G.C., aunque no formalizó la separación o divorcio de su matrimonio. De esta convivencia nació Sophia W.G. el 24 de enero de 1986, reconocida por el Sr. W. Dicho Sr. *residió en España* en los ocho [años] anteriores a su muerte, teniendo su *domicilio en Nerja* (Málaga), que ocurrió en 29 de enero de 1992. Era propietario de diversos bienes inmuebles adquiridos *en España* » (la mise en italique est de nous).

ment suisse et belge, était, à cet égard, plus restrictive que la loi espagnole et spécialement catalane du for.

359. Décisions ayant retenu une loi étrangère plus libérale. SAP Alicante du 7 juin 2001¹⁵³⁵ avait à statuer sur la succession d'un sieur W., ressortissant britannique, qui avait laissé en Angleterre des biens dont on ignore la nature, et en Espagne des immeubles. Il en avait disposé, par testament établi en Angleterre, en faveur d'une Margaret A.W. C'est à l'encontre de celle-ci que le fils du *de cujus*, Rodney John C.W., dirigeait une action en réduction en prenant appui sur le droit espagnol. En confirmant le jugement de première instance, la cour d'appel retient la loi anglaise validant les attributions faites à la défenderesse et ce « tant à l'égard des biens que le défunt possédait en Angleterre qu'à ceux qui se trouvaient en Espagne » et rejette le renvoi de manière aussi affirmée qu'expéditive sans même citer l'article 12-2 du Code civil¹⁵³⁶.

D'un luxe de motifs est en revanche assortie SAP Malaga du 13 mars 2002¹⁵³⁷. En se conformant à la législation anglaise, David Norman V.W., britannique résidant en Espagne, avait institué héritière de « tous ses biens, en Espagne ou à l'étranger », son épouse, Inger V.W., tout en léguant à ses petites-filles, Josephine Brigitte et Christine Marianne, la nue-propriété d'un immeuble situé à Malaga. Fille du *de cujus*, Marianne E.G. sollicitait la réserve du droit espagnol alors que son frère, Niels V.W., y avait renoncé. La préservation de l'unité du régime successoral entre meubles et immeubles ne saurait en l'espèce – observent d'emblée les juges d'appel – empêcher le jeu du renvoi « car les deux catégories de biens se trouvent en Espagne »¹⁵³⁸. Mais cela n'emporte pas en soi – s'empressent-ils de remarquer – l'application de la loi espagnole. Prenant pour point de départ la doctrine exposée par le Tribunal suprême mais n'hésitant pas à « y introduire bien des éléments destinés à enrichir le débat classique autour du renvoi »¹⁵³⁹, la Cour andaloue écarte une « interprétation simple et littéraliste » de l'article 12-2 pour épouser une conception « non automatique et non mécanique du renvoi habilitant les tribunaux à recourir à une technique interprétative » qu'elle prend la liberté d'exprimer sous la forme d'un raisonnement en quatre étapes : centré autour du « jugement de pondération » (*juicio ponderativo*) traduisant « une appréciation des circonstan-

¹⁵³⁵ SAP Alicante, 7 juin 2001, n. 294/2001, JUR 2001/236860.

¹⁵³⁶ « [S]in que sea aplicable ninguna norma de reenvío pues los términos del artículo 9 nº 8 son muy claros y no dejan lugar a duda sobre la voluntad del legislador ».

¹⁵³⁷ SAP Málaga, 13 mars 2002, n. 117/2002, AC 2002/1287, et la note de P. Jiménez Blanco, *R.E.D.I.*, 2003, p. 424, qui souligne la « riqueza de planteamientos que aporta la Audiencia Provincial » ; v. ég. E. Castellanos Ruiz, « Sucesión hereditaria », p. 435 pour qui cette décision « supone un gran avance en el estudio del reenvío » ; pour S. Sánchez Lorenzo, « Ámbito del reenvío », p. 1145, elle est « consciente y detallada », encore qu'il en déplore la « prosopopeya embriagante » ; plus réservé S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 155.

¹⁵³⁸ « Fundamento tercero ».

¹⁵³⁹ Ainsi P. Jiménez Blanco, note sous SAP Málaga, 13 mars 2002, *R.E.D.I.*, 2003, p. 429.

ces »¹⁵⁴⁰, un tel raisonnement culmine dans l'énoncé de la règle interprétative chargée de résoudre le cas concret. Diverses circonstances de fait suggèrent de ne pas faire jouer le renvoi en l'espèce : d'abord, le fait que le *de cujus* avait confié ses dernières volontés au consul danois à Malaga révèle son « intention... d'éviter toute présence et activité du notaire espagnol » ; ensuite, la « référence explicite à la loi anglaise » prouve que la loi espagnole « entraînerait des conséquences évidemment non voulues par le testateur » ; enfin, force est d'admettre que Marianne E.G., fille du *de cujus*, « ne pourrait, conformément à sa législation nationale, s'estimer illégitimement déshéritée », pas plus d'ailleurs que son frère Niels, qui a au demeurant acquiescé aux dispositions de dernière volonté¹⁵⁴¹. Par ces motifs, les juges concluent qu'en ces circonstances, « il n'est pas expédient de faire jouer le renvoi-retour ».

Assez voisines sont les affaires décidées par SAP Alicante du 10 mars 2003¹⁵⁴², SAP Grenade du 19 juillet 2004¹⁵⁴³ et aussi en substance SAP Las Palmas du 28 juin 2004¹⁵⁴⁴. Dans la première, une Écossaise résidant en Espagne avait institué sa sœur et son neveu comme héritiers universels tout en effectuant des legs pécuniaires à d'autres personnes. La masse successorale se composait de biens immeubles sis en Espagne et d'autres actifs dont ni la nature ni le lieu de situation ne sont rapportés. Les descendants se réclamaient de la loi espagnole, au titre de *lex rei sitae* pour les immeubles espagnols et de loi du domicile pour les meubles. En s'appropriant les motifs des arrêts *Lowenthal* et *Denney*, la cour alicantaise annule la décision de première instance qui s'était prononcée pour la loi espagnole et statue conformément à la « loi écossaise qui garantit à ses nationaux une large liberté de tester »¹⁵⁴⁵. Il s'agissait, dans la seconde affaire, de la succession d'une ressortissante irlandaise, titulaire d'un permis de résidence en Espagne, qui avait désigné comme légataire universel de ses biens - comprenant des immeubles en Espagne et en Angleterre - le *Royal College of Surgeons of England*. Les enfants prétendaient à la réserve du droit espagnol, applicable selon leurs dires aux meubles et aux immeubles en vertu de la règle de conflit irlandaise désignant respectivement la loi du domicile et la loi de situation. L'argument du renvoi ne parvint pas à prospérer devant les magistrats grenadiens car son acceptation aurait rompu l'unité du ré-

¹⁵⁴⁰ « Fundamento sexto ».

¹⁵⁴¹ « Fundamento séptimo ». En voici un extrait : « tanto quien, como Marianne E.G., de acuerdo a su legislación nacional (inglesa) no podría tenerse por indebidamente desheredada, habría de ser tal vez considerada oportunamente desheredada conforme a una legislación no propia (española) como quien, así Niels V.W., sin sentirse preterido o discriminado en su derecho (Ley inglesa), acaso veríase llevado a una posible no aceptación y hasta expresa renuncia a un eventual derecho legítimo sobre el que no sintiéndose interesado o perjudicado tampoco ha discutido ».

¹⁵⁴² SAP Alicante, 10 mars 2003, n. 124/2003, JUR 2003/197311.

¹⁵⁴³ SAP Granada, 19 juill. 2004, n. 483/2004, AC 2004/1527.

¹⁵⁴⁴ SAP Las Palmas, 28 juin 2004, n. 384/2004, JUR 2004/203300.

¹⁵⁴⁵ « Por todo lo manifestado y siguiendo el criterio jurisprudencial dicho, debe concluirse que la sucesión de la causante... se rige por su ley nacional, es decir, por la ley escocesa reconocedora de aquella libertad de testar amplia a sus nacionales ».

gime du fait qu'outre les immeubles espagnols, la *de cujus* était propriétaire d'immeubles en Angleterre. Dans la troisième affaire, un légataire réclamait ce qu'il estimait être l'objet de son legs en vertu du droit espagnol à l'encontre de ceux dont il prétendait qu'ils avaient, conformément à ce même droit, la qualité d'héritiers. Les juges canariens, de première instance comme d'appel, le déboutèrent au motif, d'une part, qu'en raison de la nationalité britannique du *de cujus*, c'est le « droit britannique » qui régit la succession et non le droit espagnol, « tout particulièrement lorsque le testateur a déclaré dans le testament espagnol qu'il a établi un autre testament en Angleterre dont il souhaite qu'il soit respecté »¹⁵⁴⁶ ; et d'autre part, que le demandeur n'avait pas apporté la preuve du contenu du testament formé en Angleterre pas plus que de la teneur des dispositions du droit international privé britannique pertinentes en l'espèce.

360. Décisions ayant retenu une loi étrangère moins libérale. Dans SAP Tarragone du 13 mai 2004¹⁵⁴⁷ était en débat la transmission de certains immeubles situés en Espagne, dont les propriétaires – deux époux Belges résidant, semble-t-il, en Belgique – avaient disposé par testament au profit d'une dame, tout en laissant à leurs deux filles « la réserve stricte et minimale ». La cour a exclu qu'une telle stipulation était de nature à justifier l'applicabilité de la loi établissant la réserve la plus exiguë, en l'espèce la loi catalane, car « le concept de réserve est juridique et son contenu doit être emprunté à la loi applicable en tant que norme impérative » si tant est qu'« il n'est pas permis au testateur de choisir le droit régissant sa succession »¹⁵⁴⁸. Constatant par ailleurs que la preuve de la règle de conflit belge n'avait pas été apportée, les juges ont retenu la loi matérielle belge.

Exclusivement mobilière était en revanche la succession qu'a eu à distribuer SAP Barcelone du 28 septembre 2004¹⁵⁴⁹. La fille naturelle du *de cujus* réclamait la réserve prévue par le droit suisse – c'est-à-dire les trois quarts du solde de quelques comptes bancaires laissés par son père en Espagne – à l'encontre de l'héritière instituée qui se prévalait pour sa part du droit catalan, lequel connaît une quotité disponible plus importante. La Suisse, pays national du *de cujus*, désignant à son tour le droit international privé espagnol du domicile¹⁵⁵⁰, les juges de Barcelone ont donné satisfaction à la demanderesse en retenant la loi helvétique.

¹⁵⁴⁶ « ya que es evidente que siendo el causante y testador de nacionalidad británica, conforme al art. 9-8º del CC se aplica el Derecho británico a la sucesión por causa de muerte... Máxime cuando el testador manifiesta en el testamento español que ha otorgado otro testamento en Inglaterra y que quiere que se respete este otro testamento, cuyo contenido desconocemos ».

¹⁵⁴⁷ SAP Tarragona, 13 mai 2004, n. 188/2004, JUR 2004/205302.

¹⁵⁴⁸ « porque el concepto de 'legítima' es jurídico, cuyo contenido se integra por la ley aplicable en cuanto norma imperativa, como derecho del legitimario, que no permite al testador elegir la legislación aplicable a su herencia » (« Fundamento segundo »).

¹⁵⁴⁹ SAP Barcelona, 28 sept. 2004, n. 493/2003, JUR 2004/289919.

¹⁵⁵⁰ Art. 91 al. 2 de la LDIP suisse.

À deux occasions seulement, au cours de la période considérée, les autorités espagnoles se sont orientées vers le droit du for.

361. Décisions favorables à la loi espagnole¹⁵⁵¹. SAP Asturies du 1^{er} septembre 2005¹⁵⁵² statue sur une action en revendication de plusieurs immeubles sis en Espagne. Cette action avait été formée par les descendants des anciens propriétaires – émigrés de l'Espagne aux États-Unis, plus exactement dans le comté de Washington, où ils étaient décédés en 1948 et 1951 – à l'encontre de ceux qui à leurs dires occupaient sans titre les propriétés litigieuses. La cour asturienne fait observer, d'une part, qu'aucune des parties ne s'était fondée sur la loi étrangère, notamment de l'État de Pennsylvanie et, d'autre part, « qu'à supposer même, dans un but purement dialectique, que les défunts dont les demandeurs tiennent leur qualité [d'héritiers légitimes] avaient acquis la nationalité américaine, l'éventuel renvoi de la règle étrangère à la loi espagnole doit être tranché en faveur de notre propre loi puisque tous les biens de cette succession se trouvent dans notre pays »¹⁵⁵³.

Une situation avérée de renvoi a fait l'objet de la résolution prononcée par la DGDEJ (*Direcció general de Dret i Entitats Jurídiques*) le 18 septembre 2006¹⁵⁵⁴. De nationalité belge, sieur R.O.P. avait habité pendant quinze ans la province de Tarragone, où il avait à son décès sa résidence habituelle et son domicile. Son patrimoine se composait de quatre immeubles, tous situés en Catalogne. Par testament établi à Anvers, le *de cujus* en avait disposé en faveur de A.J.M.T., sa deuxième épouse, « hormis l'éventuelle réserve » ; la fille issue d'un premier mariage, dissous par divorce prononcé en Belgique, réclamait la

¹⁵⁵¹ Par souci d'exhaustivité on évoquera ici deux résolutions de la DGRN qui ont fait allusion au problème du renvoi sans cependant le résoudre. La première, du 18 janvier 2005 (v. le texte in *R.E.D.I.*, 2005, p. 1023, note I.A. Calvo Vidal), a dû répondre à la question de savoir si un notaire espagnol est habilité à émettre une « déclaration d'héritier » *ab intestat* d'un citoyen étranger ayant sa dernière résidence habituelle en Espagne. En s'interrogeant sur la loi applicable, la DGRN énonce que le renvoi à la loi espagnole, tiré notamment de la résidence habituelle – critère dont la DGRN saisit l'occasion pour souligner l'importance à présent que l'Espagne est devenu un pays d'immigration (*R.E.D.I.*, 2005, p. 1026 ; et la DGRN d'ajouter : « algo que quizá aconsejaria invertir el planteamiento ») – et du lieu de situation des biens immeubles, est admis par le droit espagnol à moins qu'il ne conduise à un morcellement de la succession (la référence est aux arrêts *Lowenthal* et *Denney*). On ignore si tel était le cas en l'espèce. La seconde résolution, du 5 févr. 2005 (RJ 2005/2451), portait sur le recours formé par dame Antoinette, ressortissante américaine résidant en Espagne, à l'encontre du refus opposé par l'office du registre foncier à la demande d'inscription d'un immeuble dont le défunt, un sieur Gerald qu'elle avait épousé aux États-Unis en 1964, figurait comme co-propriétaire. La demande reposait sur une déclaration assermentée par un avocat américain et authentifiée en Espagne qui faisait état de l'acquisition par dame Antoinette de la quote-part de son mari en vertu de l'accroissement prévu par le droit de New York, où le *de cujus* avait eu son dernier domicile américain. La DGRN rejeta le recours au motif que « le contenu du droit étranger n'a pas été suffisamment établi », ce qui la dispensa de prendre position sur le renvoi que le droit étranger « peut le cas échéant opérer à la loi du dernier domicile ou à celle de situation des immeubles ».

¹⁵⁵² SAP Asturias, 1 sept. 2005, n. 304/2005, JUR 2005/220269.

¹⁵⁵³ « Fundamento segundo ».

¹⁵⁵⁴ In *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 26 oct. 2006, JUR/2007/236325, et l'étude de J.J. Forner Delaygua, « Sucesión testamentaria de una belga », p. 131.

réserve de la moitié sur le fondement de la loi belge. La DGDEJ lui accorde celle d'un quart que prévoit le droit catalan et justifie son acceptation du renvoi en observant qu'elle ne porte en la circonstance pas atteinte à l'unité de la succession et que le droit catalan est bien celui qu'auraient retenu les juridictions belges¹⁵⁵⁵.

Sous-section 2 : Aptitude de la proximité et de l'autonomie à rendre compte de la jurisprudence

362. Tendance inversée. Sur les vingt décisions répertoriées, huit ont tranché le conflit de renvoi au profit de la loi espagnole et douze au profit de la loi étrangère, respectivement américaine, anglaise, irlandaise, écossaise, argentine, belge et suisse. Aussi, et contrairement à l'orientation révélée par le dépouillement de la jurisprudence française, anglaise et allemande, les jugements espagnols ayant appliqué le droit étranger sont plus nombreux que ceux qui ont privilégié le droit du for. Il est temps de mesurer l'aptitude des principes de proximité et d'autonomie à rendre compte de cette tendance inversée. On se penchera d'abord sur la compatibilité de l'issue des litiges avec la mise en œuvre de ces principes (§ 1), pour s'attacher ensuite à rechercher si et dans quelle mesure ils peuvent se réclamer des motifs qu'adoptent les décisions rapportées (§ 2). Quelques conclusions seront enfin tirées (§ 3).

§ 1. Compatibilité des solutions retenues avec la synthèse proposée

363. Attaches personnelles du *de cujus*. Il convient d'emblée de distinguer deux configurations-type suivant que le *de cujus* a transporté en Espagne sa résidence ou son domicile ou est demeuré établi à l'étranger. Dans ce dernier cas, l'Espagne n'est pour lui que le pays où il a acquis une propriété, souvent destinée à la villégiature¹⁵⁵⁶. Le conflit de renvoi est de type simple puisqu'il ne frappe que l'immeuble espagnol, les deux pays qu'il oppose s'entendant pour soumettre les meubles au droit autre que l'espagnol, lequel est bien souvent – et pour s'en tenir ici aux seuls liens du *de cujus* – à la fois celui de sa nationalité, de sa résidence habituelle et de son domicile. Proposent une telle confi-

¹⁵⁵⁵ « L'aplicació de la llei belga porta a la conclusió que els tribunals belgues aplicaran a la successió de R.O.P. la llei catalana ».

¹⁵⁵⁶ D'après les statistiques citées par M.E. Thomas, « El heredero inglés. El proceso sucesorio inglés y los problemas de las normas de conflicto de la ley inglesa », *Boletín del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1993, p. 2651, les ressortissants britanniques propriétaires d'immeubles en Espagne étaient, à l'époque, env. 750.000. Comp. R. Rivas de Andrés, « Aplicación de las legítimas del Código civil español a las herencias inglesas », *La Notaría*, 2002, p. 33. Des statistiques plus récentes évoquent le chiffre de 600.000 : v. M. Stucklin, « Quantifying British Property Ownership in Spain (2004) », in <www.spanishpropertyinsight.com> (qui cite comme sources, entre autres, des études menées par l'IESE Business School, le quotidien El Mundo et la Barclays Bank).

guration SAP Tarragone du 13 mai 2004 et SAP Alicante du 7 juin 2001, mais aussi, bien qu'avec quelques particularités sur lesquelles on reviendra, les affaires *Lowenthal* et *Larios*¹⁵⁵⁷. Quoiqu'il fût autrefois lié à une Espagnole par un mariage rapidement annulé, sieur Lowenthal avait délaissé toute attache personnelle avec l'Espagne, où « il n'a[vait]... conservé ni la résidence ni le domicile »¹⁵⁵⁸, depuis notamment qu'il avait épousé une Suédoise et s'était fixé à Londres. La nationalité et le domicile sont ici, il est vrai, dissociés, mais ils ont en commun de ne pas se trouver en Espagne et aussi de pointer vers deux États dont la législation est également protectrice de la liberté testamentaire. Arturo Larios n'avait jamais vécu ailleurs qu'à Gibraltar. Si l'on est mal renseigné sur les protagonistes des deux autres espèces, la tendance qui se dessine nettement est de laisser sous l'empire de la loi étrangère ce type de situation de renvoi qui n'est en substance rattachée à l'Espagne que par le lieu de situation immobilière.

Dans la deuxième configuration-type, le *de cujus* est, à son décès, résident ou domicilié en Espagne¹⁵⁵⁹. Les espèces répondant à ce schéma sont plus nombreuses. Quelques critères de sous-classification viennent à l'esprit. D'abord, quant à la nature – simple ou double, partielle ou totale – du conflit de renvoi. Dès lors qu'il laisse des immeubles en Espagne et que le pays dont il est ressortissant adopte le système de la scission – ainsi des États-Unis, de l'Angleterre, de l'Écosse, de l'Irlande, de la Belgique –, le conflit de renvoi est double car il engage à la fois les immeubles en Espagne et les meubles où qu'ils soient situés. Ces conditions étaient réunies dans les affaires *D. Thomas A., Denney, A. et B., François-Marie J.W., David Norman V.W.*, SAP Alicante du 10 mars 2003, SAP Las Palmas du 28 juin 2004, SAP Grenade du 19 juillet 2004, DGDEJ du 18 septembre 2006. Le conflit de renvoi n'est cependant pas total dans la mesure où le *de cujus* laisse dans son pays national aussi des immeubles qui sont alors théoriquement susceptibles de servir de « pivot » pour la mise en œuvre du critère de l'unité de la succession : tel était avec certitude le cas de SAP Grenade du 19 juillet 2004 et peut-être aussi de SAP Alicante du 19 mars 2003 et SAP Las Palmas du 28 juin 2004. On sait en revanche que *D. Thomas A., Anthony Denney, le couple A. et B., François-Marie J.W., David Norman V.W. et R.O.P.* ne possédaient pas d'immeubles dans leur pays d'ori-

¹⁵⁵⁷ D'après, pour ce qui est de l'affaire *Larios*, la reconstitution des faits opérée par la décision d'appel SAP Granada, 4 févr. 1925 (*supra*, n° 353). Aussi négligera-t-on la circonstance que le Tribunal suprême a conclu qu'Arturo Larios était espagnol (*supra*, note 1505).

¹⁵⁵⁸ E. Rodríguez Pineau, note sous STS, 15 nov. 1996, *Lowenthal, R.E.D.I.*, 1997, p. 268 voit en la formule selon laquelle Jean Arthur Lowenthal « no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio » (*supra*, note 1517) un indice plaçant pour le principe de proximité.

¹⁵⁵⁹ Selon M. Stucklin, « Quantifying British Property Ownership in Spain (2004) », les Britanniques résidant en Espagne seraient env. 120.000, c'est-à-dire 20 % des étrangers qui sont propriétaires immobiliers (*supra*, note 1556) ; les Français seraient env. 50.000, les Belges env. 15.000 et les Suisses env. 9.000.

gine¹⁵⁶⁰. Le conflit de renvoi est enfin toujours à la fois simple et total lorsqu'il implique un pays étranger « unitaire », tel l'Argentine – ainsi des affaires *Guer-ra Cortínez*, *Quetglás Sánchez*, *Campomar* – ou, à défaut de *professio iuris*, la Suisse – ainsi de SAP Barcelone du 28 septembre 2004.

Il est un autre paramètre qui mérite de nous retenir davantage. Il a trait au type d'attaches personnelles que révèle l'établissement en Espagne, selon les qualités de celui-ci et les circonstances dans lesquelles il est constitué.

1. *Immigration du troisième âge*. On devine que la plupart des personnages de nos espèces qui avaient transporté en Espagne leur résidence – notamment Britanniques, Belges ou Suisses – appartenaient à la catégorie de ces immigrés du troisième âge dont l'étude a acquis une place de choix au sein de la littérature sur les migrations internationales. L'Espagne est devenue l'une des destinations privilégiées à cet égard. Attiré le plus souvent la retraite venue par la qualité de vie qu'offre ce pays, par la douceur du climat, le moindre coût de la vie et un accès facilité à la propriété¹⁵⁶¹, le migrant-touriste¹⁵⁶² n'y exerce en général pas d'activité professionnelle et ne s'intègre que faiblement à la société locale, dont il ne parle souvent pas la langue¹⁵⁶³. En l'absence d'attaches familiales, conjugales ou professionnelles caractérisées avec l'Espagne, ce lien tardivement acquis et « tourné vers la consommation » est en général impuissant à remettre en cause la prépondérance des attaches qui unissent ces étrangers à

¹⁵⁶⁰ Lorsque le pays étranger de la nationalité est scissionniste mais que le *de cujus* ne possède pas d'immeubles en Espagne, le conflit de renvoi est *simple*, car il ne met en cause que les meubles ; il peut ne pas avoir pour objet tous les biens, notamment lorsqu'il existe un immeuble dans le pays étranger de la nationalité. Aucune des espèces rapportées ne semble cependant répondre à ce cas de figure.

¹⁵⁶¹ Sur les mobiles de cette migration internationale post-retraite ou du troisième âge (« International Retirement Migration », « IRM »), v. entre autres R. King / M.A. Warnes / A. M. Williams, « International Retirement Migration in Europe », *International Journal of Population Geography*, 1998, p. 91 ; M.A. Warnes / R. King / A.M. Williams / G. Patterson, « The Well-Being of Expatriates Retirees in Southern Europe », *Ageing and Society*, 1999, p. 717 ; D. Moro, « International Retirement Migration : Legal Framework in European Union », <www3.unicatt.it/unicattolica/dipartimento/.../D-Moro40.pdf>, p. 4. Sur l'immigration britannique vers la Costa del Sol, v. l'étude monographique de K. O'Reilly, *The British and the Costa del Sol : Transnational Identities and Local Communities*, London, 2000. Sur l'immigration helvétique vers la Costa Blanca, v. A. Huber, *Vermeintliche Heimat : Über den Bedeutungswandel von Heimat in der Postmoderne am Beispiel einer Untersuchung über Schweizer Rentnerinnen und Rentner an der Costa Blanca*, diss. Zürich, 1997 et, du même auteur, « Los jubilados suizos en la urbanización de Ciudad Quesada (Alicante). Una investigación cualitativa », *Revista de Investigación del Bajo Seguro*, 2000, p. 437.

¹⁵⁶² Sur la « difficulté de définir ces personnes, traitées de migrants par les uns, de touristes par les autres », v. I. Súdás / M. Mutluer, « Immigration européenne de retraités vers la 'Riviera Turque' : le cas d'Alanya », *Revue européenne des migrations internationales*, 2006, p. 203, et v. A. Williams / M. Hall, « Tourism and Migration : New Relationship between Production and Consumption », *Tourism Geographies*, 2000, p. 5.

¹⁵⁶³ Cf. S. Sánchez Lorenzo, « Ámbito del reenvío », p. 1145 (« máximo en un país como el nuestro, en que esos ciudadanos viven sin decidirse a integrarse, sin apenas hablar más que su idioma, por razones diríamos 'isobaricas' »). Sur les problèmes que soulève la barrière linguistique dans l'administration des soins aux retraités britanniques dans les hôpitaux espagnols, v. J. Stevens, « Dark side of sunny Spain for Britain's elderly expatriates – Doctors are refusing to treat English patients without an interpreter », *The Observer*, Sunday 9 July 2006.

leurs milieux d'origine¹⁵⁶⁴. La nationalité étrangère – britannique, belge, helvétique – ne cesse chez eux d'être effective et elle est corroborée par leur établissement antérieur, souvent plus important quant à sa durée et son intensité que leur dernier domicile espagnol, de même que par une activité professionnelle qui est d'ailleurs en général à l'origine des ressources leur permettant de s'installer en Espagne et d'y acquérir des propriétés. L'examen des jurisprudences anglaise et française nous a déjà fait rencontrer ce type de migration vers les « pays du soleil », souvent dirigée vers la France, l'Italie ou le Moyen-Orient au cours du siècle dernier¹⁵⁶⁵.

Ainsi, avant de se fixer en Espagne – ce à quoi il s'était résolu à l'âge de cinquante ans – Anthony Denney avait habité l'Angleterre et les États-Unis où il s'était marié avec une Américaine d'abord et une Britannique ensuite ; il était donc, est-on fondé à penser, significativement inséré dans la société anglo-américaine, au sein de laquelle il avait acquis richesse et célébrité. On ignore d'ailleurs s'il avait perdu l'esprit de retour car le Tribunal suprême ne se soucie pas d'en rechercher le domicile au sens reçu en droit anglais¹⁵⁶⁶. Voilà qui est d'ailleurs presque une constante des décisions passées en revue : les juges espagnols ont souvent cru que la règle de conflit anglo-américaine en matière de succession mobilière les dirigeait vers la résidence habituelle. On serait tenté de regretter cette application déformante du concept de *domicile* tiré du *common law*¹⁵⁶⁷ si ce n'est que ses méfaits sont au fond restés en puissance, puisque les tribunaux se sont pour la plupart prononcés pour la loi matérielle anglo-américaine. Se conforment au modèle dont il est ici question, les affaires *David Norman V.W.*, SAP Alicante du 10 mars 2003, SAP Grenade du 19 juillet 2004 (la *de cujus* était titulaire d'un simple « permis de résidence »), SAP Las Palmas du 28 juin 2004 et SAP Barcelone du 28 septembre 2004. Certaines espèces sont en revanche réfractaires à ce schéma ; les attaches du *de cujus* avec l'Espagne jaillissent d'une autre source et y sont plus solides.

2. *Attaches professionnelles et familiales du de cujus avec l'Espagne.* D. Thomas J. avait vécu 56 ans à Barcelone, où il avait créé plusieurs entreprises. François-Marie J.W. était intégré au milieu espagnol non seulement et non pas tant parce qu'il habitait de façon permanente en Espagne depuis huit ans mais aussi et surtout par la grâce de son mariage avec une Espagnole, Victoria, et de sa liaison avec une autre Espagnole, Vicenta, dont était issue sa fille qui réclamait la réserve. Luisa Guerra Cortínez avait été établie en Espagne pendant plus de 30 ans, ce qui est, on l'a vu, souligné par la doctrine¹⁵⁶⁸. R.O.P. avait vécu quinze

¹⁵⁶⁴ A. Williams / M. Hall, « Tourism and Migration, p. 5. Sur ces transformations, v. A. Huber, *Heimat in der Postmoderne*, Zürich, 1999.

¹⁵⁶⁵ *Supra*, n° 262 et 299.

¹⁵⁶⁶ M.A. Amores Conradi, note sous STS, 21 mai 1999, p. 1390.

¹⁵⁶⁷ J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1701. Rapp. M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 195.

¹⁵⁶⁸ *Supra*, note 1512.

ans en Catalogne, où il avait acquis « sa résidence et son domicile » en y effectuant des investissements immobiliers et y transportant semble-t-il l'ensemble de ses biens¹⁵⁶⁹. Bien que restés étrangers, ces individus avaient tous acquis une connaturalité certaine avec le milieu espagnol. Sans doute José Quetglás Sánchez et Miguel Campomar avaient-ils eux aussi vécu en Espagne pendant longtemps, mais ce séjour prolongé n'avait pas pour autant amoindri – et avait peut-être ravivé davantage – leur sentiment d'appartenance à la République indépendante d'Argentine, appartenance dont la revendication réitérée avec constance et fierté par les intéressés impressionne, on l'a vu, les cours catalanes saisies de leur succession¹⁵⁷⁰.

364. Situation des biens. Lorsque le *de cujus* a conservé son domicile dans son pays d'origine et que le conflit de renvoi ne vise qu'un ou plusieurs immeubles, le(s) bien(s) espagnol(s) ne représente(nt) en général qu'une fraction, tantôt modeste tantôt non négligeable, des ressources héréditaires, dont le siège demeure ailleurs, souvent dans le pays d'origine. SAP Alicante du 7 juin 2001 fait état de l'existence d'autres actifs sis en Angleterre, dont ni la valeur ni la nature ne sont cependant rapportées. On devine qu'il en allait de même de SAP Tarragone du 13 mai 2004 dès lors que, comme il est probable, les défunts, ressortissants belges, avaient conservé leur résidence en Belgique. La fortune mobilière d'Arturo Larios était entièrement sise à Gibraltar et provenait d'affaires gibraltariennes¹⁵⁷¹. Deux tiers des biens d'Arthur Lowenthal se trouvaient dans le Maryland¹⁵⁷². Il est significatif que dans les affaires *Larios* et *Lowenthal* le contentieux se soit d'abord ouvert à Gibraltar et dans le Maryland, et les tribunaux espagnols n'ont sans doute pas été insensibles au fait que les lois gibraltarienne et du Maryland avaient été retenues par leurs homologues étrangers à l'égard des biens se trouvant à Gibraltar et dans le Maryland qui constituaient le gros des forces héréditaires.

Lorsque le *de cujus* a acquis son domicile en Espagne, la qualité de son établissement rejaillit souvent sur le lieu du siège du patrimoine de même qu'il en révèle en général la provenance. S'il s'agit d'un domicile acquis après le départ à la retraite, non seulement l'immeuble espagnol aura en général été acheté avec les fruits d'une activité exercée à l'étranger, mais encore une partie de la fortune, notamment la plupart des effets mobiliers, sera ici de nouveau souvent restée dans le pays d'origine. Il en était probablement ainsi dans SAP Alicante du 10 mars 2003, SAP Grenade du 19 juillet 2004 – qui évoque aussi la

¹⁵⁶⁹ On ignore l'origine de sa deuxième épouse mais à supposer même qu'elle fût belge, les liens catalans n'en sont pas moins importants et sont d'ailleurs relevés par la DGDEJ : *supra*, n° 361.

¹⁵⁷⁰ *Supra*, n° 353.

¹⁵⁷¹ *Supra*, note 1503.

¹⁵⁷² *Supra*, n° 355 ; v. STS, 11 nov. 1996, « Fundamento segundo » : « parte de los bienes relictos se hallan en España ». Pour M. Moya Escudero, note sous SAT Granada, 22 déc. 1988, *R.E.D.I.*, 1990, p. 635, l'Espagne était le « lugar de situación de un bien inmueble de la herencia » ; cf. E. Rodríguez Pineau, note sous STS, 11 nov. 1996, *R.E.D.I.*, 1997, p. 266.

présence d'autres immeubles en Angleterre –, SAP Las Palmas du 28 juin 2004, qui mentionne un « autre testament » établi en Angleterre et SAP Barcelone du 28 septembre 2004¹⁵⁷³. Quant à Anthony Denney, on sait qu'outre la propriété espagnole qu'il habitait, il avait laissé une imposante fortune composée notamment d'œuvres d'art, dont une partie au moins se trouvait hors d'Espagne, à Dallas et à Toulouse. En revanche, l'arrêt *David Norman V.W.* rapporte que la totalité des forces héréditaires, y compris mobilières, se situaient en Espagne ; ce n'est probablement que leur provenance qui était étrangère.

Lorsque le *de cujus* immigre en Espagne de bonne heure, dès sa jeunesse notamment, ou qu'il s'y rattache par des liens professionnels ou familiaux, il n'est pas rare que le siège principal voire exclusif des forces héréditaires s'y enracine également. Ainsi, tous les biens laissés par D. Thomas A. étaient situés en Catalogne et provenaient des entreprises que le *de cujus* y avait créées. Il en va de même de François-Marie J.W. et R.O.P. dont la fortune se trouvait investie dans plusieurs immeubles espagnols. L'immeuble madrilène constituait également l'essentiel du patrimoine du couple A et B.

365. Attaches personnelles des ayants droit. Dans l'affaire *Denney*, dame Royde Smith, britannique, avait réussi à persuader les juges de première instance, dont la décision devait être confirmée par le Tribunal suprême, qu'« il serait injuste que des étrangers saisissent des tribunaux espagnols et se voient attribuer un immeuble qui, en vertu de la nationalité de toutes les personnes impliquées, ne leur revient pas »¹⁵⁷⁴. Double citoyens anglais et américains, les enfants Timothy John Denney, Sarah Petica Kirtz et Teresa Frances Anderson, n'entretenaient pas avec l'Espagne d'attaches suffisantes pour ébranler la prépondérance du rattachement de l'espèce avec l'Angleterre¹⁵⁷⁵. Très explicite est l'arrêt *David Norman V.W.*, lui aussi concernant un contentieux entre étrangers, anglo-danois notamment : Inger V.W., Josephine Brigitte, Christine Marianne, Marianne E.G. Cette dernière – observe la Cour de Malaga – ne peut se plaindre du fait qu'on lui dénie le bénéfice de la réserve espagnole car elle a été « légitimement déshéritée » selon sa propre loi nationale¹⁵⁷⁶.

On est fondé à penser qu'il en allait pareillement de la grande majorité des affaires où la loi étrangère a été préférée, ainsi que le porte à croire la nature du lien unissant le *de cujus* à l'Espagne : ce lien ayant été noué par lui à un âge où les descendants, et les collatéraux à plus forte raison, ont habituellement engagé une vie indépendante, ceux qui se réclamaient du droit espagnol étaient encore moins significativement rattachés au milieu espagnol que le *de cujus* lui-

¹⁵⁷³ Il est peu probable que les montants assez modestes laissés sur les comptes espagnols (*supra*, n° 359) représentaient la plus grande part des forces héréditaires.

¹⁵⁷⁴ *Supra*, note 1541.

¹⁵⁷⁵ *Supra*, n° 359.

¹⁵⁷⁶ *Ibidem*.

même¹⁵⁷⁷. Il en était sans doute ainsi de Rodney John C.W. et Margaret A.W. dans SAP Alicante du 7 juin 2001, des descendants du *de cujus* dans SAP Alicante du 10 mars 2003 et SAP Grenade du 19 juillet 2004 et des frères et neveux, eux aussi argentins, de Quétglas Sánchez, dont l'épouse, María Vidal Juan, était semble-t-il aussi d'origine argentine. À deux reprises – dans SAP Tarragone du 13 mai 2004 et SAP Barcelone du 28 septembre 2004 – les descendants ont, on l'a vu, recueilli la réserve que leur accordait la loi étrangère de la nationalité du *de cujus*, respectivement suisse et belge : on devine qu'aussi bien eux-mêmes que leurs adversaires, bénéficiaires des libéralités annulées, possédaient de très sérieuses attaches avec les milieux belge et suisse. Les choses sont en revanche moins nettes dans l'affaire *Lowenthal*, car les aspirants à la protection du droit espagnol, Jean Arthur et Loretta, résidaient en Espagne, ce qui a sûrement contribué à convaincre les premiers juges de leur donner gain de cause. Dans l'affaire *Larios* aussi, la distribution des liens des plaideurs apparaît plutôt équilibrée car s'y affrontaient, d'une part, Pablo Arturo Larios Sánchez de Piña, gibraltarien avec du sang espagnol par sa mère, et d'autre part, un nombre impressionnant de ses cousins, et notamment les Gross Schott (7), commerçants de Malaga d'origine allemande, les Hickie (6), Irlandais domiciliés en Irlande, dont William Bernard Hickie, haut gradé de l'armée britannique et figure de proue du nationalisme irlandais, et les Byrne (3), Britanniques domiciliés en Angleterre¹⁵⁷⁸.

Si l'on se tourne vers les successions à l'égard desquelles la loi espagnole a été finalement retenue, on s'aperçoit que le centre de gravité penche souvent au profit de celle-ci. Sophia, fille naturelle de François-Marie J.W., avait la nationalité espagnole et résidait en Espagne, dès sa naissance semble-t-il. C'est aussi le cas de Victoria, épouse du *de cujus*, et de Vicenta, mère naturelle de Sophia. En somme, le contentieux *Vicenta G.C. c. Victoria* n'impliquait que des Espagnoles résidant en Espagne. L'écart séparant la situation de Sophia de celle des descendants des feus Lowenthal et Denney quant à la légitimité de la revendication des avantages qui lui étaient accordés par le droit espagnol est assez flagrant¹⁵⁷⁹. De la longue permanence en Espagne de leur père D. Tho-

¹⁵⁷⁷ Ainsi – a-t-on pu relever, pour en nier l'opportunité (A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 304-305) – que l'application de la loi espagnole aboutit à « favorecer los parientes ingleses » (p. 305) « que se quedaron en su [= del causante] domicilio originario », c'est-à-dire des personnes qui ont la nationalité britannique et le domicile au Royaume-Uni sans lien direct avec l'Espagne ; v. aussi, *ibidem*, p. 322-323 : « la aplicación del Derecho material español en tales supuestos conduce, paradójicamente, a la protección de los intereses de los parientes que no siguieron fuera de su país de origen al causahabiente y perjudica su última decisión de favorecer a quienes convivieron en la fase española de su vida ».

¹⁵⁷⁸ STS, 10 févr. 1926, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, p. 469-470.

¹⁵⁷⁹ Une telle différence a été décisive selon I. Lázaro González, note sous STS, 23 sept. 2002, *François Marie J.W., C.C.J.C.*, 2003, p. 151 ; v. ég. I. Ayala Cadiñanos, note sous SAP Málaga, 18 déc. 1996, *R.E.D.I.*, 1998, p. 249 ; cf. J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1708, note 45 et E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 131 : « si el causante es inglés con *herederos en España, nacionales españoles*, con bienes situados en España, parece claro que la ley mas próxima es la ley española por ser el Derecho mas previsible para las partes ».

mas J., on peut déduire que la vie de Tomás et José était localisée en Catalogne. Exécuteur testamentaire et légataire, sieur Pradera Ortega n'avait de liens qu'avec l'Espagne, aucun prétendu bénéficiaire ne se réclamant d'ailleurs du droit argentin. Aucun des plaideurs dans l'affaire réglée par SAP Asturies du 1^{er} septembre 2005 n'avait, selon toute vraisemblance, de contacts sérieux avec les États-Unis. Il en va différemment de la succession R.O.P., car, si l'épouse A.J.M.T. avait partagé la résidence de son époux en Catalogne pendant quinze ans, on imagine bien que sa fille avait dû rester significativement liée au milieu belge.

366. Volonté ou attentes du *de cuius*. La mise en œuvre du droit étranger a été souvent jugée plus respectueuse de la volonté du *de cuius*. Le Tribunal suprême fait observer qu'Arthur Lowenthal et Anthony Denney avaient disposé de leur fortune conformément à la loi anglo-américaine, laquelle « reconnaît la liberté de tester », ce qui est à son tour une « manifestation de l'autonomie de la volonté »¹⁵⁸⁰. La Cour de Malaga insiste sur la véritable *professio iuris* qu'avait accomplie David Norman V.W., tant et si bien qu'elle érige, a-t-on pu écrire, « la volonté du testateur comme obstacle à l'acceptation du renvoi »¹⁵⁸¹. La tendance à ne pas contrarier l'expectative du défunt s'observe également dans SAP Alicante du 10 mars 2003 et SAP Las Palmas du 28 juin 2004. Il reste à préciser que le rôle que, du point de vue du système espagnol, peut jouer l'autonomie du disposant n'apparaît qu'en cas de conflit de renvoi, car, sur le plan du conflit de lois, ainsi que le rappelle SAP Tarragone du 13 mai 2004, « il n'est pas permis au testateur de choisir le droit régissant sa succession »¹⁵⁸².

La volonté du *de cuius*, clairement exprimée à l'aune de son droit national¹⁵⁸³, a dû paraître aux juges saisis de ces affaires d'autant moins suspecte que ses attaches avec le pays national étaient sérieuses. Le respect des attentes du testateur ne constitue en effet pas un facteur absolument décisif puisqu'il peut s'effacer devant le poids écrasant des indices qui se localisent dans l'autre État en conflit, le plus souvent l'Espagne. C'est ce que semble attester l'affaire

¹⁵⁸⁰ STS, 15 nov. 1996, « fundamento octavo » et STS, 21 mai 1999, « fundamento cuarto ». À propos d'Anthony Denney, on lit dans SAP Badajoz 11 juill. 1995 que celui-ci « era inglés y expresó además en testamento que su terminante voluntad era la de testar según el régimen sucesorio de su país ».

¹⁵⁸¹ S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 156, pour qui « esta sentencia... pone en primer plano esa voluntad del causante como obstáculo a la aceptación del reenvío » ; v. aussi P. Jiménez Blanco, note sous SAP Málaga, 13 mars 2002, *R.E.D.I.*, 2003, p. 424.

¹⁵⁸² *Supra*, n° 360.

¹⁵⁸³ En ce sens, cf. J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1706, qui propose que l'on refuse le renvoi « contra la voluntad expresada por el testador » parce que cela reviendrait à « defraudar aquella voluntad que ha de considerarse intocable y sagrada cuando, naturalmente, se ha ajustado en su momento a la ley reguladora desde el ordenamiento jurídico español ». V. aussi du même auteur, « El reenvío ante el Tribunal supremo », p. 1292 ; cf. ég. M. Moya Escudero, note sous SAT Granada, 22 déc. 1988, *R.E.D.I.*, 1990, p. 637, pour qui l'art. 9.8 « obligaría a respetar el contenido del testamento, conforme a lo preceptuado en la ley nacional del causante en el momento de su otorgamiento » si tant est que « esa voluntad [está] corroborada por la propia norma conflictual española ».

François-Marie J.W., où le testateur avait pris soin de préciser que ses dispositions testamentaires étaient « possibles au regard de la loi anglaise », bien qu'il les eût prises avant la naissance de Sophia. On rappellera aussi que D. Thomas A. avait désigné le droit anglais – non donc le droit écossais de son origine – et que le juge de Barcelone a négligé une telle désignation¹⁵⁸⁴. Lorsqu'on aurait pu croire que la loi catalane était mieux ajustée aux dernières volontés des défunts, les Audiencias provinciales de Tarragone et de Barcelone, à l'heure de chiffrer la réserve applicable, en sont restées à celle, plus importante, prévue par le droit étranger : sans doute l'espèce a-t-elle dû leur apparaître trop étroitement intégrée à la Belgique ou à la Suisse pour qu'il soit raisonnable de priver les descendants de la protection de la loi du pays national du *de cuius* qui était aussi le leur, les défunts ne s'étant au demeurant pas sciemment orientés vers la loi catalane¹⁵⁸⁵.

367. Volontés ou attentes des prétendus successibles. L'application du droit espagnol en vertu du renvoi ne fut pas invoquée dans le conflit hispano-argentin réglé par l'arrêt du Tribunal suprême rendu le 27 mai 1968, ce qui, on l'a vu, conduisit un commentateur à dire du renvoi « qu'il s'agit... d'un problème qui, en l'état actuel de notre droit positif, pourrait être considéré comme laissé à l'autonomie des parties »¹⁵⁸⁶. À trois occasions, c'est plutôt la propension du droit espagnol à régir la transmission *mortis causa* des biens pris dans l'étreinte du conflit de renvoi que l'ensemble des plaideurs avait acceptée lors du procès. Tel est d'abord le cas de la succession de A. et B. dans l'affaire madrilène décidée le 18 février 1974. Tel est ensuite le cas de la succession du belge Jean-Marie M., à propos de laquelle le Tribunal suprême se refuse, on l'a vu, à remettre en cause la vocation du droit espagnol qui avait été tenue pour pacifique en première instance, et ce non seulement en vertu du principe de la non-application d'office du droit étranger mais aussi en raison du lien de proximité avec l'ordre espagnol révélé par la localisation des biens, encore que la situation de renvoi ne fût en l'espèce pas clairement perçue. Tel est enfin le cas de SAP Asturies du 1^{er} septembre 2005 qui, pour justifier la préférence qu'elle donne au droit espagnol, avance l'argument tiré de l'observation qu'aucun des litigants n'avait sollicité le droit américain.

368. Bilan. Les facteurs de solution ici proposés pour trancher un conflit de renvoi aident à démêler l'écheveau d'une jurisprudence qui n'est contradictoire qu'en apparence¹⁵⁸⁷. Ainsi, il semble bien que la loi espagnole disposait

¹⁵⁸⁴ *Supra*, n° 352.

¹⁵⁸⁵ *Supra*, n° 360.

¹⁵⁸⁶ *Supra*, note 1541.

¹⁵⁸⁷ Sur ce que les décisions des instances inférieures jusqu'à 1958 étaient « en cierto modo... contradictorias », v. A. Marín López, « El reenvío en el derecho español », p. 681 ; en se référant à celles rendues avant 1974, v. B. von Hoffmann / A. Ortiz-Arce, « Das neue spanische Internationale Privatrecht », p. 654-655, note 30 : « die bisherige Praxis war uneinheitlich » ; pour la jurisprudence avant Lowenthal, v. A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 12 : « les tribunaux des instances infé-

des titres objectifs les plus forts pour trancher le conflit de renvoi provoqué par les affaires *D. Thomas J., María Luisa Guerra Cortínez, A. et B., François-Marie J.W., R.O.P.*, alors que la loi étrangère apparaît pour les mêmes raisons plus apte à trancher celui que posaient les affaires *Arturo Larios, David Norman V.W.*, SAP Alicante du 7 juin 2001, SAP Alicante du 10 mars 2003, SAP Grenade du 19 juillet 2004, SAP Las Palmas du 28 juin 2004, SAP Tarragone du 13 mai 2004, SAP Barcelone du 28 septembre 2004. Quoique l'écart soit moins sensible – ce qui n'est sûrement pas étranger à l'hésitation éprouvée par les différentes instances saisies –, les liens globalement les plus significatifs se concentraient à l'étranger dans l'affaire *Denney*, compte tenu notamment des attaches personnelles du *de cuius* et des intéressés¹⁵⁸⁸, dans l'affaire *Lowenthal*, du fait surtout des contacts personnels et réels du testateur et aussi, en dépit d'une répartition se situant apparemment non loin du point d'équilibre, dans l'affaire *Quétglas Sánchez*, en vertu de l'attachement du *de cuius* à sa patrie et de la nationalité argentine probable de toutes les parties à l'instance. L'absence de contestation quant à la vocation de la loi espagnole à régir la succession frappée du conflit de renvoi semble avoir joué un rôle dans l'affaire *Jean-Marie P.* et dans SAP Asturies du 1^{er} septembre 2005, de même que la non-invocation du renvoi dans l'affaire *Miguel Campomar*.

L'incidence qu'a déployée la configuration des espèces sur la solution que leur ont apportée les juridictions espagnoles ressort avec une évidence particulière dès lors que l'on met en perspective les couples d'affaires qui ont mobilisé les mêmes pays. 1° Le conflit de renvoi *hispano-anglais* a été tranché tantôt au profit de la loi espagnole – *François-Marie J.W.* : tous les successibles possédaient la nationalité espagnole et résidaient en Espagne, où se situait l'essentiel des biens héréditaires – et tantôt par la loi anglaise – *Anthony Denney* : la totalité des parties possédait la nationalité britannique ou américaine, seule l'épouse survivante résidait en Espagne où ne se trouvait qu'une partie des biens héréditaires, le *de cuius* ayant fait une *professio iuris* en faveur de la loi anglaise. 2° Le conflit *hispano-écossais* a été tranché tantôt au profit de la loi espagnole – *D. Thomas A.* : le *de cuius* avait habité la Catalogne pendant 56 ans et avait laissé ici tous ses biens dont la plupart provenait d'entreprises de siège espagnol – tantôt au profit de la loi écossaise – SAP Alicante du 10 mars 2003 : la *de cuius* et les prétendus successibles avaient semble-t-il des attaches plus

rieures ont rendu les décisions des plus diverses » ; la « falta de posición uniforme » est soulignée par A.P. Abarca Junco (et al.), *Derecho internacional privado*, Madrid, 2008, vol. I, p. 193, qui évoque « una jurisprudencia tan escasa como vacilante y contradictoria ». La nature contradictoire affecte, d'après certains, la jurisprudence même du Tribunal suprême : pour J.A.T. Ortiz de la Torre, la décision *François-Marie J.W.* « es totalmente contradictoria con la dada en en caso *John A[ntony] D[enney]* » ; et l'auteur de commenter : « ¿Por qué?... ¡Ah, *mysterium iuris!* » (p. 1703). Sur ce que la « tranquilidad jurisprudencial » apportée par le Tribunal suprême dans les affaires *Lowenthal* et *Denney* « se ha visto perturbada » dans l'arrêt de 2002, v. E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 430.

¹⁵⁸⁸ En ce sens, clairement, J. Pérez Milla, note sous STS, 21 mai 1999, *John A. Denney, A.E.D.I.Pr.*, 2001, p. 1097.

significatives avec l'Ecosse ou en tout cas avec le Royaume-Uni qu'avec l'Espagne. 3° Le conflit de renvoi *hispano-gibraltarien* a été tranché tantôt au profit de la loi espagnole – *A. et B.* : la résidence des défunts et la totalité de leurs biens se trouvaient en Espagne – tantôt au profit de la loi britannique en vigueur à Gibraltar – *Arturo Larios* : le *de cuius* n'avait jamais cessé de résider à Gibraltar, où se trouvaient les biens héréditaires de plus grande valeur, et la balance des attaches des nombreux prétendus successibles penchait du côté gibraltarien ou en tout cas britannique. 4° Le conflit de renvoi *hispano-belge* a été tranché tantôt au profit de loi espagnole – *R.O.P.* : le *de cuius* résidait en Espagne depuis quinze ans et la totalité de son patrimoine y était située – tantôt au profit de la loi belge – SAP Tarragone du 13 mai 2004 : résidence probable du *de cuius* en Belgique où il avait vraisemblablement laissé d'autres biens que les éléments espagnols impliqués dans le conflit de renvoi. 5° Le conflit de renvoi *hispano-argentin* a été tranché tantôt au profit de la loi espagnole – *Guerra Cortínez* : résidence prolongée en Espagne de la *de cuius* dont le testament a été établi conformément au droit espagnol, aucun ressortissant argentin ne prétendant à la succession – tantôt au profit de la loi argentine – *Quetglás Sánchez* : résidence prolongée en Espagne du *de cuius*, mais revendication réitérée par lui de son appartenance à la République argentine et nationalité argentine probable de tous les plaideurs.

Si la jurisprudence espagnole semble, quant à ses aboutissements, pouvoir s'expliquer assez aisément par la synthèse proposée, il est temps de faire le bilan des arguments sur lesquels elle s'appuie.

§ 2. Inscription progressive de la synthèse dans les motifs

369. Recours aux « principes généraux ». On notera d'emblée que les décisions espagnoles ne cherchent pas souvent à prendre parti dans le débat traditionnel tel que l'ont façonné les arguments et contre-arguments échangés par la thèse et l'antithèse. On n'y trouve pas d'allusion directe à l'indivisibilité du droit étranger, au cercle inextricable, à l'abandon de la souveraineté... Cela s'explique sans doute par l'observation que cette jurisprudence s'est multipliée à une époque où l'impasse sur laquelle débouchent thèse et antithèse, par la paralysie qu'elles s'infligent mutuellement, était désormais apparue avec netteté ; mais il n'en demeure pas moins que la tendance s'amorce dès les premières décisions.

Constatant l'absence de solution législative au « conflit » de renvoi, le Tribunal du district de l'hôpital de Barcelone invite à la puiser dans la « coutume » et dans les « principes généraux du droit », dont la mise en œuvre « ne laisse pas de doute » quant à l'applicabilité de la loi espagnole à la succession de D. Thomas A.¹⁵⁸⁹ On est fondé à penser que l'« absence de doutes » se rap-

¹⁵⁸⁹ *Supra*, n° 352.

porte moins au problème abstrait du renvoi – la querelle doctrinale battait son plein déjà à l'époque – qu'aux titres objectifs dont disposait la loi espagnole pour l'emporter dans le cas concret¹⁵⁹⁰, et ce en vertu d'un « principe » du droit international privé tout aussi « général » que le rattachement le plus significatif. À l'instar de la loi française dans l'affaire *Forgo*, la compétence de la loi espagnole s'est imposée ici avec la « force d'une évidence »¹⁵⁹¹. Prenons-en acte : la réflexion sur le renvoi en France et en Espagne a été déclenchée par deux affaires largement dominées par le poids des attaches par lesquelles elles s'intégraient aux sociétés française et espagnole.

Les rédacteurs de l'article 12-2 qui commande de « tenir compte du renvoi » lorsqu'il « est fait à la loi espagnole » ont sans doute été influencés par cette première décision et aussi – ils l'avouent eux-mêmes¹⁵⁹² – par celle rendue dans l'affaire *Guerra Cortínez* par la DGRN en 1956, à propos de laquelle l'admission du renvoi qu'elle consacre a paru à la doctrine se justifier par ceci que « la Direction générale... tenait [la *de cuius*] pour plus significativement rattachée au système espagnol qu'au système argentin »¹⁵⁹³. On remarquera que l'article 12-2 a été formulé (en 1962) et mis en vigueur (en 1974) à une époque antérieure à ce qu'il est convenu d'appeler la transition démocratique espagnole et à l'essor en Espagne du tourisme international de masse qui en est résulté, et notamment avant que ce pays ne s'affirme comme destination privilégiée de cette immigration du troisième âge dont les caractéristiques ne sont pas, on l'a vu, sans incidence sur la physionomie des situations de renvoi à régler et sur les solutions qu'elles appellent¹⁵⁹⁴.

370. Consécration de l'élément formel de la synthèse. Par une interprétation aussi ingénieuse que sémantiquement irréprochable, l'arrêt *Lowenthal* fait observer que l'expression « tenir compte » du renvoi signifie le « prendre en considération », l'« avoir à l'esprit », si bien qu'elle « n'entraîne pas que la loi espagnole trouve à s'appliquer inéluctablement »¹⁵⁹⁵. On notera que les hauts magistrats ne désavouent pas les juges de Barcelone et de Madrid, pas plus que la DGRN, qui avaient fait jouer le renvoi dans des causes antérieures. Ils rappellent que le renvoi « a été quelques fois admis par nos tribunaux d'instance »¹⁵⁹⁶ sans vouloir marquer de rupture ni même de discontinuité. Il s'agit d'abord, pour eux, « de déterminer s'il doit l'être dans le cas présent »¹⁵⁹⁷. Dans

¹⁵⁹⁰ Cf. notamment la formule : « no queda duda alguna de que la sucesión de don Thomas A. debe regularse por la ley de Cataluña, por radicar en Barcelona los bienes de aquél » : v. *Rev. jur. Catalunya*, 1901, p. 180.

¹⁵⁹¹ Les mots sont empruntés à M. Philonenko : v. *supra*, n° 273.

¹⁵⁹² *Supra*, notes 1984 et 1495.

¹⁵⁹³ *Supra*, n° 352.

¹⁵⁹⁴ *Supra*, n° 363 s.

¹⁵⁹⁵ *Supra*, n° 355.

¹⁵⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁹⁷ *Ibidem*.

la mesure où ses auteurs ont cru pouvoir s'inspirer des décisions *D. Thomas A. et Guerra Cortínez*, l'article 12-2 a indûment extrapolé et généralisé une solution dont il apparaissait rétrospectivement qu'elle avait été suggérée par certains traits particuliers des espèces auxquelles elle avait été appliquée. Avec beaucoup de dextérité, le Tribunal suprême parvient à neutraliser cette extrapolation et cette généralisation. Cherchant d'abord à combattre la lettre par la lettre, en même temps qu'il convoque – on l'a vu – la philologie, il découvre dans l'article 9-8 un appui textuel formellement égal en autorité à l'article 12-2 qu'il souhaite « court-circuiter ». Il importe peu que le principe de l'unité de la succession – sur lequel on reviendra – soit, d'après l'article 9-8, solidaire du rattachement par la nationalité dont le respect rigoureux aboutirait à toujours récuser le renvoi. Il s'agissait surtout de persuader que la vocation du droit espagnol à régir les relations privées – et ici les successions – frappées par le conflit de renvoi ne s'impose pas toujours et l'effet est réussi. S'il y a eu dépassement de la règle écrite, cela prouve une fois de plus qu'en notre matière « la clairvoyance appartient aux juges plus qu'aux législateurs »¹⁵⁹⁸. Au demeurant, l'esprit de l'article 12-2 n'est sûrement pas trahi, ainsi que permet de le penser l'aspiration de ses initiateurs à assurer une continuité avec les décisions antérieures ayant admis le renvoi. En renouant avec le sens et l'économie de celles-ci, qu'il contribue à éclairer au demeurant, le Tribunal suprême en saisit sans doute mieux la rationalité profonde que la transcription rudimentaire, encore qu'opportunément nuancée, du *Título preliminar*.

Il est en effet – observe-t-il à l'occasion de l'affaire *Denney* – désormais « impossible d'adopter une attitude indiscriminée d'acceptation ou de refus », le renvoi ne pouvant être admis qu'à la suite de la mise en œuvre d'un « critère flexible et d'application fort restrictive et conditionnelle »¹⁵⁹⁹. C'est là la proclamation de l'élément *formel* de la synthèse : la compétence de la loi espagnole à trancher le conflit de renvoi n'est pas automatique mais dépend désormais d'une « condition », de la mise en œuvre d'un « critère » qui la désigne. En ce qu'il peut tout aussi bien déclarer applicable la loi espagnole que la loi étrangère, ce critère est « bilatéral ». La restriction de la compétence de la loi espagnole pour régir la succession que menace un conflit hispano-britannique, hispano-américain ou hispano-argentin de renvoi, et l'accroissement corrélatif de la compétence de la loi étrangère, se fondent – on empruntera là encore à l'arrêt *Lowenthal* – sur l'observation que le « renvoi doit s'entendre comme instrument d'harmonisation des systèmes juridiques ». C'est bien, dans les termes de l'arrêt *Denney*, la « finalité qui lui est assignée ». Et le Tribunal suprême de laisser entendre que la soumission indiscriminée au droit espagnol des espèces touchées par un conflit négatif entre règles de conflit n'aboutirait pas à un tel résultat. Ainsi, pour reprendre l'article 12-2, le Tribunal suprême ne

¹⁵⁹⁸ B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, p. 2.

¹⁵⁹⁹ *Supra*, n° 356.

« tient » pas moins « compte » du renvoi dans l'affaire *Lowenthal* ou *Denney* que dans l'affaire *François-Marie J.W.* Qu'elle débouche sur l'application de la loi étrangère, comme dans les deux premiers cas, ou sur l'application de la loi du for, comme dans le troisième, la « prise en compte » du renvoi est pour le Tribunal suprême également décisive en ce qu'elle déclenche la mise en œuvre du « critère » visant à trancher le conflit et constitue, comme l'enseigne SAP Malaga dans l'affaire *David Norman V.W.*, une « étape » du « procédé » du règlement du conflit de lois.

Aussi ne reste-t-il qu'à préciser ces facteurs de solution¹⁶⁰⁰. Sont tour à tour appelés à la rescousse les « principes généraux du droit espagnol » (*Denney* en empruntant à l'arrêt anglais *Adams*), parmi lesquels le principe de l'unité de la loi successorale (*Lowenthal*, *Denney*, *François-Marie J.W.*) et la réalisation d'une « meilleure justice des intérêts en jeu » (*Denney*) à la suite d'une « appréciation globale des circonstances » (*David Norman V.W.*)¹⁶⁰¹ ; le but de l'« harmonisation avec le système juridique étranger » conduit enfin, dans la mesure notamment où le conflit de renvoi implique un système de *common law*, à tenir compte du « principe directeur de ce droit » qu'est le respect rigoureux de la volonté du *de cujus* (*Lowenthal*, *Denney*), principe parfois évoqué comme se suffisant à lui seul (*David Norman V.W.*).

371. Proximité et meilleure justice. Il semble bien que la « meilleure justice des intérêts en présence » dont le Tribunal suprême exclut qu'elle soit dans l'affaire *Denney* favorisée par le jeu du renvoi, désigne d'abord la justice qu'on dénomme « conflictuelle » et que traduit le principe de proximité, l'un des « principes généraux » du droit international privé espagnol et même, a-t-on observé, « fondement » de celui-ci¹⁶⁰². La faiblesse des liens rattachant le *de cujus* à l'Espagne est évoquée dans le passage final des motifs de l'arrêt *Lowenthal* qui nous rappelle qu'Arthur Lowenthal « n'a conservé avec l'Espagne ni résidence ni domicile »¹⁶⁰³. Les attaches réelles résultant de la localisation des biens en Espagne sont expressément tenues pour décisives dans l'arrêt *D. Thomas A.* (« car les biens sont sis à Barcelone »)¹⁶⁰⁴ et dans le seul véritable considérant articulé par l'arrêt *François-Marie J.W.* (« le patrimoine du *de cujus* ne se compose que de biens immeubles situés en Espagne »)¹⁶⁰⁵. Le principe de l'unité du droit applicable n'en exige pas autant puisqu'il permet au *de cujus* domicilié en Espagne de laisser à l'étranger une partie voire l'essentiel du pa-

¹⁶⁰⁰ Rappr. M. Virgós Soriano, « Derecho de sucesiones y reenvío », p. 204, qui évoque une « ponderación de principios » et le « juicio de procedencia » qui s'ensuit.

¹⁶⁰¹ A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 245 : « el reenvío de primer grado sólo se debe admitir si a través del mismo se alcanzan soluciones satisfactorias, razonables y justas », et les auteurs de citer les arrêts *Lowenthal* et *Denney*.

¹⁶⁰² J. Pérez Milla, note sous STS, 21 mai 1999, *Denney*, *A.E.D.i.pr.*, 2001, p. 1097.

¹⁶⁰³ *Supra*, n° 355.

¹⁶⁰⁴ *Supra*, n° 352.

¹⁶⁰⁵ *Supra*, n° 357.

trimoine mobilier. La constatation que tous les biens se trouvent en Espagne semble bien aller au-delà : c'est le lieu du siège exclusif des forces héréditaires qui compte désormais pour lui-même. Enfin, la pertinence des attaches des successibles trouve sa place dans les motifs de l'arrêt *David Norman V.W.* aux termes duquel la descendante peut « s'estimer légitimement exhéredée d'après sa loi [britannique] nationale »¹⁶⁰⁶. Il est au demeurant assez largement admis que les liens des plaideurs avec l'Espagne ont incité le Tribunal suprême à conclure, dans l'affaire *François-Marie J.W.*, que l'application du droit espagnol entraînerait en la circonstance une meilleure justice¹⁶⁰⁷.

Aussi bien, les différents indices de proximité qui nous ont paru pertinents pour trancher un conflit de renvoi successoral semblent bien se faire progressivement jour dans les « attendus » auxquels est confié l'exposé des mobiles des décisions objet de l'enquête. Un nombre de plus en plus grand d'auteurs prête à ces éléments une influence déterminante sur la jurisprudence espagnole contemporaine¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁶ *Supra*, n° 359.

¹⁶⁰⁷ *Supra*, n° 357.

¹⁶⁰⁸ De façon explicite, v. J. Pérez Milla, note sous STS, 21 mai 1999, *Denney, A.E.D.i.pr.*, 2001, p. 1097, pour qui « [o]tro criterio a considerar lo constituye el principio de proximidad, fundamento del DIPr... La naturaleza personal de la institución sucesoria hace imprescindible que, en relación con la aceptación o no del reenvío, la valoración se centre en vínculos también personales ». Aussi le principe de proximité explique-t-il pour lui l'arrêt *Lowenthal* : « En este sentido, la STS 15 de noviembre, no considera que la ubicación del inmueble en el territorio español conecte suficientemente la situación con nuestro ordenamiento como para aceptar el reenvío ». À propos de cet arrêt, E. Rodríguez Pineau, note sous STS, 11 nov. 1996, *Lowenthal, R.E.D.I.*, 1998, p. 267 se demande « si consideraciones de *proximidad* y de justicia material no imponen introducir el reenvío como mecanismo de corrección » (mise en italique en original). L'auteur songe tout naturellement à deux éléments : l'existence de biens immeubles en Espagne et la localisation en Espagne du domicile du *de cujus* (« el criterio de proximidad que justifica tal interpretación se concreta en dos supuestos... la existencia de bienes inmuebles en el territorio español y la localización del último domicilio del causante en España »). L'affaire *Denney* offre à cet auteur l'occasion d'affiner son analyse. Dans la note parue à la *R.E.D.I.* (1999, p. 759), elle souligne la nécessité qu'avant d'accepter le renvoi, le juge espagnol vérifie l'existence d'une « connexion suffisante avec... [l'] ordre juridique [espagnol] qui rend justifié, d'un point de vue conflictuel et matériel, un tel renvoi » ; et l'auteur d'en tirer les conséquences : « il est clair que la satisfacción de ces intérêts signifie... l'application de la *loi la plus proche* de la relation juridique » (« resulta claro que la satisfacción de dichos intereses no significa la aplicación de la ley mas beneficiosa para los interesados... sino la de la ley mas cercana a la relacion jurídica »). En cherchant les causes explicatives de la décision d'appel, confirmée par le Tribunal suprême, dans l'affaire *François-Marie J.W.*, I. Ayala Cadiñanos, note sous SAP Málaga, 18 déc. 1996, *R.E.D.I.*, 1998, p. 249, attire l'attention sur « los vínculos del supuesto con el ordenamiento español ». Sur ce que l'arrêt du Tribunal suprême s'explique essentiellement par les liens des prétendus successibles avec la société espagnole, et notamment ceux de Sophia, v. I. Lázaro González, note sous STS, 23 sept. 2002, *François Marie J.W., C.C.J.C.*, 2003, p. 151 ; cf. J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1708, note 45 et E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, p. 131 (« si el causante es inglés con *herederos en Espana, nacionales españoles, con bienes situados en España*, parece claro que la ley más próxima es la ley española »). Rapp. M.A. Amores Conradi, note sous STS, 21 mai 1999, p. 1390, qui, s'inscrivant dans le courant favorable au renvoi, formule l'exemple d'un Ecossais « que lleva décadas domiciliado... en Mallorca... y deja como herencia la propiedad de su última vivienda española » en suggérant ainsi que la *durée* du domicile du *de cujus* et l'importance des biens qu'il laisse en Espagne par rapport à la totalité de

372. Volonté du *de cuius* et approche bilatérale du conflit de renvoi. On peut en dire de même du rôle qu'a joué la volonté du *de cuius*. C'est la démarche même par laquelle le Tribunal suprême aboutit à lui attacher un prix qui mérite de nous retenir, car il a, pour la réaliser, dû porter sur la situation de renvoi un regard – au sens propre – *bilatéral*¹⁶⁰⁹.

En contemplant successivement l'espèce qui lui a été soumise depuis les deux « côtés », espagnol et étranger – notamment anglais, dans l'affaire *Denney*, et américain, dans l'affaire *Lowenthal* –, le Tribunal suprême s'évertue à développer une solution compatible avec les caractéristiques des deux systèmes en conflit de sorte que chacun puisse, en l'adoptant, y trouver son compte. Aussi ne se borne-t-il pas à constater que la mise en œuvre du droit anglais vers lequel il s'oriente est respectueuse des principes généraux du droit espagnol et de l'unité de la loi successorale ; encore s'empresse-t-il de déplacer le poste d'observation vers le système anglais pour se faire une idée de l'image que la situation renvoie au juge de ce pays. Or la vocation du droit anglais à être retenu à l'égard de telles espèces génératrices de conflits de renvoi semble parfaitement acceptable *aussi* aux yeux du système anglais car elle est conforme au « principe directeur » propre à ce système qui reconnaît au *de cuius* la plus ample liberté d'organiser sa succession¹⁶¹⁰. Si c'est bien à partir d'une analyse du droit anglais *matériel* qu'il procède, le Tribunal suprême, en s'identifiant au juge anglais, ne voit à l'évidence pas d'objections à ce que l'autonomie soit hissée du plan matériel au plan du conflit de renvoi. En somme, l'application de la loi anglaise remplit la condition que le Tribunal suprême semble tenir pour indispensable pour qu'on puisse s'en servir pour arbitrer le jeu des désignations croisées : qu'elle fasse converger les deux systèmes.

Cette approche bilatérale du conflit de renvoi est, on s'en souvient, celle qu'avaient développée les juges Wynn-Parry et Browne-Wilkinson dans les af-

son patrimoine constituent également des facteurs pouvant être pris en compte dans la résolution du conflit de renvoi.

¹⁶⁰⁹ On a pu affirmer que l'« harmonisation des systèmes juridiques » s'analyserait pour le Tribunal suprême comme « harmonie matérielle » et que celle-ci serait pour lui réductible à l'identité ou du moins à l'équivalence de la teneur des droits subjectifs en présence. On en a par conséquent déduit que ce n'est que dans des situations de « *falso conflicto de leyes* » que le renvoi pourrait, conformément à cette jurisprudence, être accepté (A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 245 ; v. en substance ég. A.P. Abarca Junco, *D.i.p.*, p. 194). Pareille interprétation – qui aboutit à exclure le renvoi dans toutes les situations où il serait utile de s'en servir et vide la problématique d'une bonne partie de son sens – ne rend pas compte, par exemple, de l'arrêt *François-Marie J.W.* (en ce sens, A.P. Abarca Junco, *D.i.p.*, p. 195), où les lois en présence, anglaise et espagnole, étaient aux antipodes quant aux droits subjectifs qu'elles distribuaient, pas plus que de la décision *R.O.P.*, où s'affrontaient les droits catalan et belge qui accordaient à la demanderesse une réserve différente. « Finalité » de la règle sur le renvoi, l'« harmonisation des systèmes juridiques » passe, d'après le Tribunal suprême, par la recherche d'un critère qui puisse faire converger les deux systèmes en en ménageant au besoin les particularités ; ce critère peut être dégagé de la teneur des législations matérielles en présence et peut revêtir lui aussi une nature matérielle : v. *supra*, n° 118-119 ; cf. 203 s., spéc. 215.

¹⁶¹⁰ STS, 21 mai 1999, *Denney* (« el principio rector del Derecho inglés »).

fares *Duc de Wellington* et *Adams*¹⁶¹¹. Ces décisions avaient pris soin de montrer que le résultat pour lequel elles penchaient, c'est-à-dire, ici de nouveau, l'application de la loi anglaise, respectait les spécificités du droit international privé espagnol, notamment du principe de l'unité de la succession, à tel point d'ailleurs que l'avantage qu'y trouvait le droit international privé anglais était demeuré dans l'ombre¹⁶¹². Dans l'affaire *Denney*, le Tribunal suprême se montre sensible à l'attention que son homologue britannique – notamment dans l'affaire *Adams*, la plus récente¹⁶¹³ – a portée au système espagnol : on a l'impression qu'il est, sinon flatté, en tout cas frappé par cet effort de se mettre à la place de l'autre dont avait fait preuve le juge du pays « co-intéressé » et que, mû par ce geste de coopération, il souhaite poursuivre le chemin vertueux sur lequel son collègue l'a invité à s'engager. Il est ainsi conduit à discerner dans le système anglais la liberté du *de cuius* comme principe susceptible d'emporter l'adhésion du juge britannique s'agissant de venir à bout d'un conflit de renvoi anglo-espagnol et à le proposer avant même que ne le fasse le juge britannique lui-même. Celui-ci n'avait-il d'ailleurs pas de son côté, avec une étonnante prescience il faut le dire, dégagé, bien avant le Tribunal suprême, le service que pouvait rendre, du côté espagnol, le principe de l'unité de la loi successorale ?¹⁶¹⁴

Une espèce de dialogue silencieux, à distance et étalé dans le temps, s'est noué entre les cours anglaises et espagnoles confrontées aux situations de renvoi du même type et œuvrant à la mise au point progressive d'une règle sur le conflit de renvoi qui est « hispano-britannique » non seulement par son objet mais également par son origine, car les deux camps concourent à la développer par des apports successifs et parallèles. Règle tout aussi unitaire quant à sa teneur qu'elle est double quant à sa source, et pouvant être réellement unitaire parce qu'elle est réellement double. Règle qui se veut non plus seulement bilatéralisable mais qui est proprement bilatérale, c'est-à-dire de formation bi-étatique, « co-étatique », et qui, « en harmonisant les droits respectifs » – pour reprendre encore l'arrêt *Lowenthal* – se donne pour capable d'assurer à un degré raisonnable justice et prévisibilité aux personnes privées impliquées dans des relations humaines menacées par des conflits de renvoi. Avant d'en mesurer l'efficacité, ménageons au principe de l'unité de la loi successorale la place qui a été, dans ce mouvement jurisprudentiel, la sienne.

373. Rôle de l'unité de la loi successorale¹⁶¹⁵. Commençons par préciser le rôle le moins contestable qu'a rempli ce principe. Il s'agissait – on y a déjà fait al-

¹⁶¹¹ *Supra*, n° 292

¹⁶¹² V. les développements *supra*, n° 304.

¹⁶¹³ *Supra*, n° 292 et 355.

¹⁶¹⁴ Notamment dans l'affaire *in re Duke of Wellington* (*supra*, n° 292).

¹⁶¹⁵ Le rôle exact qui revient à l'unité de la loi applicable pour trancher le conflit de renvoi, notamment au lendemain de l'arrêt *Lowenthal*, mais aussi la valeur qu'il devrait revêtir *de lege ferenda*, font l'objet d'un important débat au sein de la doctrine espagnole. Avant 1996, un tel principe avait été

lusion – de vaincre la résistance que l'article 12-2 semblait opposer à l'application du droit étranger à l'égard de certaines situations de renvoi solidement rattachées à l'État étranger de la nationalité du *de cuius*. C'est à l'élargissement de la brèche déjà ouverte par l'appel à la philologie qu'a travaillé d'abord l'unité de la loi successorale. S'abriter derrière le paravent qu'offre l'autorité d'une règle en vigueur et œuvrer discrètement à la mise au point d'une solution nouvelle, c'est là au demeurant, on le sait, une méthode à laquelle ont souvent recouru les juges soucieux du progrès du droit.

Cependant, la direction à prendre une fois la barrière abattue, ce dispositif plus propre à démolir qu'à édifier a été souvent impuissant à la signaler. Les juridictions espagnoles ont dû entre autres faire face à des situations de renvoi que le facteur de l'unité ne pouvait guère maîtriser. Il s'agit, d'une part, des affaires où le conflit impliquait, à côté de l'Espagne, un pays lui aussi « unitaire »

proposé par A.L. Calvo Caravaca, « Sucesiones hereditarias », p. 3108, « Art. 9.8 del C.c. », *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, 2^a ed., Madrid, 1995, t. I, vol. II, p. 359 ; rapp. ég. J. González Campos (et al.), *D.i.p., Parte especial*, 6^e ed., Madrid, 1995, p. 397 ; une allusion en ce sens se lit déjà chez A. Marín López, *Derecho internacional privado*, p. 239. Après 1996, le traité dirigé par A.-L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 247-248 de même que celui de la UNED, dirigé par A.P. Abarca Junco, *D.i.p.*, p. 194, s'accordent pour considérer que le renvoi doit être refusé s'il aboutit au morcellement de la succession (c'est pour A.-L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa González la « condición básica »). Mais *quid* lorsque l'unité n'est pas moins maintenue par le refus que par l'acceptation du renvoi, comme dans les affaires *Denney*, *François-Marie J.W.* et *David Norman V.W.* ? On peut penser à avoir recours au principe, évoqué par A.-L. Calvo Caravaca et J. Carrascosa González, *D.i.p.*, p. 245, selon lesquels « el reenvío de primer grado sólo se debe admitir si a través del mismo se alcanzan soluciones satisfactorias, razonables y justas ». Pour J.C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *D.i.p.*, p. 433, l'admission du renvoi est essentiellement subordonnée à la vérification qu'elle ne produit pas de morcellement. Seulement, si l'on explique ainsi l'arrêt *François-Marie J.W.*, il n'en est pas de même de cette « magnifique décision » qu'est, pour les auteurs, l'arrêt *Denney*, lequel refuse le renvoi alors même que son acceptation n'aurait pas entraîné la rupture de l'unité. L'opinion qui dénie au principe de l'unité toute valeur décisive recueille un nombre à peu près équivalent de suffrages : avant *Lowenthal*, v. W. Goldschmidt, *Sistema y filosofía*, p. 363 (« La admisión del reenvío en el Derecho internacional privado español no puede, por consiguiente, ser rechazada mediante una invocación del principio de la unidad en materia sucesoria ») ; V.L. Simó Santonja, « Normas de Derecho civil internacional sobre donaciones y sucesiones », *Estudios sobre el Título preliminar del Código civil*, Madrid, 1977, vol. II, p. 17 et D. Iriarte Angel, « Double reenvío », p. 3579 ; après 1996, surtout *de lege lata*, v. J.A.T. Ortiz de la Torre, « El reenvío ante el Tribunal Supremo », p. 1291-1292, pour qui le droit espagnol ne se rallie pas de manière absolue au principe de l'unité (« principio absoluto de unidad inexistente en nuestro Derecho » : p. 1290 ; v. aussi du même auteur, « Anular por reenvío », p. 1705) ; M.A. Amores Conradi, note sous STS, 21 mai 1999, p. 1389 ; S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 150 et I.A. Calvo Vidal, note sous RDGRN, 18 janv. 2005, p. 1030, qui fait observer que l'emploi de l'unité permet au hasard d'une acquisition immobilière d'altérer le régime juridique de la succession (*supra*, note 781). Le caractère formel et mécanique du principe de l'unité est également souligné par I. Ayala Cadiñanos, note sous SAP Málaga, 18 déc. 1996, p. 248 et J.J. Forner Delaygua, « Sucesión testamentaria de una belga », p. 136. Pour A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 8, le principe de l'unité « se révèle complexe et source de problèmes », c'est pourquoi « le renvoi devrait – pour elle – totalement disparaître du système espagnol » ; c'est aussi l'opinion ferme de A. Pérez Voituriez, « El reenvío en el DIPr español », p. 324 (« La conclusion de todas estas reflexiones no puede ser otra que la *exclusion del reenvío en la materia sucesoral* » : mise en italique en original). En rendant synthétiquement compte de la jurisprudence espagnole récente, C. Esplugues Mota / J. L. Iglesias Buhigues, *Derecho internacional privado*, Valencia, 2008, p. 220, évoquent la subordination de l'application du renvoi « a la reunión de un conjunto de circunstancias », parmi lesquelles l'unité du régime n'est pas mentionnée.

mais partisan du domicile, tel la Suisse ou l'Argentine : ainsi de SAP Barcelone du 28 septembre 2004 et, si l'on remonte plus loin, des successions *Guerra Cortínez*, *Quetglás Sánchez* et *Miguel Campomar*. Il s'agit, d'autre part et surtout, des espèces mettant en cause un pays « scissionniste » dans lesquelles toutefois le morcellement ne se produisait pas en pratique car le domicile du *de cujus* se trouvait lui aussi en Espagne et que c'est là qu'était sise la totalité des biens immobiliers : ainsi des affaires *Denney*, *François-Marie J.W.*, *David Norman V.W.* et *R.O.P.* Dans ces cas, le conflit de renvoi était « total » puisqu'il affectait l'ensemble des forces héréditaires de telle manière que les juges ne pouvaient pas compter, pour s'en débarrasser, sur les services d'une « loi-pivot »¹⁶¹⁶.

Or les affaires *François-Marie J.W.* et *R.O.P.* ont finalement été tranchées conformément à la loi espagnole, tandis que les arrêts *Denney* et *David Norman V.W.* ont retenu la loi étrangère. Force est dès lors de reconnaître que la jurisprudence espagnole récente, y compris celle émanant du Tribunal suprême, n'est pas fixée dans le sens que le renvoi doit être *accepté* à moins qu'il ne porte atteinte à l'unité de la loi applicable – car dans les affaires *Denney* et *David Norman V.W.*, l'application de la loi espagnole n'aurait pas emporté rupture de l'unité –, ni dans le sens qu'il doit être *repoussé* sauf lorsqu'il favorise le morcellement – car dans les affaires *François-Marie J.W.* et *R.O.P.*, l'application de la loi étrangère n'eût pas eu pour conséquence un tel morcellement –¹⁶¹⁷ : ce sont là les deux significations que peut recevoir l'idée selon laquelle le traitement du renvoi ne dépend désormais que du maintien ou de la poursuite de l'unité du régime. En effet, dans les espèces où l'unité est tout aussi efficacement préservée par son refus que par son acceptation, le renvoi a été tantôt accepté et tantôt refusé. Et heureusement d'ailleurs, car ainsi que nous l'avons constaté, les deux attitudes que suggèrent l'une et l'autre des interprétations à l'instant évoquées sont également contraires à la maxime bilatéraliste, en ce qu'elles maintiennent les particuliers dans le conflit international de lois, et par là dans le conflit international de situations juridiques, si elles sont adoptées par les deux États « co-intéressés ». Il convient d'admettre qu'au moins dans les situations où la mise en œuvre de la loi espagnole n'apporte pas plus de progrès sous l'angle de l'unité que celle de la loi étrangère – c'est le cas des affaires *Denney* et *François-Marie J.W.* –, d'autres facteurs de solution du conflit de rattachements ont motivé la position prise par les tribunaux espagnols. Il

¹⁶¹⁶ À propos des affaires *Denney*, *François-Marie J.W.* et *David Norman*, v. S. Sánchez Lorenzo, « Ámbito del reenvío », p. 1145 : « en los tres casos existe un reenvío global a la ley española, que no vulnera, pues, el principio de la universalidad de la sucesión... » ; concernant l'affaire *Denney*, v. ég. E. Castellanos Ruiz, « Sucesión hereditaria », p. 429.

¹⁶¹⁷ Outre les auteurs cités à la note précédente, v. J.A.T. de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1702 ; A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 10-11 ; M.A. Amores Conradi, note sous STS, 21 mai 1999, p. 1390 ; v. d'ailleurs, dans l'affaire *Denney*, la décision d'appel SAP Badajoz, 11 juill. 1995, *R.E.D.I.*, 1996, p. 315 ; J. Carrascosa González, note sous SAP Badajoz, 11 juill. 1995, p. 319, en prenant appui sur le principe de l'unité successorale, évoque « el reenvío de retorno que debe observar el Juez español que conoce el caso » : on sait que, pour le Tribunal suprême, il n'en fut rien.

resterait alors à établir si ces autres critères ne sont opératoires que lorsque celui de l'unité n'est pas à même de fonctionner. L'affirmer reviendrait à établir une hiérarchisation : l'unité serait le critère *principal* de solution du conflit du renvoi et l'on ne se rabattrait sur la proximité et la volonté qu'à titre *subsidaire*.

L'examen de la jurisprudence espagnole ne soutient pas non plus une telle hiérarchisation. D'une part, alors même que le principe de l'unité est cité, pour étayer notamment la préférence accordée à la loi étrangère, la vocation de celle-ci n'est jamais motivée par appel à ce seul facteur puisque les arguments que l'on a passés en revue sont concurremment avancés, y compris dans la décision *Lowenthal*, la seule du tryptique pouvant techniquement se recommander de la seule unité¹⁶¹⁸. D'autre part, aucune succession génératrice d'un conflit de renvoi n'a, dans la période considérée, été soumise à une loi qui n'était manifestement pas celle à laquelle conduisait l'opération de la proximité et de la volonté. Enfin, dans un cas au moins depuis 1996, celui qu'a décidé SAP Asturias du 1^{er} septembre 2005, le juge espagnol a retenu la loi espagnole de situation immobilière tout en prenant le risque que la masse mobilière, notamment celle laissée aux États-Unis, demeure sous l'empire de la loi américaine du domicile des défunts¹⁶¹⁹. Autrement dit, le renvoi a été accepté alors même qu'il eût pu briser l'unité successorale, dont force est alors de constater que les juges asturiens ne s'en sont pas vraiment inquiétés. On peut au demeurant se demander, avec certains auteurs¹⁶²⁰, si le Tribunal suprême, dans l'affaire *François-Marie J.W.*, aurait réellement opté pour la loi anglaise s'il avait pu repérer un immeuble en Belgique ou au Panama¹⁶²¹ ou même en Angleterre. Il n'est d'ailleurs pas défendu de penser que les hauts magistrats pencheraient au profit de la loi espagnole s'agissant du règlement d'une succession en tout point identique à celle dont fut saisi en 1900 le juge de Barcelone hormis la présence en Ecosse d'un immeuble de valeur marginale par rapport à l'ensemble de la masse à partager¹⁶²².

¹⁶¹⁸ À propos de DGDEJ, 18 sept. 2006, v. J.J. Forner Delaygua, « Sucesión testamentaria de una belga », p. 152.

¹⁶¹⁹ Ainsi en effet dans l'hypothèse d'après laquelle les intéressés avaient acquis la nationalité américaine, qui est celle que retient la Cour : v. *supra*, n° 361.

¹⁶²⁰ Rapp. S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 152-153 et 157.

¹⁶²¹ Ce sont les deux pays où, aux dires de la défenderesse, se trouvaient des biens immobiliers : v. la décision d'appel SAP Málaga du 18 déc. 1996, « fundamento segundo ».

¹⁶²² Cf. I.A. Calvo Vidal, note sous RDGRN, 18 janv. 2005, p. 1030, pour qui le principe « puede llevar a soluciones aleatorias o casuales como sería entender que la ley rectora de la sucesión dependa de la localización fuera de España de una propiedad inmobiliaria de escaso valor suficiente para romper el principio de unidad de ley sucesoria » ; cf. les exemples donnés par S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 152-153 et la conclusion qu'il en tire (*ibidem*, p. 157 : « cuando la casualidad puede alterar todo el regimen jurídico de la sucesión »).

§ 3. Conclusions

374. Convergence des jurisprudences nationales. L'importance de ce point est digne d'une redite : si les juridictions britanniques, irlandaises, américaines, argentines, suisses et belges avaient été saisies des situations passées en revue en lieu et place de leurs homologues espagnols et qu'elles avaient adopté les critères qu'ont largement retenus ceux-ci, l'harmonie des solutions aurait été le plus souvent acquise.

Or l'examen des décisions britanniques et américaines suggère que les tribunaux de ces deux pays auraient effectivement entrepris de résoudre le conflit hispano-britannique ou hispano-américain de renvoi selon les facteurs étudiés. Par exemple, et comme l'Audience provinciale de Badajoz saisie en appel le ressent lucidement, les juges britanniques auraient sûrement soumis eux aussi au droit anglais la dévolution des immeubles espagnols laissés par Anthony Denney¹⁶²³. Il en va de même de l'affaire *David Norman V.W.*, et des espèces tranchées par SAP Alicante du 10 mars 2003, SAP Grenade du 19 juillet 2004 et SAP Las Palmas du 28 juin 2004, dont les configurations sont analogues¹⁶²⁴. Il semble certain que le juge britannique aurait lui aussi, comme le fit le Tribunal de Barcelone, tranché en faveur de la loi espagnole le conflit de renvoi que soulevait l'affaire *D. Thomas J.*, l'intégration de la personne et des biens du *de cujus* au milieu espagnol étant encore plus entière que celle de Sybil Annesley au milieu français dans *in re Annesley* : si l'établissement respectivement en Espagne et en France de ces deux Britanniques est d'une durée comparable (cinquante-six et cinquante-huit ans), *D. Thomas J.* possédait tous ses biens en Espagne alors que Sybil Annesley en avait préservé une partie en Angleterre¹⁶²⁵. De même, il y a lieu de penser que les juridictions d'outre-atlantique auraient retenu la loi du Maryland dans l'affaire *Lowenthal*, d'autant qu'elles l'avaient partiellement mise en œuvre dans les procédures ouvertes à Baltimore¹⁶²⁶ ; la dispersion des contacts pertinents n'est au surplus pas sans rappeler celle qui caractérisait l'affaire newyorkaise *in re Schnei-*

¹⁶²³ On y lit que le juge anglais « probablemente aplicaría respecto de la sucesión de don John D. la ley inglesa » : v. le texte in *R.E.D.I.*, 1996, p. 315 ; cf. J. Carrascosa González, *ibidem*, p. 318 ; c'est là la marque de l'harmonie internationale de solutions : v. P. Blanco-Morales Limones, « Existe en nuestro Derecho una acción », p. 11345.

¹⁶²⁴ À savoir : ténuité des liens personnels avec le milieu espagnol à la fois du *de cujus* et des prétendus successibles, notamment de ceux qui sollicitaient le bénéfice du droit espagnol, et situation en Espagne d'une portion seulement du patrimoine héréditaire.

¹⁶²⁵ *Supra*, n° 294 et 352.

¹⁶²⁶ En ce sens, A. Borrás, « L'approche du renvoi », p. 8-9. Le bref compte rendu que donne l'arrêt d'appel (*R.G.D.*, 1989, p. 8653) des mésaventures judiciaires essuyées par les enfants de Lowenthal et leur mère devant les tribunaux du Maryland avant de tenter leur chance en Espagne, laisse à penser que, d'après l'Audience territoriale de Grenade, la loi du Maryland avait eu les préférences des tribunaux américains ; cf. E. Rodríguez Pineau, note sous STS, 11 nov. 1996, *Lowenthal*, p. 266. Les informations que nous avons pu récolter à ce sujet encouragent toutefois à une vue plus nuancée : v. *supra*, n° 355.

*der*¹⁶²⁷ car, dans un cas comme dans l'autre, le conflit de renvoi ne frappait qu'un seul immeuble se trouvant dans un pays étranger où le *de cuius* n'avait ni son domicile ni sa résidence pas plus que d'autres éléments de son patrimoine.

Tournons-nous vers les espèces tranchées par les tribunaux anglais et français impliquant l'Espagne et supposons-les judiciarisées dans ce pays. Sans doute les juridictions espagnoles auraient-elles, comme l'ont fait les juges Wynn-Parry et Browne-Wilkinson, soumis à la loi anglaise la dévolution des immeubles laissés en Espagne par Christopher W. Adams¹⁶²⁸ et par le Duc de Wellington : tout comme, par exemple, dans les affaires décidées par SAP Alicante du 7 juin 2001 et SAP Tarragone du 13 mai 2004, le domicile du *de cuius* se trouvait dans l'État de sa nationalité ; la loi espagnole, qui n'était en substance que celle du lieu d'un immeuble, n'a, on l'a vu, guère de chances de l'emporter dans ce cas de figure¹⁶²⁹. Pour les mêmes raisons et en supposant établie la nationalité française de Thérèse Riley, la transmission des immeubles qu'elle a laissés à Majorque aurait été soumise par un tribunal baléarais à la loi française. Moins aisée à établir est, en revanche, la position qu'aurait prise le juge madrilène dans l'affaire *Claude T.* : la relation dont est issue la fille Ana, domiciliée à Madrid et sûrement espagnole, rapproche cette espèce de l'affaire *François-Marie J.W.*, mais elle s'en démarque par les liens avec la France qu'entretiennent les autres parties au litige – l'épouse et la fille, ici légitime – de même que par la situation en France d'une partie des éléments, y compris immeubles, du patrimoine héréditaire. Dès lors qu'on se résout à attribuer dans de telles hypothèses d'équilibre des indices de localisation une valeur décisive à la présence d'un immeuble dans l'État étranger rendant possible la réunion des masses – c'est bien l'argument avancé à la fois par le Tribunal suprême et la Cour de cassation¹⁶³⁰ –, force est de conclure que la loi française serait dans de telles circonstances retenue par les juridictions des deux États « co-intéressés ».

¹⁶²⁷ *Supra*, n° 176.

¹⁶²⁸ Pour L. Iriarte Angel, « Doble reenvío », p. 3580, la décision *in re Adams* mérite une « appréciation négative » car « l'on ne peut pas soutenir que le juge espagnol aurait appliqué le droit anglais dans un tel cas ». La jurisprudence espagnole a démenti cette affirmation car, en se laissant guider par un facteur de solution analogue à celui qui inspira le juge britannique – L. Iriarte Angel le résume ainsi : « le juge s'abstint d'appliquer le Droit espagnol car, probablement, il lui paraissait inopportun ('duro') que la réserve espagnole s'impose à la succession d'un Anglais domicilié en Angleterre » –, elle a abouti à exclure le renvoi à l'égard des successions de Britanniques domiciliés en Angleterre laissant des immeubles en Espagne. On partagera en revanche les réserves qu'inspire à l'auteur la mention par le juge Browne-Wilkinson de la rupture de l'unité de la succession comme seul motif de la décision et l'on est tenté de s'associer à sa prophétie d'après laquelle les « Tribunaux [espagnols] ne renonceront pas à admettre le renvoi-retour du fait qu'il rompt l'unité de la succession » (*supra*, note 1205).

¹⁶²⁹ *Supra*, n° 363 s.

¹⁶³⁰ *Supra*, n° 279 et 373.

375. Progrès sous l'angle de la prévisibilité et de la justice : quatre situations archétypales. La convergence spontanée des mouvements jurisprudentiels que révèle l'analyse menée jusque-là est, dans un bon nombre de cas, d'ores et déjà à même de procurer aux intéressés une prévisibilité raisonnable du droit qui régira les relations qu'ils nouent – et que vient frapper un conflit de renvoi – en même temps qu'une justice attentive à l'équilibre des intérêts en jeu. Pour s'en convaincre, reprenons les configurations-type des liens pertinents que nous avons isolées. Il est tentant de les ériger en sous-catégories normatives, spéciales par rapport à la catégorie générale – qui regroupe quant à elle l'ensemble des situations de renvoi successoral – et susceptibles de nourrir une « règle de conflit de renvoi » ayant les caractères de la généralité et de l'abstraction, ou plus exactement, autant de règles de conflit de renvoi que sont les types de conflits de renvoi identifiés.

Cas n° 1 – Domicile du *de cujus* et siège de son patrimoine dans le pays étranger de la nationalité ; aucun contact significatif des ayants droit avec l'Espagne. Un *de cujus* anglais ou français, domicilié, respectivement, tout comme son épouse et ses descendants, par hypothèse anglais ou français, en Angleterre ou en France et titulaire d'un immeuble sis en Espagne, peut être raisonnablement certain que la dévolution de cet immeuble – comme le reste de la succession, le gros des forces héréditaires, sis en Angleterre ou en France, demeurant en dehors du conflit de renvoi – se fera selon, respectivement, le droit anglais ou français, notamment lorsqu'il établit son testament conformément à ce droit ou qu'il effectue une véritable *professio iuris*. Le *de cujus* peut dès lors profiter de la liberté que lui accorde son droit national, le confort de cette sécurité l'accompagnant jusqu'à son dernier jour. Une fois le *de cujus* décédé, ceux qu'il aura désignés comme héritiers ou légataires sont à même de savoir que leur acquis sera préservé et ses descendants déshérités n'auront pas à engager de procédures coûteuses pour entendre déclarer que la réserve espagnole ne leur échoit pas.

Cas n° 2 – Domicile du *de cujus* en Espagne acquis à la retraite et siège de son patrimoine dans le pays étranger de la nationalité ; aucun contact significatif des ayants droit avec l'Espagne. Les intéressés bénéficient en substance de la même sécurité dans une hypothèse qui se distingue de celle que l'on vient de détailler en ce que le *de cujus*, la retraite venue, a transporté en Espagne son domicile au sens de la loi anglaise. Les attaches relatives aux biens et aux ayants droit – à l'exception du domicile de l'éventuel conjoint survivant, lui aussi déplacé en Espagne – demeurent les mêmes¹⁶³¹.

Cas n° 3 – Domicile prolongé du *de cujus* en Espagne pour des raisons professionnelles et familiales ; totalité de son patrimoine en Espagne ; attaches prépondérantes des ayants droit avec l'Espagne. En revanche, lorsqu'un

¹⁶³¹ La prévisibilité du droit applicable a trait ici également à la répartition des meubles, eux aussi frappés par le conflit de renvoi, qui est en effet double.

de cujus anglais a habité l'Espagne pendant la majeure partie de sa vie, y a exercé l'essentiel de sa profession, s'y est marié avec une Espagnole qui lui a donné des enfants, citoyens espagnols ou titulaires de la double nationalité, et que le siège de son patrimoine se trouve en Espagne, il peut fort bien, ainsi que ses proches, s'attendre à ce que la transmission de ce patrimoine se fasse conformément au droit espagnol.

Dans aucune de ces situations il ne sera nécessaire de soumettre la question du droit applicable à un juge, qu'il soit espagnol ou anglais – ou bien : espagnol ou français –, ayant l'un et l'autre compétence pour se prononcer, comme le révèle l'analyse « croisée » des décisions recensées. Les particuliers sont à tout moment en mesure de savoir quelle est cette loi¹⁶³² : celle-ci ne dépendra pas du tribunal saisi, car les juges espagnol et britannique (ou français) retiendront l'un et l'autre, dans les situations de renvoi répondant aux cas de figure n° 1 et n° 2, le droit anglais (ou le droit français), et, dans les situations de renvoi répondant au cas de figure n° 3, le droit espagnol. Bref, pas besoin de saisir pour savoir. En revanche l'imprévisibilité la plus irréductible se produirait pour nos intéressés si l'Espagne, l'Angleterre et la France acceptaient systématiquement le renvoi en matière de succession immobilière (dans le premier cas) ou à la fois mobilière et immobilière (dans le deuxième et troisième cas), ou bien le refusaient systématiquement. Voilà en effet qui, dans la totalité des espèces mettant en cause un conflit de renvoi et à plus forte raison dans toutes celles qui tombent dans l'une des catégories n° 1, 2 et 3, condamne le *de cujus* à mourir sans pouvoir connaître le droit applicable à la dévolution ou bien de son immeuble sis en Espagne dans le cas n° 1, ou bien de l'ensemble de son patrimoine dans les cas n° 2 et 3 : à moins, bien entendu, que « face à l'insupportable incertitude, il décide de ne laisser à des héritiers potentiels rien d'autre que son meilleur souvenir »¹⁶³³. Après le décès, la saisine d'un juge sera, pour les prétendus successibles, le seul moyen pour fixer la loi dont dépendent leurs droits respectifs dans la succession. La saisine est non seulement *nécessaire* mais aussi *suffisante* à cet effet, car c'est bien celle-ci et non la décision du tribunal qui dissipe l'incertitude. La loi applicable sera soit celle de l'État du juge saisi en cas d'acceptation « bilatérale » de renvoi, soit celle de l'autre État en conflit, en cas de refus « bilatéral »¹⁶³⁴.

¹⁶³² « les droits successoraux étant », dans ces cas, « suffisamment clairs dès le départ, la litigiosité s'en trouve réduite » : J. Carrascosa González, note sous SAP Badajoz, 11 juill. 1995, *R.E.D.I.*, 1996, p. 321.

¹⁶³³ En ce sens, S. Álvarez González, « Dos cuestiones de actualidad », p. 157 : « el verdaderamente informado tan sólo afrontará la situación si es aficionado a los acertijos o si, ante la insoportable incertidumbre, opta por la inteligente medida de no dejar a sus potenciales herederos sino su mejor recuerdo ».

¹⁶³⁴ Pour J.A.T. Ortiz de la Torre, « Anular por reenvío », p. 1706 : « l'arrêt *Lowenthal* a introduit... une insécurité juridique » puisque le renvoi n'est plus systématiquement accepté comme semble pourtant le commander l'art. 12-2 ; et l'auteur de formuler le vœu que l'Espagne prenne pour modèle l'Italie, le Portugal ou l'Allemagne afin d'établir « une norme qui... puisse résoudre définitivement, sur le fondement de la sécurité juridique, le problème du renvoi dans notre pays ». Or, si l'Espagne

accepte le renvoi et, par exemple, la Belgique en fait autant, le testateur belge domicilié en Belgique propriétaire d'un immeuble en Espagne se trouverait dans l'insécurité la plus inextricable quant à la loi applicable à la dévolution de cet immeuble : espagnole pour l'ordre espagnol, belge pour l'ordre belge, voilà qui astreint le testateur à mourir sans savoir et ses proches à saisir pour savoir. En recherchant la coordination avec le système anglais sur le fondement d'un facteur généralisable, le Tribunal suprême a travaillé à la réduction de l'insécurité juridique découlant de l'interprétation « littéraliste » de l'article 12-2. Pour J. Carrascosa González, note sous SAP Badajoz, 11 juill. 1995, *R.E.D.I.*, 1991, p. 320, le testateur anglais rédige son testament dans la « pleine conviction » que sa succession est régie par sa loi nationale (« el causante inglés testa plenamente convencido de que la sucesión se rige por su ley nacional – por eso dispone libremente de sus bienes – encontrándose posteriormente la heredera con la 'sorpresa' de ver sujeta la sucesión a la ley española por obra y gracia del reenvío »). Si l'on généralise ce propos, il faudrait condamner le rattachement au domicile parce que contrevenant aux attentes spontanées du testateur. Ce n'est pas ce que pense la moitié des pays du monde (y compris l'Angleterre), qui se rallient à la loi du domicile parce qu'ils estiment que, selon le *de cuius* ne l'a pas moins présente à l'esprit que sa loi nationale (cf. *supra*, note 541). Il est sans doute vrai que lorsque l'Anglais n'a jamais été domicilié ailleurs qu'en Angleterre et qu'il n'a laissé en Espagne qu'un immeuble ou même lorsqu'il y a acquis une résidence post-retraite, il est naturellement conduit, au moment où il établit ses dernières volontés, à s'en référer au droit anglais : mais non pas tant parce qu'il s'agit de son droit national par opposition au droit de son domicile, mais parce qu'il s'agit du droit du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. En revanche, et en empruntant à E. Castellanos Ruiz, *Unidad y pluralidad*, note 176 : « si le *de cuius* est anglais avec héritiers en Espagne, citoyens espagnols, et possède des biens en Espagne, il paraît clair que la loi la plus proche est la loi espagnole du fait que celle-ci est la *loi la plus prévisible* » (pour l'original espagnol, v. *supra*, note 1579). On a pu aussi déplorer comme peu conciliable avec la sécurité juridique que l'acceptation du renvoi oblige tout testateur à se renseigner sur la teneur de la règle de conflit des *deux pays* (J. Carrascosa González, *R.E.D.I.*, 1996, p. 320 : « obligaría a todo testador a informarse sobre la norma de conflicto española y sobre la norma de conflicto de su Derecho nacional a fin de averiguar la ley que rige su sucesión, lo que resulta sin duda poco conciliable con [la 'seguridad de realización' y la 'seguridad de ordenación'] que el DIPr debería garantizar »). Dès lors qu'il entretient avec l'Espagne et l'Angleterre des attaches telles que les tribunaux anglais et espagnols sont également compétents pour connaître du contentieux pouvant s'élever d'une succession hispano-anglaise et donc pour statuer sur la question de la loi applicable à celle-ci, le *de cuius* et ses conseils ne peuvent pas s'épargner la peine de consulter les règles de conflit espagnole et anglaise, c'est-à-dire les règles des deux communautés étatiques au sein desquelles se déroulent les rapports successoraux. Au cas où l'Espagne et l'Angleterre rejettent le renvoi en vue de dispenser le *de cuius* et ses conseils de consulter la règle de conflit de l'autre État, non seulement le *de cuius* et ses conseils devraient, après avoir consulté la règle de conflit espagnole, tout de même consulter la règle de conflit anglaise, car la nécessité de la consulter ne dépend pas de la teneur de la règle espagnole acceptant le renvoi mais bien du caractère hispano-anglais de la succession et spécialement de la règle de compétence anglaise et de la possibilité qu'elle ouvre de porter le litige devant le juge anglais. Qui plus est, notre *de cuius* ne sera pas à même de recevoir, parce que ses conseils ne seront pas à même de lui apporter, une réponse raisonnablement fiable à la question de la loi applicable à sa succession : ce sera la loi anglaise ou la loi espagnole suivant l'opération d'un facteur, la saisine du for anglais ou espagnol par un des prétendus successibles, qui échappe à son contrôle, ne pouvant opérer qu'après son décès. Une telle impossibilité irrémédiable pour le *de cuius* de connaître le droit conformément auquel il peut tester, de former à cet égard une prévision raisonnable, n'est-elle pas la négation de la sécurité juridique résultant de la prévisibilité du droit ? Pour lui en assurer le bienfait chaque État devrait s'employer à édicter et mettre en œuvre une règle de conflit de renvoi bilatérale et c'est bien ce qu'ont fait l'Angleterre et l'Espagne, par le travail de leurs tribunaux, depuis que ceux-ci ont rencontré la difficulté. Sans doute le *de cuius* et ses conseils devront consulter une *troisième* et une *quatrième* règle de conflit (la règle de conflit de renvoi *espagnole* et la règle de conflit de renvoi *anglaise*). Cependant, loin de porter atteinte à la sécurité juridique, une telle complexification du règlement du conflit de lois est nécessaire précisément pour l'assurer. Ainsi que nous l'avons relevé (*supra*, n° 124, *in fine*), mieux vaut une solution laborieuse que pas de solution du tout.

Il est certain que le conflit de renvoi pourra naître de situations dans lesquelles la répartition des indices de localisation est plus équilibrée. Il en va ainsi d'un *de cujus* britannique ou français ayant eu son dernier domicile en Espagne, laissant à sa survivance une épouse espagnole et des enfants hispano-britanniques ou hispano-français avec lesquels il a vécu d'abord en Angleterre ou en France et ensuite en Espagne, et possédant des biens en Espagne (dont un ou plusieurs immeubles) et en Angleterre. C'est là un quatrième groupe d'espèces que l'on pourrait définir comme suit :

Cas n° 4 – Domicile du *de cujus* en Espagne, attaches personnelles significatives avec son pays d'origine et l'Espagne, attaches significatives des ayants droit avec les deux pays, répartition des biens dans les deux pays mais biens immobiliers en Espagne. Les décisions britanniques, françaises et espagnoles incitent à penser que les tribunaux de ces pays ne seraient pas dans de telles circonstances indifférents à la désignation expresse faite par le *de cujus* d'une des deux lois en conflit de renvoi. À défaut d'une telle désignation, la mise en œuvre de la proximité se prête mal à toute objectivisation et par là à toute prévision. Aucune des deux lois ne dispose de titres manifestement plus forts pour l'emporter. L'unité de la loi successorale n'est d'aucun secours non plus. La solution du conflit dépendra alors en substance de l'appréciation subjective de celui qui est appelé à le trancher. Aussi la prévisibilité du droit n'est-elle pas garantie. À défaut pour les parties d'accepter un règlement non-juridictionnel, la certitude quant à la loi régissant la succession ne peut leur profiter qu'à la suite d'un procès. Mais cette certitude résultera de la décision du juge, acte d'une autorité impartiale, et non pas de la saisine du juge, acte unilatéral d'un plaideur. C'est là une certitude d'une autre nature, mais de nature à rassurer : car au moins les intéressés savent que l'acte de l'un d'eux consistant à saisir un tribunal – espagnol ou anglais (ou français) – n'aura pas d'incidence sur la teneur de leurs droits subjectifs et obligations, l'imprévisibilité ne variant pas selon le juge saisi. Les chances qu'un juge espagnol apprécie autrement la situation qu'un juge anglais ne sont pas *a priori* plus élevées que les chances qu'une telle divergence se produise entre le tribunal de Malaga et le tribunal de Madrid. La justice du cas concret sera assurée car le juge saisi peut se laisser guider par son appréciation de l'équité. L'acceptation ou le refus systématiques du renvoi entraînent un résultat analogue sous l'angle de la prévisibilité puisqu'ils rendent eux aussi inévitable la judiciarisation du rapport de droit. Du fait cependant qu'elles confient à la partie la plus rapide le pouvoir de trancher en destituant le juge de sa fonction, la thèse et l'antithèse tournent le dos à l'idée universellement répandue d'une justice impartiale venant du haut en même temps qu'elles aboutissent à un résultat pouvant se révéler contraire aux exigences concrètes de la justice et, en tout cas, incapable de guider la pratique ultérieure¹⁶³⁵.

¹⁶³⁵ *Supra*, n° 93 s.

Chapitre II

Renvoi en matière délictuelle

376. Nature déclarative des décisions en la matière. À l'instar de celles que propose le domaine des successions, les relations juridiques que l'on rencontre en matière délictuelle sont telles qu'une juridiction ne peut être mobilisée à leur égard qu'afin de vérifier rétrospectivement si elles ont pris naissance ou non et quelle en est la teneur. De telles relations tirent leur source des comportements, actes, faits ou événements naturels, à la réalisation desquels l'autorité étatique saisie ne contribue pas et qui, par la force des choses, ont lieu antérieurement à son intervention¹⁶³⁶. Aussi l'idée de la nature constitutive des décisions de justice en la matière, qui avait autrefois des partisans, paraît-elle aujourd'hui définitivement délaissée¹⁶³⁷. Ce vaste domaine tombe donc à l'intérieur du périmètre dans lequel s'inscrit la présente enquête, laquelle – on s'en souviendra – est délibérément cantonnée aux situations juridiques *ex lege*¹⁶³⁸.

¹⁶³⁶ M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, th. Paris 2, 1986, p. 653 : « la situation juridique naît bien de la réalisation d'un fait dommageable » ; cf. P. Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, 1961, p. 46 ; H. Mazeaud, « Conflit de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle », *Rev. crit.*, 1934, p. 387. Sur ce que cette matière « n'est point par essence contentieuse », v. Y. Loussouarn / P. Bourel / P. De Vareilles Sommières, *D.i.p.*, p. 227, qui taxent de « contestable » l'idée « selon laquelle la dette délictuelle naît du jugement de condamnation et non du délit », car « il ne faut pas perdre de vue que la source première du droit à réparation demeure le délit lui-même » ; en ce sens, v. G. Légier, « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi compétente », *Jurisl.*, 1993, Fasc. 553-2, n° 26 et H. Batiffol / P. Lagarde, *D.i.p.*, t. II, n° 556.

¹⁶³⁷ Pour le rôle qu'a joué l'idée de la nature constitutive de la décision dans l'histoire du droit international privé anglais des *torts*, v. O. Kahn-Freund, « Delictual Liability and the Conflict of Laws », *Rec. cours*, 1968, t. 124, p. 29. Il suffit, pour réaliser à quel point une telle conviction est fallacieuse, de songer à l'observation formulée par la *Law Commission* britannique à laquelle l'on doit la réflexion législative probablement la plus approfondie sur le sujet (*Law Commission Working Paper No. 87 and the Scottish Law Commission Consultative Memorandum No. 62, Private International Law Choice of Law in Tort and Delict*, in : *The Law Commission Working Papers*, No. 85-90, Abingdon, 1985, p. 213), selon laquelle « it is clearly desirable that the parties to a dispute should be able to ascertain their *rights* and *liabilities* as easily as possible, and preferably without resorting to litigation » (c'est nous qui soulignons) : cela suppose bien que ces « droits » et « obligations » existent avant et indépendamment de toute intervention « autorisée ». Le fait que l'étendue de la réparation puisse, dans une espèce donnée, ne pas résulter de façon suffisamment précise des règles de droit générales et abstraites qui en gouvernent le calcul au point qu'une décision judiciaire est nécessaire pour la fixer définitivement (cf. H. Batiffol / P. Lagarde, *D.i.p.*, t. II, n° 556, p. 236), ne change pas grand-chose à cela, tout comme l'établissement par le juge du montant dû à titre de responsabilité contractuelle ne modifie pas la nature le plus souvent indiscutablement déclaratoire du jugement y relatif. On prendra par ailleurs garde de ne pas oublier que les litiges en la matière portent tout aussi souvent sur les faits que sur les règles de droit qui y sont applicables. Cf. R. Anderson, « International Torts in the High Court of Australia », 10 *Torts L.J.* 1 (2002), p. 1.

¹⁶³⁸ *Supra*, n° 3.

L'intérêt que nous portons aux délits civils tient aussi à l'importance de l'arrêt australien *Neilson*, qui venait d'être rendu lorsque cette étude a été entreprise. Le Règlement dit « Rome II » a été, on le sait, désormais mis en vigueur au sein de l'Union européenne¹⁶³⁹. Or nous avons pris conscience de ce que le texte tout autant que l'esprit de cet instrument sont compatibles avec la soumission des relations interindividuelles frappées par des conflits de renvoi opposant un État membre et un État tiers – des conflits européen-américains, européen-chinois, européen-turques, européen-brésilien – à celle des deux lois se désignant mutuellement vers laquelle oriente la mise en œuvre d'un facteur bilatéral, tiers et supérieur aux rattachements en conflit négatif, et notamment des principes d'autonomie et de proximité¹⁶⁴⁰. Nous croyons en tout cas que l'analyse des décisions intervenues en ce domaine, dont certaines sont au demeurant de provenance extra-européenne, et des principes qui s'en dégagent, conserve son intérêt en dépit du fait que dans le champ matériel couvert par le Règlement, les occasions de renvoi intraeuropéen ont évidemment disparu. Une telle analyse, et les résultats auxquels elle conduit, pourront servir de source d'inspiration aux juges devant statuer sur des situations de renvoi que l'œuvre unificatrice menée par l'Union européenne est à elle seule impuissante à supprimer, notamment celles qui résultent des relations interindividuelles engageant les milieux des deux États tiers et, plus généralement, celles dont sont saisis les tribunaux de ces derniers.

En guise d'introduction, on s'arrêtera sur les sources des conflits négatifs de règles de conflit et sur le rôle que joue la prévisibilité du droit, souvent invoquée dans le débat sur l'opportunité d'admettre ou non le renvoi en ce domaine particulier (Section I). Suivra l'analyse de la jurisprudence (Section II).

Section I : Renvoi délictuel et prévisibilité du droit

377. Plan. On se demandera d'abord quelles sont les principales situations génératrices de renvoi en la matière (§ 1). On défrichera ensuite le terrain d'une ambiguïté qu'entretient une certaine doctrine lorsqu'elle affirme ou laisse entendre – afin, pour l'essentiel, de justifier le refus du renvoi qu'elle préconise – que la prévisibilité de la loi applicable et l'harmonie des solutions qui vise à l'assurer en prévenant un conflit international de lois, revêtiraient ici une moindre importance que dans d'autres branches du droit privé (§ 2)¹⁶⁴¹. Cela

¹⁶³⁹ *Supra*, n° 182.

¹⁶⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁴¹ Pour bien des auteurs, « der Gedanke der Entscheidungsharmonie im Haftungsrecht [hat] nicht dieselbe Bedeutung... wie beispielsweise in Fragen des Personalstatuts » : c'est là notamment la position du *Deutsches Rat für IPR*, « Entwurf. Ausservertragliche Schuldverhältnisse – Begründung zur Art. 10 » (exclusif du renvoi), in : E. Von Cammaerer (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1983, p. 27-28. Avec beaucoup de fermeté, v. aussi B. Von Hoffman, « Internationales Haftungsrecht im Referententwurf des Bundesjustizministeriums vom 1.12.1993 », *IPRax*, 1996, p. p. 7 et J.

nous conduira à rappeler les liens qu'entretiennent renvoi et prévisibilité du droit (§ 3). On connaît l'hétérogénéité de la catégorie des actes illicites et l'élargissement qu'elle a connu du fait des progrès technologiques incessants. Si les nuances doivent être sacrifiées ici, ce n'est qu'avec prudence que l'on s'autorisera des généralisations¹⁶⁴².

§ 1. Sources de renvoi en matière délictuelle

378. Renvoi classique et renvoi non classique. Il sera question d'abord de conflit de renvoi classique, dont on sait que son éclatement dépend de la réunion de trois conditions principales : structure traditionnelle, à rattachement unique, des règles de conflit qu'édicte les États « co-intéressés » ; divergence du facteur qu'elles retiennent ; désignation réciproque ou « croisée » qu'elles opèrent (A). On se penchera ensuite sur le renvoi provoqué par la rencontre entre deux règles à structure distincte, dont notamment l'une adopte un rattachement unique tandis que l'autre sélectionne plusieurs connexions et laisse à l'autonomie individuelle ou au principe de proximité le soin de venir à bout d'une telle pluralité (B).

A – Conflit de renvoi impliquant deux règles à rattachement unique

379. Popularité du recours à la *lex loci*. La primauté de la *lex loci delicti* en tant que rattachement *général* est depuis longtemps largement admise en Europe continentale¹⁶⁴³. Avant que le Règlement Rome II n'en vienne consacrer un tel rattachement dans l'ensemble des États membres, il avait aussi depuis quelques temps cours en Angleterre¹⁶⁴⁴. L'Australie l'a fait sien dès 2002¹⁶⁴⁵. L'ap-

Von Hein, *Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Deliktsrecht*, Tübingen, 1999, p. 157. Se positionnant à l'extrême opposé, d'autres voix recommandent l'acceptation du renvoi précisément au nom de l'*Entscheidungsharmonie* : H. Dörner, note sous LG Nürnberg-Fürth 31.1.1980, *VersR.*, 1980, p. 956 ; O. Furtak, note sous LG Heidelberg 4.12.1990, *IPRax* 1992, p. 81 ; G. Kegel, *IPR*, 4. Aufl., p. 173 ; Soergel / Kegel, *EGBGB*, 10 Aufl., 1970, Art. 12, n° 64 ; Soergel / Lüderitz, *EGBGB*, 12 Aufl., 1996, Art. 38, n° 119.

¹⁶⁴² Cf. J.H.C. Morris, « The Proper Law of Tort », 64 *Harv. L. Rev.* 881 (1951), p. 884 : « it is difficult to think of an area of law which is more varied and complex than international torts ». Sur ce que « [t]he nature of a tort might be such as to warrant a departure from the general rule and the formulation of a special rule or approach for that particular tort », v. M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », *Rec. cours*, 1991, t. 227, p. 113.

¹⁶⁴³ Pour A. Saravalle, *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991, p. 115, le rattachement au *locus est* « assai criticato ma ancora estremamente diffuso ». Pour un bilan de son utilisation, v. C.G.J. Morse, « Choice of Law in Tort : A Comparative Survey », 32 *Am. J. Comp. Law* 51 (1984) ; G. Hohloch, *Das Deliktsstatut – Grundlagen und Grundlinien des internationalen Deliktsrechts*, Frankfurt a.M., 1984, p. 54 ; Th.M. De Boer, *Beyond Lex Loci Delicti*, Deventer (etc.), 1987, Ch. 1, et surtout Th. Kadner Graziano, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bâle (etc.), 2004, *passim*.

¹⁶⁴⁴ Après l'entrée en vigueur de la *Part III du Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995* (UK) et dans les limites de son application : A.V. Dicey / J.H.C. Morris / L. Collins, *The Conflict of Laws*, p. 1892, « Rules » 231 à 234 ; J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws* (D. Mc Lean / K.

plication complémentaire de la *lex fori*, caractéristique pendant longtemps des systèmes anglo-américains en matière de *torts*, ne soustendait d'évidence pas de rattachement unique¹⁶⁴⁶. Les contacts jugés pertinents étaient nombreux, ceux-là mêmes qui fondaient la compétence des tribunaux : il s'agissait du lieu du fait générateur et, en cas de dissociation de celui-ci, du lieu du fait dommageable ou bien du domicile ou de la résidence du défendeur et parfois aussi du lésé, ou encore d'un simple « contact minimum » laissé indéterminé¹⁶⁴⁷. De plus, loin d'être susceptible de provoquer un conflit de renvoi en s'opposant notamment à la règle retenant le lieu du délit, l'application de la *lex fori* en empêchait précisément la survenance dans la mesure où elle excluait la désignation d'une loi étrangère. En dépit des infléchissements que lui a apportés ce qu'il est convenu d'appeler la « révolution américaine des conflits de lois », le rattachement au *locus delicti* a aussi cours dans bon nombre d'États fédérés. L'alternative qu'à celui-ci ont opposé et opposent encore aujourd'hui d'autres *sister states* est la recherche de la *proper law of tort* ou de la *most significant relationship* que suggère le *Restatement Second*¹⁶⁴⁸. Ces formules se recoupent en substance, à quelques nuances près tout au plus, avec le principe de proximité pure¹⁶⁴⁹. Aussi cette méthode de solution ne privilégie-t-elle, pas plus que celle qui prescrit le contrôle à tout le moins à titre cumulatif de la *lex fori*, aucune attache individuelle déterminée dans l'abstrait.

Il n'existe donc pas en cette matière deux ou plusieurs rattachements *généraux* susceptibles de se concrétiser dans la majorité au moins des situations délictuelles, chacun pouvant se réclamer de titres d'un poids largement équivalent, entre lesquels le choix s'impose systématiquement, à l'image de la dichotomie traditionnelle entre nationalité et domicile pour les successions mobilières. Le *locus delicti* n'est concurrencé, sur le plan général, que par des règles retenant soit *plusieurs* rattachements unilatéraux plus ou moins précis, « cachés » sous les chefs de compétence internationale et impuissants à désigner une loi étrangère, soit *plusieurs* rattachements bilatéraux indéterminés comme

Beevers eds.), p. 275 ; C.M.V. Clarkson / J. Hill, *The Conflict of Laws*, 3rd ed., p. 227 ; C.G.J. Morse, « Torts in Private International Law : A New Statutory Framework », 45 *ICLQ* 888 (1996).

¹⁶⁴⁵ À la suite des arrêts *Pfeiffer* et *Zhang* de la Haute Cour d'Australie : v. *infra*, n° 421.

¹⁶⁴⁶ La « double actionability rule » a été, en Angleterre, formulée pour la première fois semble-t-il par le juge J. Willes dans l'affaire *Phillips v. Eyre* (1870), LR 6 QB et, en Australie, à l'occasion de l'affaire *Koop v. Bebb* (1951) 84 CLRE 629.

¹⁶⁴⁷ J.J. Fawcett, « Policy Considerations in Tort Choice of Law », 47 *Mod. L. Rev.* 650 (1984), p. 652 qui observe que parfois la *substantial connection* à l'instant du délit n'existe même pas : ainsi de la compétence affirmée en vertu de la simple présence du défendeur dans le for ou de son acceptation tacite. Pour l'Australie, cf. C. Moore, « Our Fragmented Federation : Forum Bias and Forum Shopping in Australia », 22 *Fed. L. Rev.* 171 (1993-1994), p. 172.

¹⁶⁴⁸ La littérature sur la « proper law of tort » – expression que l'on doit à J.H.C. Morris, « The Proper Law of a Tort », 64 *Harv. L. Rev.* 881 (1951) – est considérable. On se permettra de renvoyer à S.C. Symeonides, « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow », *Rec. cours*, 2002, t. 298, p. 64 pour une appréciation de son emploi par les tribunaux des différents *sister states*.

¹⁶⁴⁹ B. Audit, *D.i.p.*, p. 159 (et spécialement le titre du n° 190).

c'est le cas du recours à la *proper law of tort* : en somme, dans un cas comme dans l'autre, des règles de facture non classique¹⁶⁵⁰.

380. Dérogations à la *lex loci*. Naturellement moins nombreuses que sur le terrain successoral¹⁶⁵¹, les occasions de renvoi de type traditionnel résultent des règles bilatérales apportant à la *lex loci* des dérogations ponctuelles dont l'opportunité n'est souvent apparue qu'à une époque récente et que tous les pays n'ont pas intégrées – ou pas encore ou de la même manière. Ces dérogations prennent la forme de règles de conflit spéciales, elles aussi à rattachement unique prédéterminé, le plus souvent composé de deux ou plusieurs contacts, substituant notamment le lieu du délit par une attache personnelle commune à la victime et à l'auteur¹⁶⁵² : il peut s'agir, pour les personnes physiques, de la résidence habituelle, du domicile ou de la nationalité, ou bien, pour les personnes morales, du siège ou de l'établissement. D'autres solutions sont parfois articulées à l'égard de certains délits spécifiques – elles sont ainsi spéciales sous un double rapport¹⁶⁵³ –, tel le lieu d'immatriculation des véhicules impliqués s'agissant d'accidents de la circulation¹⁶⁵⁴. Or lorsqu'un État A, à la faveur duquel se réalise le rattachement spécial, s'en tient pour sa part invariablement au lieu de survenance du délit, tandis que l'État B de survenance assortit le recours à la *lex loci* d'une ou plusieurs exceptions du type évoqué, voilà qui entraîne la possibilité d'un conflit de renvoi de marque traditionnelle¹⁶⁵⁵. Le jeu des désignations croisées qui le caractérise peut aussi résulter du choix divergent fait par les deux États « co-intéressés » par une relation interindivi-

¹⁶⁵⁰ H. Batiffol / P. Lagarde, *D.i.p.*, t. II, n° 556 qui expliquent la compétence de la loi locale par le fait que « la matière n'offre par elle-même aucun autre élément de rattachement » ; ainsi ég. *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 339 : « there is no other obvious candidate as the applicable law apart from the *lex fori* ».

¹⁶⁵¹ B. Audit, *D.i.p.*, p. 644, pour qui « le renvoi de rattachement ne s'est pratiquement jamais présenté en raison de l'adoption quasi-universelle du rattachement par le *locus delicti* » (encore que l'affirmation soit limitée à l'expérience française) ; cf. P. Bourel, « L'état actuel des travaux dans la C.E.E. sur les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles », *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Bruxelles, 1981, p. 106 ; W. Lorenz, « Die allgemeine Grundregel betreffend das auf die ausservertragliche Schandenshaftung anzuwendende Recht », in : E. Von Cammaerer (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten*, p. 127 ; Th.M. De Boer, *Beyond lex loci delicti*, p. 119-120 ; Th. Schönberger, *Das Tatortprinzip und seine Auflockerung im deutschen internationalen Deliktsrecht*, München, 1990, p. 231 ; J. von Hein, « Rück- und Weiterverweisung im neuen deutschen Internationalen Deliktsrecht », *ZVglRWiss.*, 2000, p. 252 ; R. Sieghörtner, *Internationales Strassenverkehrsfallrechts*, Tübingen, 2005, p. 469.

¹⁶⁵² Cf. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 85.

¹⁶⁵³ D'une part, elles ne concernent qu'une ou plusieurs variétés spécifiques de délits, d'autre part elles ne s'appliquent que dès lors que plusieurs points de contact désignent le même pays.

¹⁶⁵⁴ C'est notamment le cas de l'art. 4 lit. b) de la Convention de La Haye du 4 mai 1971 relative à la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière : L. Forget, *Les conflits de lois en matière d'accidents de la circulation routière*, Paris, 1973, p. 74 ; pour un aperçu des avantages et des inconvénients de ce critère, v. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 711.

¹⁶⁵⁵ Cf. W. Bauer, *Renvoi im internationalen Schuld- und Sachenrecht*, Pfaffenweiler, 1985, p. 138 ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 644 ; P. Bourel, « Responsabilité civile », *Enc. Dalloz*, t. II, Paris, 1969, n° 28 ; G. Légier, « Sources extracontractuelles des obligations », n° 138 ; H. Dörner, note sous LG Nürnberg-Fürth 31.1.1980, *VersR.*, 1980, p. 956.

duelle en cas de dissociation entre ces éléments également constitutifs d'une responsabilité extracontractuelle que sont le fait générateur, d'une part, et le résultat dommageable, d'autre part¹⁶⁵⁶.

C'est en revanche au sein de la matière délictuelle que se rencontrent peut-être le plus fréquemment les situations de renvoi non classiques.

B – Conflit de renvoi impliquant une règle à rattachements multiples

381. Recours à la proximité pure et autonomie unilatérale au niveau des règles de conflit. Ainsi que nous l'avons rappelé, ces conflits de renvoi tirent leur origine de l'affrontement entre une règle adoptant un rattachement unique, notamment le *locus delicti*, et une règle à rattachements multiples faisant prévaloir soit la loi que désigne la *proximité pure* – sans qu'il importe de savoir s'il s'agit de la règle générale ou d'une clause d'exception spéciale – soit, plus rarement, la *volonté de la victime*¹⁶⁵⁷. Une telle autonomie « unilatérale » peut à son tour soit nourrir une règle spéciale quant au type de délit auquel elle se rapporte soit, bien qu'applicable à toute catégorie d'actes illicites, intervenir dans les seules hypothèses où le facteur du *locus delicti* désigne plusieurs lois, notamment en cas de délits plurilocalisés.

Objectif de la règle de conflit de renvoi, l'harmonie des solutions résultant de la prévention du conflit international de lois est-elle aussi désirable en matière de responsabilité extracontractuelle ? Il convient, pour mieux apprécier la question, de s'interroger sur les services rendus en ce domaine par la prévisibilité du droit et d'étudier celle-ci d'abord à propos des relations interindividuelles purement internes aux milieux socio-économiques d'un État.

§ 2. Prévisibilité prédélictuelle et postdélictuelle

382. Césure. Le besoin qu'éprouvent les justiciables de connaître les règles de droit gouvernant la responsabilité extracontractuelle est susceptible d'être apprécié à deux moments distincts. La césure se consomme à l'instant où le délit survient. Le besoin de prévisibilité varie en intensité selon que l'on se situe *avant* ou *après* sa survenance. Il sera dès lors question de « prévisibilité prédélictuelle », d'une part (A), « postdélictuelle », d'autre part (B). Une telle distinction répond à la double fonction que l'on s'accorde à assigner – à un degré certes différent selon les ordres juridiques et les types d'actes illicites – aux règles sur la responsabilité extracontractuelle : fonction *préventive* et fonction

¹⁶⁵⁶ P. Bourel, « Responsabilité civile », n° 28 ; G. Légier, « Sources extracontractuelles des obligations », n° 138 ; W. Bauer, *Renvoi*, p. 137 ; K. Roosevelt, « Resolving Renvoi », p. 1828 ; J. von Hein, « Rück- und Weiterverweisung », p. 252.

¹⁶⁵⁷ Cf. B. Audit, *D.i.p.*, p. 645.

*réparatrice*¹⁶⁵⁸. Ce dédoublement de perspective nous aidera à mesurer l'importance de la prévisibilité de la loi applicable à des actes illicites internationaux (C).

A – Prévisibilité prédélictuelle dans l'ordre interne

383. Perspective du potentiel auteur. Celui qui a l'intention d'accomplir un certain acte ou de s'adonner à une certaine activité peut évidemment se soucier de savoir si cet acte ou cette activité est licite ou non et quelles sont les conséquences auxquelles il s'expose en les réalisant¹⁶⁵⁹. Et du reste, dans la mesure

¹⁶⁵⁸ Cl. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle* (préf. Y. Lequette), Paris, 2005, p. 1 évoque l'« ambivalence... qui irrigue la responsabilité civile : instrument de la réparation du préjudice, elle est aussi dotée d'une fonction de dissuasion ». Pour la primauté de la fonction indemnitrice, v. en France, G. Viney, *Le déclin de la responsabilité civile individuelle*, Paris, 1965 et « De la répartition personnelle à la répartition des risques », *Arch. phil. dr.*, 1977, p. 5 ; L. Bach, « Fondement de la responsabilité civile en droit français », *R.T.D.C.*, 1977, p. 221 ; G. Légiér, « Sources extracontractuelles des obligations », n° 98. Quant à la doctrine américaine, S.C. Symeonides, « The American Choice-of-Law Revolution », p. 172 évoque les « two fundamental objectives of the substantive law of torts – deterrence and compensation » ; v. ég. M.J. Trebilcock, « Incentive Issues in the Design of 'No-Fault' Compensation Systems », 39 *U. Toronto L.J.* 19 (1989) ; pour E. Cheatham / W. Reese, « Choice of the Applicable Law », 52 *Colum. L. Rev.* 959 (1952), p. 979 : « in actuality, most tort rules are designed to achieve a variety of ends, including the establishment of standards of conduct, the deterrence of potential wrongdoers and the award of compensation to the plaintiff. And frequently it is impossible to say which of these purposes is the dominant one ». Pour la suprématie de la fonction indemnitrice, v. W. Prosser, *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed., St. Paul, 1971, p. 16 selon lequel « the idea of prevention is seldom controlling » ; cf. E.J. Kionka, *Torts*, 4th ed., St. Paul, 2005, p. 7 qui se montre réservé au sujet de l'efficacité de la « prevention of future losses and harms » (« we do not yet know about whether it works »). Certains auteurs ont essayé de différencier, à l'intérieur du vaste domaine qui nous occupe, entre les *conduct-regulating rules*, dont le rôle serait surtout *préventif*, et les *loss-distributing rules*, dont il serait surtout *indemnisateur* : S.C. Symeonides, « Problems and Dilemmas in Codifying Choice of Law for Torts : The Louisiana Experience in a Comparative Perspective », 398 *Am. J. Comp. L.* 431 (1990), p. 441, et « The American Choice-of-Law Revolution », p. 154. On a pu émettre des réserves à cet égard – ainsi W. Perdue, « A Reexamination of the Distinction Between 'Loss Allocating' and 'Conduct-Regulating' Rules », 60 *La. L. Rev.* 1251 (2000) – au motif que « all torts rule are loss-allocating... and most [of them] affect conduct ». Cf. la distinction entre « admonitory torts » (« aimed primarily at the defendant's admonition ») et « compensatory torts » (« those serving primarily the compensation of the plaintiff's loss ») proposée par A.A. Ehrenzweig, « The Place of Acting in Intentional Multistate Torts : Law and Reason versus the Restatement », 36 *Minn. L. Rev.* 1 (1951), « Specific Principles of Private Transnational Law », *Rec. cours*, 1968, t. 124, p. 279 (d'où ont été tirées les citations : l'italique est de nous) et *Conflict of Laws*, St. Paul, 1962, p. 548, distinction à laquelle M. Keller / K. Siehr, *Allgemeine Lehre*, p. 360 ont opposé la même objection adressée par W. Perdue à S.C. Symeonides. La controverse sur l'importance respective que revêtent l'une et l'autre fonction demeure, semble-t-il, ouverte. Pour les besoins de la présente analyse, consacrée à la prévisibilité du droit, on retiendra que la fonction réparatrice des règles juridiques en ce domaine est invariablement présente et au premier plan dans tout type délictuel alors que l'assignation à ces règles d'une mission également préventive dépend de nombreux facteurs, étant notamment plus accusée lorsque le délit est intentionnel, que la responsabilité est fondée sur la faute, etc.

¹⁶⁵⁹ M. Rheinstein, « The Place of Wrong. A Study in the Method of Case Law », 19 *Tul. Law Rev.* 4 (1944), p. 29 ; Cl. Smith, « Torts and the Conflict of Laws », 20 *Mod. L. Rev.* 447 (1957), p. 460 ; O. Kahn-Freund, « Delictual Liability and the Conflict of Laws », p. 43 ; V. Trutmann, *Das internationale Privatrecht der Deliktsobligationen*, Basel, 1973, p. 86 ; W. Reese, « Choice of Law in Torts and Contracts and Direction for the Future », 16 *Col. J. Trans. L.* 1 (1977) ; M.C. Pryles, « Tort and

où il confie aux règles qu'il se donne en ce domaine une fonction également *préventive*, c'est-à-dire dissuasive, le législateur ou son substitut prétorien souhaitent que de telles règles soient respectées, et donc d'abord connues, de leurs destinataires, potentiels producteurs de dommages, afin précisément qu'ils s'abstiennent autant que possible d'en produire¹⁶⁶⁰. Ces personnes peuvent même désirer connaître le détail de ces prescriptions. L'accès au contenu de celles-ci leur permet de prendre au besoin les précautions opportunes en réduisant au minimum leur capacité d'occasionner des préjudices indemnisables ou de s'assurer contre de tels risques¹⁶⁶¹.

Related Obligations in Private International Law », p. 24 ; P. Kincaid, « Justice in Tort Choice of Law », 18 *Adel. L. Rev.* 191 (1996), p. 198 ; U. Baxi, « Mass Torts, Multinational Enterprise Liability », *Rec. cours*, 1999, t. 276, p. 372-373 ; B. Czempliel, *Das bestimmbare Deliktsstatut*, Berlin, 1991, p. 40. Cf. *Supreme Judicial Court of Massachusetts, Saharceski v. Marcure*, 373 Mass. 304, 366 N.E. 2d. 1245 (1977), note 10 (sur cette décision, v. *infra*, n° 410).

¹⁶⁶⁰ On comprend ainsi que l'on ait pu écrire que le besoin de prévisibilité prédélictuelle est particulièrement impérieux chez les assureurs : Y. Loussouarn / P. Bourel / P. de Vareilles Sommières, *D.i.p.*, p. 227 ; L. Forget, *Les conflits de lois en matière d'accidents de la circulation routière*, p. 46 ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 501 ; C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, p. 102-103. En jurisprudence, v. p. ex. Haute Cour d'Australie, *Pfeiffer* (2000) 172 ALR 625, p. 646 (sur cette affaire, v. *infra*, n° 421 s.). Il semble naturel que les assureurs, soucieux d'organiser leur activité de la manière la plus efficace, se renseignent sur les règles de droit qui gouvernent les activités et les conduites de leurs (potentiels) assurés et partant sur les risques auxquels ils s'exposent ainsi qu'à l'étendue de la réparation que la loi met à leur charge dans la mesure où ces risques se réalisent. Procède d'une préoccupation semblable l'idée, avancée par certains, d'exclure l'application de lois qui ne sont pas prévisibles pour les assureurs : v. A.A. Ehrenzweig, « Guest Statutes in the Conflict of Laws », 69 *Yale L.J.* 595 (1960), « Products Liability in the Conflict of Laws », 69 *Yale L.J.* 694 (1960), « Vicarious Liability in the Conflict of Laws », 69 *Yale L.J.* 978 (1960). C'est là d'ailleurs l'un des motifs de l'arrêt de principe *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y. 2d 473 (p. 483), 191 N.E. 2d 279 (p. 285), 240 N.Y.S. 2d 743 (p. 751) (1963) (W. Reese, « Choice of Law in Torts and Contracts », p. 5-6), mais aussi d'autres importants arrêts américains (v. p. ex. *Pfau v. Trust Aluminium Co.*, 55 N.J. 511 ; 263 A.2d 129, 134, N.J. 1970). D'autres auteurs ont relativisé l'importance de la « foreseeability of risk... in the calculation of premiums », et donc du droit applicable, car « premiums are based more on an analysis of past liability than on an assessment of future risk » : C.R. Morris, « Enterprise Liability and the Actuarial Process – the Insignificance of Foresight », 70 *Yale L.J.* 554 (1961) ; B. Currie, « Review of Ehrenzweig, Conflict of Laws », *Duke L.J.* 424 (1964) p. 433 ; M. Hancock, « Policy Controlled State Interest Analysis in Choice of Law, Measure of Damages, Tort Cases », 26 *Int. Comp. L.Q.* 799 (1977), p. 805 ; cf. B. Hanotiau, « The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking », 30 *Am. J. Comp. L.* 73 (1982), p. 76-78. Pour la *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 314, « although foreseeability of risk does play a part in the calculation of premiums, we understand that its role is generally rather small » (passage cité par M. Keyes, « The doctrine of renvoi in international torts : *Mercantile Mutual Insurance v. Neilson* », 13 *Torts L.J.* 1, 2006, p. 7). En France, M.-A. Moreau-Bouriès, *Structure du rattachement*, p. 657, a conclu qu'« il résulte que la considération de la prévisibilité de la loi applicable n'est pas un facteur décisionnel pour les compagnies d'assurances » (ce qui n'a pas empêché l'auteur de reconnaître l'impact de la prévisibilité – prédélictuelle – dans les délits intentionnels : v. *infra*, note 1664). Il convient, nous semble-t-il, de se résigner à l'absence de données statistiques fiables et univoques à cet égard et de conclure, prudemment, que si la connaissance, avant le délit, du cadre juridique qui le régira n'est de loin pas, pour l'assureur, le seul facteur de nature à influencer l'organisation de son activité, il n'en constitue pas moins une donnée susceptible d'être prise en compte.

¹⁶⁶¹ Sur le plan international, la connaissance de ces règles leur permet aussi, s'ils en ont la possibilité financière et technique, de réaliser l'activité envisagée dans un pays dans lequel celle-ci est licite ou dont les règles sur la réparation leur seraient moins défavorables : v. les exemples donnés par B. Czempliel, *Das bestimmbare Deliktsstatut*, p. 39-40.

Aussi bien, le besoin de prévisibilité prédélictuelle du point de vue du potentiel auteur paraît d'autant plus pressant que la probabilité de réalisation des dommages qu'il sera tenu de réparer est élevée tout autant que l'est la fréquence des actes pouvant les causer. Ce besoin décroît à mesure que se réduit une telle probabilité et une telle fréquence. Il en résulte que l'exigence d'être convenablement renseigné à ce sujet est en général plus impérieuse, souvent de beaucoup, chez les potentiels auteurs de délits *intentionnels*, puisqu'ainsi qu'on s'accorde à le relever, la fonction préventive des dispositions juridiques en la matière est d'autant plus efficace que l'acte qu'elles visent est de type volontaire¹⁶⁶². Le service rendu à ce stade par la prévisibilité n'est toutefois pas négligeable du point de vue également des potentiels auteurs de délits *non intentionnels* ou *accidentels* car ceux-ci peuvent bien vouloir ajuster leur standards de diligence à la sévérité des conséquences juridiques que peut entraîner leur non-observation¹⁶⁶³. Il s'ensuit que le besoin de prévisibilité est en général plus aigu chez le potentiel responsable d'un préjudice indemnisable dont l'activité susceptible de le provoquer est par lui exercée – ou serait par lui exercée s'il ne s'agit que d'un projet – de façon plus ou moins régulière, notamment à titre professionnel, que chez ceux dont l'acte potentiellement délictuel, qu'il soit intentionnel ou non, ne revêt qu'une nature occasionnelle¹⁶⁶⁴. Autant d'éléments susceptibles de faire varier l'intensité du besoin dont il est question, à quoi l'on ajoutera – autre facteur de taille – les différentes perceptions subjectives des individus, reflet de leur divers tempérament¹⁶⁶⁵.

384. Perspective du lésé hypothétique. Une telle variété se retrouve chez les potentielles victimes¹⁶⁶⁶. Lorsqu'un individu a l'intention d'exercer une activité

¹⁶⁶² A. Tunc, « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », *Mélanges T.J. Dorhout Mees*, Deventer, 1974, p. 143 ; W. Reese, « General Course on Private International Law », *Rec. cours*, 1976, t. 150, p. 1 ; M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 555.

¹⁶⁶³ Certains auteurs mettent en effet en garde contre l'idée que la prévisibilité ne concernerait que les délits intentionnels : G. Beitzke, « Les obligations délictuelles en droit international privé », *Rec. cours*, 1965, t. 115, p. 81, à qui l'argument de la prévisibilité « semble applicable non seulement pour les délits intentionnels mais aussi pour les délits commis par négligence ou pour des responsabilités sans faute » ; v. aussi G. Légier, « Sources extra-contractuelles des obligations », n° 38, citant P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis*, 4^e éd., 1946, n° 252.

¹⁶⁶⁴ V. les études de A.A. Ehrenzweig, citées *supra*, note 1660. En France, v. P. Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, p. 50 ; G. Légier, « Sources extra-contractuelles des obligations », n° 40. Mêmes ceux qui relativisent jusqu'à la tenir pour négligeable l'importance de la prévisibilité prédélictuelle, s'empressent de relever qu'« en matière de délit intentionnel, l'exigence de prévisibilité est bien réelle » : en ce sens M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 661.

¹⁶⁶⁵ Sur ce que « much will depend on circumstances », v. H. Mc Gregor, « The International Accident Problem », 33 *Mod L. R* 1 (1970), p. 15 ; v. ég. M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 24 ; C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, p. 102-103 ; *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 313 ; E. Cheatham / W. Reese, « Choice of the Applicable Law », p. 971 ; G. Beitzke, « Les obligations délictuelles en droit international privé », p. 81.

¹⁶⁶⁶ Pour M. Rheinstein, « The Place of Wrong », p. 28, puisque les seules prévisions méritant d'être prises en considération par le droit sont celles qui ont une incidence directe sur la conduite humaine et que « the expectation that, when I suffer a loss, its author will make it good, does not influence my

dont il sait qu'il peut *subir* des dommages du fait d'autrui, par exemple une activité sportive, il peut chercher à se renseigner sur les types de dommage qui, en cas d'accident, seront indemnisables par le responsable – et ceux qui resteront à sa charge – ainsi que, notamment, sur les conditions de la réparation. Il peut lui aussi souscrire une assurance pour les dommages non indemnisables, voire renoncer à une l'activité projetée. Il faut bien reconnaître cependant que dans la majorité des cas, et notamment dans les situations où le fait dommageable survient lorsqu'elle ne fait que se livrer aux actes et opérations ordinaires que la vie moderne exige d'elle, la victime potentielle ne prévoit pas qu'elle le sera. C'est la nature, à ce moment, *hypothétique* et plus ou moins *improbable* de la relation juridique de nature délictuelle qui fait que la victime potentielle ne s'inquiète des préceptes qui la gouvernerait, dont l'applicabilité n'est à ce moment qu'hypothétique et plus ou moins improbable et dont l'utilité, pour elle, de les connaître lui apparaît, pour autant qu'elle y pense, assez négligeable.

Il semble, en somme, que le besoin de prévisibilité prédélictuelle pour la potentielle victime est proportionnel à la possibilité pour elle d'anticiper qu'elle sera victime et, dans un tel cas, de réduire le risque de l'être ou d'exercer une influence sur le contenu juridique de la relation éventuelle.

385. Marge incompressible des facteurs impondérables. Il convient enfin d'observer que même si les règles de droit permettent de *prévoir* avec exactitude, avant que le délit ne se réalise, le type de responsabilité dont il peut être question, les postes de dommage pouvant donner lieu à réparation, les modes de calcul et de versement de la dette délictuelle, force est d'admettre que *l'éten-due* du préjudice lui-même n'est souvent pas déterminable à l'avance, à un niveau d'approximation satisfaisante, par celui qui est sur le point de le causer et encore moins par celui qui est sur le point de le subir. Il y a très souvent une

conduct », les prévisions de la victime ne compteraient pas (« in the determination of the expectations regarded as justified and thus to be protected by the rules of choice-of-law, we may all but disregard the tort victim and concentrate on the author of the harm »). En ce sens J.E. Jaffey, « Choice of Law in Tort : A Justice-Based Approach », 2 *Legal Stud.* 98 (1982), p. 103 (et la note 11). Sur ce que « la considération de la prévisibilité de la loi applicable... n'a d'intérêt que si la connaissance préalable des dispositions juridiques conditionne le comportement des parties », v. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 653. Cf. ég. J.L. Delachaux, *Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasi-Delikt*, p. 110. S'il faut admettre que le besoin de prévisibilité prédélictuelle est bien plus pressant pour le potentiel auteur que pour la potentielle victime parce que la volonté ou en tout cas les agissements du premier concourent à la naissance de la relation inter-individuelle de nature délictuelle de manière plus importante que ne le font la volonté ou les agissements de la seconde (*supra*, n° 73), l'affirmation de Max Rheinstein nous paraît trop absolue. Il n'est pas exclu que la potentielle victime se laisse orienter dans ses choix par la connaissance de la règle de droit, notamment lorsque le dommage résulte d'une situation dans laquelle elle s'est placée volontairement en sachant qu'elle multipliait les chances, ce faisant, de subir un dommage du fait d'autrui. S'agissant de délits internationaux, B. Czempel, *Das bestimmbare Deliktsstatut*, p. 40 formule, entre autres, l'hypothèse d'un skieur qui choisirait comme destination de vacances d'hiver les États-Unis au lieu de l'Europe au vu de la compensation plus élevée accordée par le droit américain en cas d'accident (« im Verletzungsfall nicht genug Schadenersatz zu bekommen Schweizer Skipisten meiden und seinen Skiurlaub in Amerika verbringen »).

composante fortuite irréductible qui s'intercale entre l'action et l'événement dommageable. N'étant pas contrôlable, cette composante est, à tout moment antérieur à la survenance du délit, source d'imprévisibilité pour l'auteur et la victime quant à l'élément central du futur rapport de droit. Or, ce facteur d'incertitude affectant le *fait* jusqu'à ce que celui-ci se concrétise, se trouve, dans l'esprit des auteurs et victimes potentiels, être assez souvent plus significatif, en termes d'*incidence* sur le contenu des situations juridiques, que l'éventuelle incertitude au sujet du *droit*, par exemple l'inclusion de tel poste de dommage ou l'emploi de tel système de calcul. L'impondérable inhérent à la phase pré-délictuelle peut dès lors faire apparaître moins impérieuse la nécessité d'anticiper la teneur des règles de droit pertinentes, car ce n'est pas de celles-ci que dépend l'essentiel des droits et obligations futurs mais, précisément, du fait dont les caractéristiques sont, à ce moment, largement inconnues¹⁶⁶⁷.

Dès lors que l'on reporte le poste d'observation à la phase *postdélictuelle*, l'image qu'on en tire est bien différente.

B – Prévisibilité postdélictuelle dans l'ordre interne

386. Centralité de la phase postérieure au fait constitutif. Une fois que l'événement dommageable s'est matérialisé et qu'il s'agit, désormais rétrospectivement, de l'appréhender du point de vue du droit, la nécessité de prévoir – ou, d'après un terme qui paraît à cet instant plus approprié, de connaître¹⁶⁶⁸ – les règles qui le gouvernent est peu contestable. L'impondérable dont souvent, a-t-on dit, découle la plus grande part de l'imprévisibilité affectant la phase pré-délictuelle et qui, dans la psychologie des particuliers concernés, est susceptible de faire passer au second plan, pendant cette phase, la perception de la gêne s'attachant à une éventuelle imprévisibilité de la règle de droit, a désormais disparu. Une double généralisation est alors permise : le besoin d'identifier les règles de droit que retiendrait le tribunal compétent est dorénavant évident à la fois pour *tout type délictuel* et pour *tout intéressé* – on pense ici à l'auteur matériel de l'action ou de l'omission, à son assureur, à toute autre per-

¹⁶⁶⁷ Cf. M.-A. Moreau-Bourliès, *Structure du rattachement*, p. 486, pour qui « le principe d'une réparation a un effet préventif, mais non son étendue » car « [l]e montant des condamnations accroît éventuellement la pression, mais il n'est pas le moteur de la dissuasion » (p. 654, note 84) si bien que « la connaissance préalable des dispositions exactes de la loi applicable n'[est] que de peu d'utilité ».

¹⁶⁶⁸ Il n'est plus question d'une situation *future*, qui seule peut faire l'objet de *prévisions*, mais bien d'une situation *actuelle*, qui ne peut que faire l'objet de *connaissance*, de *découverte* (« *Rechtsfindung* »). Le terme « prévisibilité », couramment utilisé même à propos de cette phase (v. p. ex. P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 501 : « la prévisibilité est importante en matière délictuelle : les difficultés d'une transaction entre compagnies d'assurances sont augmentées lorsqu'elles sont dans l'incertitude sur la loi applicable ») et auquel on se ralliera par commodité, s'explique par le cadre judiciaire auquel l'on se réfère généralement : l'objet de la prévision est la règle de droit que le juge tiendra pour applicable, la règle telle que le juge la mettra en œuvre ; mais le juge déclarera qu'une telle règle s'est, en quelque sorte, déjà *appliquée*, c'est-à-dire *concrétisée* par le fait même et à l'instant de l'événement délictuel et de tous faits ultérieurs pertinents.

sonne responsable ou co-responsable, à la victime directe, à d'éventuels lésés indirects ou « par ricochet » et, le cas échéant, à l'assureur de la victime. Le *fait* étant là, c'est de l'application du *droit* à un tel fait que dépendent désormais les prétentions que le lésé peut faire valoir et les obligations dont le responsable est tenu de s'acquitter¹⁶⁶⁹. On peut par conséquent affirmer que, dans cette phase postdélictuelle, le plus précisément les règles applicables parviennent à renseigner les intéressés sur les droits et obligations résultant de leur mise en œuvre, et donc la plus exacte est l'anticipation qu'elles leur ouvrent quant à la teneur de la décision que rendrait le juge s'il était saisi, le plus probable est que les intéressés se résolvent à un règlement amiable, c'est-à-dire à une mise en œuvre non judiciaire et spontanée de la relation interindividuelle qui les lie¹⁶⁷⁰. À l'inverse, la moins aisée est une telle prévision, le moins évitable est,

¹⁶⁶⁹ Cf. P. Kincaid, « Justice in Tort Choice of Law », p. 195. Pour ne citer que quelques questions, il faut que la règle de droit indique aux intéressés s'il s'agit d'un dommage causé illicitement ou en tout cas indemnisable *in abstracto* ; si les conditions de la réparation sont réunies *in concreto* et notamment quelles sont les règles qui gouvernent la faute et le lien de causalité ; qui est appelé à en répondre ; comment est organisée l'éventuelle coresponsabilité ; quels sont les postes du dommage et les modes de calcul ; quel est le délai de prescription, etc. (v. parmi d'autres, M. Hancock, *Torts in the Conflict of Laws*, Ann Arbor, 1942, p. 104 ; G. Beitzke, « Les obligations délictuelles en droit international privé », p. 120 ; C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, p. 138 ; P. Bourel, *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, p. 223 ; G. Légier, « Sources extracontractuelles des obligations » ; Th. Kadner Graziano, *Gemeineuropäisches internationales Privatrecht*, Tübingen, 2002, p. 418).

¹⁶⁷⁰ C'est le but premier de toute règle juridique en la matière, de quelque source qu'elle soit. Nombre d'auteurs insistent sur ce point : v. le « Rapport explicatif » de E.W. Essén à la Convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière, où on lit que la Convention est « avant tout destinée aux justiciables et à leurs conseils, pour qu'il puissent, *après un accident*, prévoir plus aisément leurs droits » (p. 206), « la quasi-totalité des différends nés des accidents étant réglée *sans l'intervention du juge* » (p. 201, n. 4) ; B. Audit, *D.i.p.*, p. 157 : « [p]our les assureurs, fréquemment impliqués, la certitude et la prévisibilité favorisent un règlement de l'affaire *qui ne demande pas un procès préalable sur la loi applicable* » ; P. Mayer / V. Heuzé, *D.i.p.*, p. 501 : « la prévisibilité est importante en matière délictuelle : *les difficultés d'une transaction* entre compagnies d'assurances sont augmentées lorsqu'elles sont dans l'incertitude sur la loi applicable » ; L. Forget, *Les conflits de lois en matière d'accidents de la circulation routière*, p. 66 : « la très vaste majorité des réclamations des victimes sont réglées *sans recours aux tribunaux*... La prévisibilité domine entièrement les applications extra-judiciaires de la règle de rattachement » ; Y. Loussouarn, « La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière », *Clunet*, 1969, p. 7 : « dans une matière où les assureurs sont, au premier chef, concernés, les différends nés des accidents internationaux se résolvent le plus souvent par des transactions. À cette fin, les assureurs ont avant tout besoin d'un *maximum de certitude, de prévisibilité* des solutions de conflits de lois » ; R. Sieghörtnr, *Internationales Strassenverkehrs-unfallrechts*, p. 307, pour qui l'accident de la circulation est un « Massenphänomen... das... möglichst aussergerichtlich durch die beteiligten Versicherungen abzuwickeln ist », si bien que la « Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts sind hier *von besonderem Gewicht* », notamment « im Interesse der Parteien einschliesslich der Versicherer » ; M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 54, qui critique la *proper law of tort* du fait que « it may make it impossible for a party to know what the *locus delicti* is until a court has decided the matter » ; *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 315 : « it is clearly desirable that the parties to a dispute [at least after the event, précise-t-on dans la phrase suivante], should be able to ascertain their rights and liabilities as easily as possible and preferably *without resorting to litigation* » ; cf. O. Kahn-Freund, « Delictual Liability and the Conflict of Laws », p. 32, J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws* (D. McLean / K. Beevers eds.), 6th ed.,

pour les parties soucieuses de se ménager à ce propos une sécurité définitive, de soumettre leur relation à l'autorité judiciaire pour qu'elle coupe court à toute spéculation sur sa teneur.

Nous avons jusque-là pour l'essentiel eu à l'esprit des délits internes. Tournons-nous à présent vers les cas où les facteurs de localisation des relations interindividuelles de type délictuel, hypothétiques ou actuelles, se trouvent dispersés au sein de deux communautés étatiques.

C – Prévisibilité de la loi applicable dans l'ordre international

387. Doute persistant. Les législations sur la responsabilité civile divergent d'une manière *a priori* tout aussi importante qu'en matière successorale¹⁶⁷¹. Dans la mesure de ces disparités, l'intérêt qu'ont les justiciables qui projettent de s'engager ou s'engagent dans des activités affectant les milieux socio-économiques de deux États, de savoir si c'est la loi de l'État A ou de l'État B qui régit ces activités et leurs conséquences, est peu niable. Seulement, on peut penser que l'intensité de cet intérêt varie en fonction des facteurs passés en revue plus haut, la nature transfrontalière de la relation individuelle n'y changeant pas grand-chose. Aussi bien, lors de la phase prédélictuelle, l'importance de ce besoin dépend de la possibilité, pour l'auteur et la victime potentiels, de prévoir le type, le nombre et les caractéristiques des actes illicites susceptibles de se réaliser. Après la survenance du fait dommageable, qui est donc désormais réel et non plus hypothétique, l'intérêt à la prévisibilité de la loi qui s'y applique devient proprement incontestable, dans une mesure en principe égale pour tout sujet impliqué. En effet, la victime ne saurait réclamer réparation ni le responsable la lui verser si l'un et l'autre ignorent l'existence et le contenu d'un tel droit subjectif respectivement d'une telle obligation, c'est-à-dire s'ils ignorent quelle est des lois édictées par les deux États « co-intéressés » *par* la relation privée transfrontière, et partant « co-intéressés » *au* règlement de celle-ci, celle qui façonne en l'espèce de telles situations juridiques.

La méconnaissance de cette dualité d'angles de vue, de ce « phasage », explique l'ambiguïté tenace que l'on discerne au sein de la doctrine au sujet de l'importance de la prévisibilité de la loi applicable sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle¹⁶⁷². Ceux qui avancent qu'elle ne revêtirait ici qu'une

London, 2006, p. 371 et P. Lagarde, « Le principe de proximité », p. 117 (l'italique dans les passages cités est de nous).

¹⁶⁷¹ Pour un aperçu de ces différences, v. entre tous Th. Kadner Graziano, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, p. 10.

¹⁶⁷² Cette dualité de perspective, qui n'a fait l'objet d'une véritable systématisation par aucun des auteurs passés en revue, est la seule à permettre, par exemple, de ne pas voir une contradiction flagrante chez R. Sieghörtner, *Internationales Strassenverkehrsunfallrechts*, dans la mesure où il affirme, d'une part (p. 307), que la « Rechtssicherheit und Vorausssehbarkeit des anwendbaren Rechts sind hier [beim internationalen Kraftfahrzeugunfall] von besonderem Gewicht » et, d'autre part (p. 311), que « das Postulat der Vorhersehbarkeit des anzuwendenden Rechts ist... von nachrangiger Bedeutung ». L'allusion la plus consistante à ce découpage décisif, on la doit, à notre connaissance,

valeur négligeable ou, en tout cas, qu'elle compterait bien moins qu'en matière contractuelle ou en matière de statut personnel, car le plus souvent la victime et l'auteur ne sont pas à même d'anticiper la survenance du fait constitutif des droits et obligations, n'ont manifestement à l'esprit que le besoin *prédelictuel* de prévisibilité et se rapportent par ailleurs aux seuls délits non-intentionnels¹⁶⁷³.

aux trois travaux suivants : a) *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 314 : après avoir relativisé l'importance des « parties expectations », c'est-à-dire, à ses yeux, de la possibilité pour elles « to predict the law according to which they must regulate their conduct », la commission précise que « the expectations of the parties are, however, relevant in a different way *after the tort or delict has occurred* » (italique en original), car « [a]fter a tort has occurred, it is a consideration of the first importance that the law should be certain.... It is clearly desirable that the parties to a dispute should be able to ascertain their rights as easily as possible, and preferably without resorting to litigation » ; b) J.L. Delachaux, *Die Anknüpfung der Obligationen*, p. 110 chez lequel on lit : « wir glauben nicht dass... von einem Erfordernis der Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts für die Parteien gesprochen werden kann.... Die Betroffenen haben – insbesondere der Geschädigte – *vor der Tat* keine Berechnungen angestellt ; diese treten erst in Erscheinung, *wenn die Tat sich ereignet hat* » ; c) M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 24, qui après avoir conclu que les « expectations of the tortfeasor... will vary with the circumstances », affirme que « [t]he expectations of both the plaintiff and the defendant are relevant in another sense. *After the tort* has been committed both parties should reasonably be able to expect that an appropriate law will apply to determine the measure of liability ». Nombre d'auteurs évoquent d'une manière cavalière une telle distinction : p. ex. P. Kincaid, « Justice in Tort Choice of Law », p. 200, pour qui « [i]t is only after the tort, when the parties will be likely to seek legal advice, that expectations as to choice of law may be raised » ; C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, p. 103 : « even if one accepts with the Restatement, Second, that a party is unlikely to have given any thought to the law which will govern the consequences of his conduct prior to the liability-creating event [ce que l'auteur conteste], it may well be that when he does give some thought to it *after the event* his thoughts will gravitate towards the *lex loci delicti* » ; Ch. Wilde, *Der Verkehrsunfall im internationalen Privatrecht*, p. 296 et 337, où il est question d'« ein starkes Parteinteresse an der Voraussehbarkeit *nach Eintritt des Schadens* » (l'italique dans les passages cités est de nous).

¹⁶⁷³ Dans le monde anglo-américain, v. A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 12th ed., p. 1004, où on lit que la « predictability of result... is not such an important factor in the law of torts as it is in the law of contract and law of property » ; J.H.C. Morris, « The Proper Law of a Tort », p. 894-895 ; A. Shapira, « 'Grasp all, lose all' : On Restraint and Moderation in the Reformulation of Choice of Law Policy », 77 *Colum. L.R.* 248 (1977), p. 267-268 ; D. Cavers, *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965, p. 302 ; G. Davis, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson*, Choice of Law in Tort at the Dawning of the 21st Century », 24 *Melb. U. L. Rev.* 982 (2000), p. 1004. C'est aussi la position connue du *Restatement Second, Conflict of Laws*, n° 145, Comment (b), p. 416 : « in the field of torts... the protection of justified expectations can play little or no part in the decision of a choice of law question ». Pour une affirmation jurisprudentielle, v. la Cour suprême du Montana in *Phillips v. General Motors Corp.*, 298 Mont. 438, 995 P.2d 1002 (Mont. 2000), p. 456, p. 1014 : « predictability and uniformity of result are of particular importance in areas where parties are likely to give advance thought to the legal consequences of their transactions », c'est pourquoi (p. 455, 1013) « tort cases generally do not involve justified expectations » ; v. la Cour suprême du New Hampshire in *Clark v. Clark*, 222 Ad 205, p. 208 (SC New Hamp. 1966) : « the predictability consideration does not have much to do with automobile accident cases. They are not planned », affirmation citée par P. Kincaid, « Justice in Tort Choice of Law », p. 200. En France v. H. Mazeaud / M. Mazeaud / A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 5^e éd., Paris, 1960, vol. III, p. 366, cité par M-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 650, pour laquelle « la prévisibilité de la loi applicable est une donnée essentielle en matière contractuelle et secondaire en matière délictuelle ». En Allemagne, v. M. Rohe, *Zu den Geltungsgründen des Deliktsstatut*, Tübingen, 1994, p. 226 pour qui la « Vorhersehbarkeit oder Bestimmbarkeit des anzuwendenden Rechts » occupent « einer der hinteren Ränge bei der Interessengewichtung » ; cf. V. Trutmann, *Das internationale Privatrecht der Deliktsobligationen*, p. 86 qui constate avec stupéfaction que « die moder-

Ceux qui en revanche y attachent un poids décisif semblent bien avoir en vue la prévisibilité œuvrant dans la phase *postdélictuelle*¹⁶⁷⁴. C'est à la vérité sur cette dernière que l'accent est de plus en plus placé dans les ordres internes. Il n'est pas aventureux de penser que ce processus reflète, dans une certaine mesure au moins, la montée en puissance de la fonction indemnificatrice du droit de la responsabilité civile aux dépens de sa fonction préventive, dont on constate depuis quelque temps déjà l'érosion de la centralité qui était la sienne il y a encore un demi-siècle¹⁶⁷⁵. Aussi bien, lorsqu'on s'interroge sur l'importance de la prévisibilité à propos des actes illicites internationaux, il est raisonnable de s'en rapporter aussi et surtout à la prévisibilité qui marque la phase postdélictuelle. Ici l'exigence d'identifier la loi applicable n'est pas moins pressante que dans le domaine des contrats, des successions ou du statut personnel.

Il convient alors de voir – et à la vérité de rappeler seulement – à quel point les situations génératrices de renvoi menacent de tenir en échec une telle prévisibilité et comment il est possible de pallier à une telle menace.

§ 3. Renvoi et prévisibilité du droit

388. Choix du rattachement ajusté aux attentes individuelles pré-juridiques.

L'emploi d'un rattachement déterminé est, on le sait, d'autant plus pertinent qu'il est apte à refléter le sentiment naturel et spontané – « préjuridique » dirait-on¹⁶⁷⁶ – des justiciables quant à l'applicabilité à leurs actes de la loi de l'État où il se réalise. C'est là ce que l'on dénomme « attente » ou « expectative » individuelle. La règle de conflit classique retient le facteur dont l'État qui l'adopte estime entre autres qu'il répond le plus fidèlement, selon le *quod plerumque fit*, à de telles attentes naturelles et spontanées. En matière délictuelle, l'attache au *locus delicti* satisfait en général sûrement celles-ci¹⁶⁷⁷ : d'une part,

nen Autoren immer wieder geltend machen, die Voraussehbarkeit des anwendbaren Rechts spiele im Deliktsrecht kaum eine Rolle ».

¹⁶⁷⁴ En ce sens Ch. Von Bar, note sous BGH 13.3.1984, JZ, 1984, p. 673, « Das internationale Deliktsrecht scheint mir an zwingenden Gerechtigkeitspostulaten nicht sonderlich reich zu sein ; dann aber kommt der Rechtssicherheit ein besonderer Stellenwert... zu » ; G. Hohloch, *Das Deliktsstatut*, p. 249 : « Gerade im internationalen Deliktsrecht, das durch die Überlagerung durch Haftpflicht- und Sozialversicherung geprägt ist, ist es erstrebenswert, die international einheitliche Beurteilung der Rechtsverhältnisse als angesteuertes Ziel erscheinen ». La « certainty » par opposition à la « flexibility in the interests of the natural justice » a été jugée « more compelling » dans le domaine des délits internationaux par Lord Wilberforce à propos de l'affaire *Chaplin v. Boys* [1971] AC 356, p. 389 ; cf. ég. E. James, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* : The Certainty of 'Federal' Choice of Law Rules for Intrnational Torts : Limitations, Implications and a Few Complications », 23 *Syd. L. Rev.* 145 (2001), p. 145.

¹⁶⁷⁵ *Supra*, note 1660.

¹⁶⁷⁶ Cf. Cl. Smith, « Torts and the Conflict of Laws », p. 460.

¹⁶⁷⁷ E. Rabel, *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, t. II, p. 252 : « The reasonable expectations of the parties cannot be protected otherwise » ; P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Paris, 1937, n° 364 ; O. Kahn-Freund, « Delictual Liability and Conflict of Laws », p. 43-45 ; M. Hancock, *Torts in the Conflict of Laws*, p. 62 ; M. Rheinstein, « The Place of Wrong : A Study in the Method of Case Law », p. 20-22 ; Cl. Smith, « Torts and the Conflict of Laws », p. 463

celui qui agit en un lieu est fondé à s'attendre à ce que la loi en vigueur en ce lieu détermine sa responsabilité ; d'autre part, celui qui subit en ce même lieu un dommage aurait raison de compter sur la protection de cette même loi¹⁶⁷⁸. Mais on peut tout aussi bien soutenir que, lorsque les parties possèdent une résidence commune, elles seraient en tout cas *aussi* recevables à penser que c'est la loi de cette résidence qui les gouverne, ce pays étant à la fois celui d'où proviennent et auquel sont destinées les ressources éventuellement nécessaires à la réparation¹⁶⁷⁹. La nationalité commune des protagonistes appelle des remar-

(quoique avec prudence, car des « fine distinctions » sont, pour elle, nécessaires : p. 461) ; P. Kincaid, « Justice in Tort Choice of Law », p. 202 (il s'agit d'une « rebuttable presumption ») ; C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, p. 102 ; F. Vischer, « Das Deliktsrecht des IPR-Gesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Regelung der Produkthaftung », *Festschrift R. Moser*, Zürich, 1987, p. 119 ; Th. Kadner Graziano, *Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht*, p. 145 ; G. Légier, « Sources extracontractuelles des obligations », n° 40. En jurisprudence, v. Haute Cour d'Australie, *Pfeiffer* (2000), 172 ALR 625, p. 648 et Cour suprême du Canada, *Tolofson* (1994) 3 SCR 1022, p. 1049-1051.

¹⁶⁷⁸ Entre tous, B. Audit, *D.i.p.*, p. 156 et G. Légier, « Sources extracontractuelles des obligations », p. 12.

¹⁶⁷⁹ B. Audit, *D.i.p.*, p. 645, pour qui très clairement la « loi commune aux parties répondra souvent mieux... [à l'attente, ou à l'entendement, des parties] que la loi locale » (l'auteur a ainsi modifié sa position originellement contraire au renvoi fondée sur ce que « le titre à s'appliquer de la *lex loci delicti*, fondé sur l'attente des parties, semble exclure le renvoi si d'aventure la loi locale en désignait une autre » : *D.i.p.*, 1^e éd., Paris, 1991, n° 223) ; V. Trutmann, *Das internationale Privatrecht der Deliktobligationen*, p. 89, pour laquelle « [d]en Erwartungen beider Parteien entspricht deshalb im allgemeinen die Anwendung des Rechts des gemeinsamen Wohnsitzes » ; peu après l'auteur reconnaît cependant aussi que « die Anwendung der *lex loci* den Erwartungen der Parteien entspreche ». Cf. ég. J. Greene, « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », p. 364 ; C.M.V. Clarkson / J. Hill, *The Conflict of Laws*, 3rd ed., p. 502 ; M. Rohe, *Zu den Geltungsgründen des Deliktsstatuts*, p. 255 ; E. Wagner, *Statutenwechsel und dépeçage im internationalen Deliktsrecht*, Heidelberg, 1988, p. 40 ; R. Sieghöfner, *Internationales Strassenverkehrsfallrechts*, p. 312 ; A. Heini, *Zürcher Kommentar*, ad art. 133, p. 1478. Sur ce qu'au moins certaines des limitations à la *lex loci* « are based on the need to reflect the reasonable expectations of the parties », v. C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, p. 102-103 ; cf. aussi M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 24. Il a pu paraître excessif de soutenir que la résidence ou la nationalité commune répondent aux attentes spontanées et naturelles des parties puisque bien souvent celles-ci n'avaient aucune possibilité de s'attendre à ce qu'un tel rattachement commun se réalise : cf. *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 366 ; cf. aussi B. Czempel, *Das bestimmbare Deliktsstatut*, p. 190 ; R. Sieghöfner, *Internationales Strassenverkehrsfallrechts*, p. 311 ; Ch. Wilde, *Der Verkehrsunfall im internationalen Privatrecht*, p. 299 ; W. Mummenhoff, « Ausnahmen von der *lex loci delicti* im internationalen Privatrecht », *NJW*, 1975, p. 480 ; cf. ég. G. Beitzke, « Les obligations délictuelles en droit international privé », p. 102. À quoi l'on peut apporter la double nuance que voici. D'abord, il semble bien que l'attente quant à l'emprise, par exemple, de la loi de la résidence commune est susceptible d'être développée en tout cas lors la *phase postdélictuelle* : une fois que les personnes impliquées dans un fait pouvant générer une responsabilité découvrent qu'elles ont la résidence dans le même État (ou qu'elles ont la nationalité du même État), elles sont dorénavant fondées à croire que c'est la loi de cette communauté étatique dont elles sont membres qui régit les conséquences juridiques d'un tel fait. Ensuite, dans la mesure où, évoluant à un stade prédélictuel, le potentiel auteur ou la potentielle victime se représentent l'éventualité d'un fait impliquant un « co-résident » ou un concitoyen, ils peuvent aussi se représenter, à ce stade déjà, la soumission de ce fait, s'il se réalise, et des effets qui en résultent, à la loi de la résidence ou de la nationalité commune (cf. B. Audit, *D.i.p.*, p. 157 ; cf. ég. J. Greene, « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », p. 365, note 75). Il est certes rare qu'en l'absence de toute relation préexistante avec l'auteur, la future victime songe à une telle éventualité, mais cela n'est au fond que la conséquence du fait qu'il est

ques similaires, dans la mesure en tout cas où cette nationalité est effective¹⁶⁸⁰. S'agissant du lieu d'immatriculation des véhicules en cas d'accident de la route, l'applicabilité de la loi en vigueur dans cet État, dans la mesure notamment où ce dernier est également celui du siège des assureurs, peut aussi refléter les attentes raisonnables ainsi entendues des personnes concernées¹⁶⁸¹.

389. Attentes divergentes et attentes convergentes. Le conflit de renvoi classique prend, on le sait, sa source à l'opposition entre deux rattachements, doublé de la propension au sacrifice réciproque des deux communautés étatiques qui les retiennent en ce qu'elles sont « co-intéressées » à régler la relation interindividuelle victime d'un tel antagonisme. Les attentes que les parties ont pu développer quant à l'applicabilité d'une des deux lois en conflit de renvoi deviennent de ce fait *légitimes* au sens propre du terme, car elles peuvent l'une et l'autre se réclamer d'un soutien normatif *a priori* également solide¹⁶⁸². Cependant, les relations privées en cause ne peuvent qu'être régies par une loi et une loi seule, la *natura rerum* s'opposant en effet à l'efficacité simultanée des lois rivales dont la règle de conflit de chacune est prête à en sacrifier la vocation à

rare que, dans de telles circonstances, la future victime prévoie qu'elle sera victime : v. *supra*, n° 384.

¹⁶⁸⁰ Sur l'équivalence *in abstracto* de ces trois rattachements, v. O. Kahn-Freund, « Delictual Liability and the Conflict of Laws », p. 36, pour qui le choix représente « a matter of impression, of feelings, one might almost say an aesthetic matter which defies rational argument for or against ». Cf. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 666, pour qui « l'exigence de prévisibilité n'a aucune conséquence sur le choix d'un rattachement ou d'une structure du rattachement ». Sur ce que « few speculations are more slippery than assessing the expectations of parties as to the laws applicable to their activities, and especially this is true when the expectations relate to the law of torts », D. Cavers, *The Choice of Law Process*, p. 302-303. Pour M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 24, les attentes des parties après le fait litigieux se résument à l'applicabilité d'une loi « which bears a reasonable and significant connection to the parties and the events », ni plus, ni moins. Telle est en substance la position de la *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 314, pour qui les particuliers s'attendent à ce que « choice of law should be, and be seen to be, reasonably appropriate in the circumstances » si bien qu'« it is necessary that our choice of law rules should not be capricious in their operation ». La théorie même de la « predictability and insurability » ne fait que préconiser la désignation d'une loi prévisible pour l'assureur, plusieurs lois remplissant cette exigence : v. A.A. Ehrenzweig, « Conflict, Crisis and Confusion in Pennsylvania », 9 *Duq. L. Rev.* 459 (1970-1971). Sur ce que plusieurs lois sont ou peuvent être toutes « prévisibles », v. ég. Rapport de W. Reese à la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, *Actes et documents de la Douzième session, 1972, t. III, Responsabilité du fait des produits*, La Haye, 1974, p. 255, au sujet de l'art. 7 de la Convention.

¹⁶⁸¹ La jurisprudence en a souvent appelé à la prévisibilité pour justifier l'application de cette loi : v. aux États-Unis, *Miller v. Miller*, 22 N.Y.2d (p. 20), 290 N.Y.S.2d 741 (1968) ; *Melville v. American Home Ass.*, 584 F.2d (1978), *Juodisch v. Schule*, 79 Mis. 2d 955, 361 N.Y.S.2d 605 (1974).

¹⁶⁸² La question qui préoccupe la *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 313, selon laquelle « the description of expectations as 'justified' seems... to beg the question », perd, en cas de conflit de renvoi, sa raison d'être car les attentes quant à l'application de l'une ou de l'autre loi bénéficient toutes deux d'une « loi de couverture » (*supra*, n° 158). Si, comme le suggère J. Greene, « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », p. 365, « legitimate... means that they must satisfy *someone's* normative standards », une telle condition se vérifie lorsque les deux États « co-intéressés » se désignent réciproquement comme étant fondés à régler la relation privée qui met concomitamment en cause leurs sociétés.

l'avantage de l'autre. Le Droit est impuissant à répondre à ces deux expectatives, car elles sont contradictoires, si bien que pour satisfaire à l'une d'entre elles, force est de méconnaître l'autre. Le sacrifice d'une d'elles est donc nécessaire, si l'on peut dire, à la survie du Droit¹⁶⁸³. Un tel sacrifice ne se consomme qu'au nom d'un autre type d'attente naturelle, forcément commune celle-là. Se situant à un échelon supérieur de l'expérience juridique, cette autre attente est beaucoup moins affaire « d'impressions, de sentiments, d'esthétique »¹⁶⁸⁴ et dépend beaucoup moins de la « spéculation » subjective de l'interprète¹⁶⁸⁵ car elle « n'est pas susceptible d'engager dans plusieurs directions »¹⁶⁸⁶. En effet, chacun des particuliers placés devant un conflit de renvoi s'attend à ce qu'une seule loi gouverne la relation interindividuelle qui l'implique, et non pas deux lois prescrivant des couples de droits et obligations incompatibles et ne pouvant dès lors pas exister comme droits et obligations¹⁶⁸⁷ ; et chacun s'attend aussi, ou bien que l'identité de cette loi sera raisonnablement déterminable à tout le moins après la survenance du fait prétendument constitutif de responsabilité, ou bien qu'une autorité judiciaire tranchera l'incertitude en prenant appui sur des facteurs promouvant la justice de la relation privée en cause. En revanche, la soumission préjudiciaire de cette relation et des particuliers qui y participent aux deux lois en conflit, la nécessité de judiciariser le rapport une fois le délit survenu pour éliminer cette contradiction et le choix ainsi ouvert à la partie qui court le plus rapidement vers le tribunal qui appliquera celle qui

¹⁶⁸³ Un intéressant élément de comparaison est offert par l'hypothèse de *dissociation* entre le lieu du fait générateur, et notamment de l'action, et le lieu du résultat dommageable. La loi du lieu de l'action est, dit-on, plus en harmonie avec les attentes de l'auteur, la loi du dommage avec celles de la victime : v. B. Audit, *D.i.p.*, p. 161, pour qui « les deux rattachements envisagés opposent l'attente respective des parties en présence » ; v. aussi O. Kahn-Freund, « Delictual Liability and the Conflict of Laws », p. 44 qui observe que « this is one of the crucial dilemmas created by the theory of the protection of expectations » ; cf. ég. M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 61-62 et P. Kincaid, « Justice in Tort Choice of Law », p. 205. J. Greene, « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », p. 364 souligne que « the parties' expectations will often point in different directions » ; en ce sens ég. G. Davis, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* », p. 1000. On a évoqué à cet égard le « conflit d'attentes » (« conflict of expectations » : E. Cheatham / W. Reese, « Choice of applicable Law » ; « Kollision der Selbstbestimmung von Schädiger und Geschädigtem » : B. Czempel, *Das bestimmbare Deliktsstatut*, p. 45). Un choix entre ces deux « attentes » s'impose et, avec lui, le sacrifice de l'une d'elles. Pour un aperçu des critères permettant de trancher entre les expectatives favorables à la loi de l'action et celles favorables à la loi du résultat, v. Th. Kadner Graziano, *La responsabilité délictuelle en droit international privé*, p. 46.

¹⁶⁸⁴ L'expression est empruntée à O. Kahn-Freund, « Delictual Liability and the Conflict of Laws », p. 36 (v. passage cité *supra*, note 1680).

¹⁶⁸⁵ D. Cavers, *The Choice of Law Process*, p. 303.

¹⁶⁸⁶ J. Greene, « Choice of Law in Tort », p. 364.

¹⁶⁸⁷ F. Vischer, « Die Kritik an der herrkömmlichen Methode des internationalen Privatrechts », *Festschrift O.A. Germann*, Bern, 1969, p. 287 observe que « [d]as Prinzip der Honorierung berechtigter Erwartungen steht in engem Zusammenhang mit dem Grundsatz der Zumutbarkeit der Rechtsanwendung für die Rechtssubjekte ». Or s'ils ne résolvent pas juridiquement le conflit de règles de conflit, les deux États qu'engage la relation interindividuelle génératrice de renvoi violent un tel principe parce qu'ils prescrivent aux parties privées des conduites incompatibles entre elles, c'est-à-dire des conduites impossibles et pour cela « inexigibles » (*unzumutbar*).

lui est plus favorable, tout cela est contraire à la « perception de l'idée même du Droit »¹⁶⁸⁸ propre à toute personne de bonne foi et pourvue d'un minimum de sens commun et d'intelligence sociale. En somme, quand bien même les attentes des parties impliquées dans une relation prise dans l'étreinte du conflit de renvoi peuvent légitimement diverger quant à l'applicabilité d'une loi ou de l'autre, ces attentes n'en présentent pas moins un élément commun apte à les réconcilier¹⁶⁸⁹.

390. Prévisibilité également desservie par la thèse et l'antithèse. Et de fait, si les deux États dont les règles de conflit se désignent mutuellement reconnaissent tous deux compétence à leurs juges – ce qui est quasi-systématiquement le cas en matière délictuelle¹⁶⁹⁰ –, il est impossible pour les intéressés évoluant dans la phase prédélictuelle tout autant que dans la phase postdélictuelle préjudiciaire et aussi longtemps qu'une troisième étape, postdélictuelle judiciaire, n'est pas ouverte, de savoir quelle loi les régit. La mise en œuvre spontanée du droit par les intéressés n'est pas envisageable car ceux-ci ignorent quel est ce droit. Le seul moyen pour surmonter pareille incertitude est pour eux d'enga-

¹⁶⁸⁸ Cf. Kirby J. in *Byrnes v. Groote Eylandts Mining Co. Pty Ltd.* (1990) 19 *NSWLR* 13, p. 16, cité par M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 25 : « Otherwise, litigants, not courts, would effectively determine the outcome of the application of the law by their own conduct in bringing proceedings in one jurisdiction... rather than another ». Et le juge Kirby d'ajouter : « If this may be done, justice is not balanced evenly and neutrally ».

¹⁶⁸⁹ M. Keyes, « The doctrine of renvoi in international torts », p. 12 fait remarquer que la « [c]onsideration of reasonable expectations is unlikely to be particularly instructive in the area of renvoi, as very few laypeople would have any conception of the more esoteric principles of private international law ». Lorsque l'on s'interroge sur les prévisions naturelles des parties, l'on s'attache à découvrir une réalité préjuridique dans le but d'y aligner ensuite la règle juridique. La réalité préjuridique est que les parties s'attendent à être soumises à une loi (seule) et non pas à deux lois incompatibles entre lesquelles le choix peut être unilatéral et exercé moyennant la saisine du juge d'un des États en présence. Cf. Ch. Wilde, *Der Verkehrsunfall im internationalen Privatrecht*, p. 263, qui va même plus loin car, pour lui, les parties se fient naturellement à « die Anwendung eines Rechts als Ganze[s]... nicht auf die Anwendung einiger abstrakter Regeln dieser Rechtsordnung und einiger Regel einer anderen Rechtsordnung » ; rapp. G. Brandt, *Die Sonderanknüpfung im internationalen Deliktsrecht*, Göttingen, 1993, p. 7.

¹⁶⁹⁰ D'une part, la compétence des autorités du pays du *locus delicti*, qui, si conflit de renvoi il y a, est souvent l'un des pays qui y participe (et il l'était quasi-systématiquement dans les décisions qui vont être rapportées), est invariablement affirmée ; les multiples possibilités de « bi-localisation » ou « pluri-localisation » d'un tel lieu assurent au surplus un dédoublement – spécialement entre le lieu de l'action et le lieu du résultat – voire un éclatement ultérieur. Pour les dispositions du Règlement « Bruxelles I » à ce sujet, ainsi que pour les règles en vigueur en Suisse, en Chine, aux États-Unis, en Inde et au Japon, v. C. McLachlan, « Transnational Tort Litigation : An Overview », in : C. McLachlan / P. Nygh (eds.), *Transnational Tort Litigation : Jurisdictional Principles*, p. 12. D'autre part, le domicile (ou la résidence habituelle) du défendeur offre pratiquement toujours un (autre) « for naturel » : K. Siehr, « Traffic Accidents », p. 198 (« this nexus for general jurisdiction is known almost everywhere ») ; P. Nygh, « Reasonable Expectations of the Parties in Choice of Law in Contract and Tort », *Rec. cours*, 1995, t. 251, p. 363. Le pays du domicile commun ou de la résidence habituelle commune reconnaît donc en général et *a fortiori* la compétence à ses juges. Un for supplémentaire est parfois ouvert au lieu où se manifestent les conséquences dommageables indirectes, c'est-à-dire, le plus souvent, la résidence de la victime (qui est, dans bon nombre de litiges, demanderesse) : v. M. Keyes, *Jurisdiction in International Litigation*, Sydney, 2005, p. 263.

ger un procès¹⁶⁹¹. On est là aux antipodes de la prévisibilité du droit dont la finalité première, nous y avons insisté, est de renseigner précontentieusement les destinataires des règles de droit sur les situations juridiques – droits et obligations – qui sont les leurs et, par là, de « déjudiciariser » les relations interindividuelles qu'ils nouent¹⁶⁹² ; on est aussi aux antipodes de la justice – de ce qui reste de celle-ci dès que l'on supprime la prévisibilité¹⁶⁹³ – car l'insécurité n'est pas éliminée par le juge saisi en fonction de l'équité mais par la saisine du juge, laquelle peut être le fait d'une partie, la plus rapide et souvent la plus forte¹⁶⁹⁴.

Ceux qui recommandent à l'État A qui souscrit au *locus delicti* – *locus* qui se trouve, par hypothèse, dans un État B qui désigne en retour l'État A de la résidence ou de la nationalité commune des parties ou de l'immatriculation des véhicules – de se refuser à tenir compte du renvoi au nom de la prévisibilité du droit, se heurtent à l'objection invincible qui fait remarquer que si l'État B du *locus delicti* s'accroche lui aussi à son propre rattachement, l'objectif de la prévisibilité est dramatiquement manqué par l'un et par l'autre État¹⁶⁹⁵. Ici de nou-

¹⁶⁹¹ Sur ce que « a choice of law rule which does not enable the governing law to be easily ascertained is likely to result in litigation », v. M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 25 ; cf. *ibidem*, p. 100, où l'auteur fait remarquer que l'insécurité au sujet de la loi applicable « could impede the negotiation of settlements between the parties and may increase difficulties of insuring against tortious liability ». M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 622, observe que « les transactions, très fréquentes en la matière, ne sont possibles que si les parties n'ont pas à recourir au juge pour connaître le droit applicable » et que « la simplification des conflits, la rapidité des règlements et de l'indemnisation des victimes, l'allègement du contentieux en sont le fruit » ; cf. B. Czempliel, *Das bestimmbare Deliktsstatut*, p. 27-28 et R. Yezerski, « Renvoi Rejected ? », p. 289.

¹⁶⁹² Sur ce que les impératifs de la *certainty* et de la *predictability* visent au premier chef à déjudiciariser les relations privées, v. J. Greene, « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », p. 367, note 81 : « Certainty and predictability... allow people (not yet parties) to plan their activities so that perhaps disputes are avoided in the first place, and, once a dispute does arise, certainty as to applicable law would mean that choice of law need not be litigated and the likelihood of the substantive dispute's being settled would in most cases greatly increased ».

¹⁶⁹³ Cf. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 418, pour qui « la recherche d'une sécurité juridique... est une garantie de justice pour les parties ».

¹⁶⁹⁴ En ce sens l'affirmation du juge Kirby, in *Byrnes v. Grootte Eylandts Mining Co. Pty Ltd.* (1990) 19 NSWLR 13. En ce sens ég. B. Audit, *D.i.p.*, p. 161, pour qui il est insatisfaisant qu'en cas de « dissociation géographique des éléments matériels du délit », on laisse le choix de la loi applicable à l'auteur ou à la victime ; « il conviendrait plutôt dans ce cas que le choix soit opéré par le juge, notamment en fonction de la légitimité respective des attentes des parties » (nous soulignons).

¹⁶⁹⁵ En Angleterre, v. *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 348 : « renvoi would create uncertainty and would not accord with the reasonable expectations of the parties » (une telle vue a été, semble-t-il, inspirée par C.G.J. Morse, *Torts in Private International Law*, p. 297) ; v. ég. G.C. Cheshire / P. North, *Private International Law*, p. 627. En Allemagne, v. J. von Hein, « Rück- und Weiterverweisung », p. 255 : « wäre es nachvollziehbar gewesen, die Rück- und Weiterverweisung im internationalen Deliktsrecht auch aus Gründen der Rechtsicherheit ganz abzuschaffen » et B. Von Hoffman, « Internationales Haftungsrecht », p. 7 : « spricht die Rechtssicherheit gegen die Zulassung des Renvoi ». Cf. ég. L. Raape, *Staudinger Kommentar zum BGB*, 9 Aufl., Einl. E VI 2a et § 27 EGBGB Anm. B I 1 ; J. Kropholler, « Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut », *RebelsZ.*, 1969, p. 643 ; P. Trenk-Hinterberger, « Haftung für Straßenverkehrsunfälle », in : F. Sturm (Hrsg.), *Wahlrecht Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung : Einführung mit Examinatorium*, Heidelberg, 1982, p. 91-92, note 58 ; B. Czempliel, *Das bestimmbare*

veau, l'admission (systématique) du renvoi préconisée par certains auteurs est tout aussi irrémédiablement contraire à un tel objectif que le refus (systématique) que proposent d'autres voix, tout aussi nombreuses¹⁶⁹⁶. Seul l'emploi d'un facteur à *vocation bilatérale* tiers et supérieur aux rattachements en conflit négatif, permet aux États en conflit de renvoi d'aboutir à la coordination qui les « co-intéresse » en retenant la même loi, et partant, de s'assurer, et d'assurer aux particuliers participant à la relation privée qui engage leurs milieux sociaux et économiques, une prévisibilité raisonnable de la loi qui la régit. Dans les hypothèses où la prévisibilité ainsi conçue n'est pas suffisamment garantie, la justice du cas concret, entendue comme équité, peut continuer à l'être. C'est là, avons-nous dit, la source, pour les particuliers, d'un autre type, également important, de sécurité, celle que leur procure l'assurance de l'impartialité, de la neutralité de l'instance chargée de trancher la contestation qui les oppose, ici le conflit de lois sous la forme d'un conflit de renvoi¹⁶⁹⁷. Le facteur de justice convoqué et utilisé par cette instance pour déterminer la loi applicable à l'espèce concrète dont elle est saisie, c'est-à-dire pour arbitrer le conflit entre règles de conflit qu'elle soulève, concourt à la prévisibilité du droit applicable, parce qu'à la prévisibilité du critère de solution du conflit de renvoi, dont pourront profiter les personnes privées qui établiront à l'avenir des relations interindividuelles analogues, selon l'esprit de *progrès* qui anime tout ordre juridique digne de ce nom¹⁶⁹⁸.

Deliktstatut, p. 28. En France, M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 485 attribue à Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, p. 261-262 l'idée suivant laquelle le « renvoi [serait] un obstacle en matière de responsabilité civile délictuelle à une légitime prévisibilité des parties de la loi applicable » : c'est là, nous semble-t-il, en tout cas prolonger la pensée de l'éminent auteur, qui n'évoque pas la matière délictuelle à l'endroit indiqué. Plus clairement en ce sens R. Dayant, note sous TGI Paris, 21 juin 1969, *Clunet*, 1970, p. 723.

¹⁶⁹⁶ Pour le refus du renvoi en cette matière v., dans la littérature anglo-australienne, *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, n° 2.18 : « there is... no question of renvoi in a tort case » ; v. ég. 4.23 (1985) et 3.56 (1990) ; A.V. Dicey / J.H.C. Morris, *The Conflict of Laws*, 13th ed., p. 1570 : « the doctrine of renvoi has no place in the law of torts » (l'appréciation a toutefois changé avec la 14^e édition à la suite de l'affaire *Neilson*) ; M. Tilbury / G. Davis / B. Opekin, *Conflict of Laws in Australia*, p. 1012 : « it is generally accepted that does not apply to... tort matters » (qui écrivent avant *Neilson*) ; G.C. Cheshire / P. North, *Private International Law*, 13th ed., p. 627 ; C.G.J. Morse, « Torts in Private International Law », p. 297. Dans la littérature française, v. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 486 pour qui « il serait totalement inopportun d'admettre le renvoi dans les conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle, alors que l'évolution actuelle tend à restreindre son empire ». Dans la littérature allemande, on rangera parmi les adversaires du renvoi délictuel à tout le moins de *lege ferenda* M. Ferid, *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1975, n° 3 ; L. Raape / F. Sturm, *Internationales Privatrecht*, § 11 III 6 ; G. Weick, « Das Tatortprinzip und seine Einschränkung bei internationalen Verkehrsunfällen », *NJW*, 1984, p. 1997 ; G. Beitzke, « Rück- und Weiterverweisung im internationalen Deliktsrecht », *Festschrift W. Wilburg*, Tübingen, 1975, p. 31 ; J. Kropholler, « Ein Anknüpfungssystem für das Deliktstatut », p. 645 ; C. Wienberg, *Die Produkthaftung im deutschen und US-amerikanischen Kollisionsrecht*, Pfaffenweiler, 1993, p. 127 ; W. Lorenz, in : E. von Cammaerer, *Vorschläge*, p. 121 ; E. Deutsch, *ibidem*, p. 216 ; E. Wagner, *Statutenwechsel und dépeçage*, p. 161 ; Th. Kadner Graziano, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, p. 117.

¹⁶⁹⁷ *Supra*, n° 93 s.

¹⁶⁹⁸ *Supra*, n° 85, 89, 93, 223.

Pour donner *substance* à la *forme* bilatérale du facteur de solution du conflit de renvoi, nous avons proposé la proximité et l'autonomie. Les critiques qui leur sont adressées sur le plan général, et que l'on retrouve ici *mutatis mutandis*, ont déjà été examinées¹⁶⁹⁹. Il s'agit à présent de vérifier si ces critères sont à même de projeter quelques lumières sur la démarche qu'ont suivie les tribunaux.

¹⁶⁹⁹ Pour l'admission du renvoi en cette matière v., dans la littérature française, B. Audit, *D.i.p.*, p. 644, qui fait l'exemple d'un conflit de règles de conflit mettant en cause la loi du lieu du délit, d'une part, et la loi de la résidence habituelle ou la loi des liens les plus significatifs, d'autre part. De façon intéressante, cet auteur affirme que « le renvoi par elle [= loi locale] à une autre loi invite au moins à se demander si effectivement la seconde ne présente pas un titre supérieur à régir la situation ». Voilà qui se rapproche du recours à la proximité comme critère subsidiaire. H. Batiffol / P. Lagarde, *Traité*, t. I, p. 508, s'affirment eux aussi favorables à faire jouer le renvoi en tout cas de la *lex loci delicti* à celle de la résidence habituelle ; en ce sens ég. G. Légiér, « Sources extracontractuelles des obligations », n° 140. Dans la littérature anglo-australienne, v. E. Rimmel, « The Place of Renvoi in Transnational Litigation », p. 85 ; A. Briggs, « In Praise and Defence of Renvoi », p. 877, à qui l'on doit le réquisitoire le plus redoutable contre le choix du législateur anglais et écossais d'exclure le renvoi dans l'*Act de 1995* ; B.J. Roger, « Ascertaining the *statutory lex loci delicti* : Certain Difficulties Under the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 », 47 *Int'l & Comp. L.Q.* 205 (1998), p. 211 ; A. Gray, « The Rise of Renvoi in Australia », p. 1. Dans la littérature allemande, avant la réforme de 1999, v. H. Hillgenberg, *Das IPR der Gefährdung für Atomschäden*, Diss. Bonn, 1963, p. 178 ; Soergel / G. Kegel, *EGBGB*, 10 Aufl., 1970, Art. 12, n° 64 et G. Kegel, *IPR*, 4. Aufl., p. 173 ; E. Jayme, *Die Familie im Recht der unerlaubte Handlungen*, Frankfurt a.M. (etc.), 1971, p. 323 et « Rückverweisung durch im Ausland geltende Staatsverträge », p. 547 ; H. Dörner, note sous LG Nürnberg-Fürth 31.1.1980, p. 956 ; O. Furtak, note sous LG Heidelberg 4.12.1990, p. 81 ; M. Rohe, *Zu den Geltungsgründen des Deliktsstatuts*, p. 254 ; Soergel / A. Luderitz, *EGBGB*, 12. Aufl., 1996, Art. 38, n° 119 ; Palandt / A. Heldrich, *BGB*, 40 Aufl., 1981, Art. 12 EGBGB, Anm. 2 ; H.-P. Mansel, « Kollisions- und zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf der vertraglichen und deliktischen Haftung », *ZvglRWiss*, 1987, p. 5, note 18. Quelques auteurs tendaient à admettre le renvoi tiré de la *lex loci* et à refuser le renvoi tiré de la loi personnelle commune : Ch. Von Bar, *IPR*, II, p. 691 ; J.E. Dessauer, « Zum renvoi im internationalen Deliktsrecht », *ZvglRWiss*, 1982, p. 234 et 240 ; MunchKomm BGB / K. Kreuzer, Bd. 10 (EGBGB), 3. Aufl., 1998, Art. 38 EGBGB, n° 28. Après la réforme de 1999, les voix s'exprimant contre le renvoi sont devenues rares (pour un exemple, Staudinger / B. von Hoffman, EGBGB, Art. 28-42, Bearb. 2001, Art. 40, n° 70 : « ist im Internationalen Deliktsrecht vom Grundsatz der Sachnormverweisung auszugehen »), la vaste majorité de la doctrine se disant, en tout cas *de lege lata*, favorable à le faire jouer : en ce sens Erman / G. Hohloch, 10. Aufl., Art. 40 EGBGB, n° 14 (quoiqu'à regret : « die an sich bessere Auffassung ist nicht mehr vertretbar ») ; M. Timme, note sous OLG Frankfurt a.M. 24.6.1999, « Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Strassenverkehrsunfällen », *NJW*, 2000, p. 3259 ; A. Nordemann-Schiffel, *Deutsch-französische Produkthaftung im Spannungsfeld zwischen Vertrag und Delikt*, Heidelberg, 2000, p. 156 ; Palandt / A. Heldrich, *BGB*, 66. Aufl., 2007, Art. 40 EGBGB, n° 1 ; D. Looschelders, « Die Beurteilung von Strassenverkehrsunfällen mit Auslandsberührung nach dem neuen internationalen Deliktsrecht », *VersR.*, 1999, p. 1324 ; R. Freitag / S. Leible, « Das Bestimmungsrecht des Art. 40 Abs. 1 EGBGB im Gefüge der Parteiautonomie im Internationalen Deliktsrecht », *ZvglRWiss*, 2000, p. 139 ; A. Junker, « Das Internationale Unfallsrecht nach der IPR-Reform von 1999 », *JZ*, 2000, p. 481 ; A. Spickhoff, « Die Restkodifikation des Internationalen Privatrechts : Ausservertragliches Schuld- und Sachenrecht », *NJW*, 1999, p. 2212 ; R. Sieghöftner, *Internationales Strassenverkehrsunfallrecht*, p. 469 ; D. Staudinger, « Das Gesetz zum Internationalen Privatrecht für ausservertraglichen Schuldverhältnisse und für Sachen vom 21.5.1999 », *DB*, 1999, p. 1593 ; H. Dörner, « Alte und neue Probleme des Internationalen Deliktsrechts », *Festschrift H. Stoll*, Tübingen, 2001, p. 499 ; Ch. Auer, *Deutsches internationales Deliktsrecht im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit*, München, 2003, p. 200.

Section II : Jurisprudence en matière de renvoi délictuel

391. *Modus operandi* de la proximité et de l'autonomie. Il convient avant tout de se pencher sur le mode de fonctionnement de la proximité et de l'autonomie dans ce domaine particulier et d'abord, quant à la proximité, de passer brièvement en revue les liens susceptibles d'être pris en compte, lesquels varient quelque peu selon la nature de l'acte illicite en cause.

S'agissant des types délictuels dont il est question dans les affaires étudiées, les contacts suivants contribuent chacun à renforcer le degré d'intégration de la relation interindividuelle litigieuse au sein l'État où il se réalise : le domicile, la résidence – habituelle mais aussi secondaire –, la nationalité (pour les personnes physiques) et l'établissement ou le siège (pour les personnes morales), et ce tout à la fois, d'une part, des responsables – conducteur et détenteur du véhicule dans les accidents de la circulation, assureur – et, d'autre part, des victimes ; le lieu d'exercice de l'activité professionnelle ou le lieu où l'employé a été embauché lorsque le délit est commis lors de cette activité ; le lieu où l'action a été réalisée et celui où le dommage se produit de même que le lieu où se manifestent les conséquences dommageables ; le lien que le délit peut entretenir avec un rapport de fait ou de droit préexistant qui s'inscrit au sein d'un milieu déterminé (*gemeinsame Rechtsumwelt*) ou relève d'une loi particulière¹⁷⁰⁰.

Si le conflit de renvoi oppose deux règles de conflit classiques, le recours à la proximité débouche sur une double appréciation. En premier lieu, on tient compte des liens qu'en se résolvant à privilégier un seul rattachement, les deux États en conflit se sont astreints l'un et l'autre à laisser à l'écart. Il s'agit notamment du domicile ou de la résidence de chacune des parties lorsque la règle de conflit autre que celle adoptant le *locus delicti* utilise la nationalité commune, et la nationalité de chacune des parties dans l'hypothèse inverse. S'agissant d'accidents automobiles, jouent également un rôle, d'une part, le lieu d'immatriculation des véhicules dans la mesure où ce facteur n'est pas retenu à titre principal – et le cas échéant le lieu de stationnement habituel –, d'autre part, le siège de l'assureur, lequel n'est que rarement érigé en facteur de rattachement principal. Lorsque le lieu d'immatriculation est employé à titre principal par l'une des règles et que l'autre s'en remet au *locus*, il est naturel de rechercher avant tout les attaches personnelles de l'auteur et de la victime, à savoir leur nationalité, leur domicile et leur résidence. Lorsque la nationalité commune est retenue par une règle de conflit et que l'État national privilégie le domicile commun, il paraît raisonnable de considérer le lieu de réalisation de l'événement dommageable et celui où le préjudice a été ressenti. En second lieu, on peut bien s'interroger sur l'*effectivité* en l'espèce de chacun des deux rattachement

¹⁷⁰⁰ Pour une énumération des points de contact pertinents, v. U. Baxi, « Mass Torts, Multinational Enterprise Liability », p. 376.

ments que les États « co-intéressés » estiment, *in abstracto* et selon le *quod plerumque fit*, les plus significatifs. On a vu pourquoi ce procédé est ici légitime¹⁷⁰¹ : le rattachement unique est sélectionné dans le but d'assurer le maximum de prévisibilité à tout particulier impliqué ; la situation de renvoi menace de tenir en échec cette prévisibilité et pour la restaurer, il est raisonnable de recourir à un affinement de l'analyse. À la suite de quoi l'on peut, par exemple, découvrir que le lieu du délit s'avère accidentel ; la nationalité peut quant à elle être plus ou moins effective, le domicile plus ou moins stable, le lieu d'immatriculation se recouper ou non avec celui du siège de l'assureur... Autant d'éléments pouvant être pris en considération lors de la pesée des indices de localisation à laquelle invite l'appréciation de la proximité.

Pour ce qui est du conflit de renvoi auquel participe une règle à rattachements multiples, le principe de proximité, qu'un des États retient par hypothèse pour lui confier, à titre principal, le soin de surmonter la pluralité de rattachements entre lesquels il préfère ne pas choisir *in abstracto* et une fois pour toutes, prolonge tout naturellement sa mission jusqu'à la résolution du conflit négatif de règles de conflit. On s'est déjà attardé sur ce qu'un tel prolongement a de naturel¹⁷⁰². La majorité des auteurs, en ce qu'elle tient la référence « aux liens les plus étroits » pour incompatible avec l'admission du renvoi, parvient d'ailleurs au même résultat. On précisera aussitôt que l'État qui assigne à la proximité, outre la tâche de désigner la loi la plus significativement rattachée à la cause, celle d'arbitrer le conflit de renvoi, n'est évidemment pas indifférent à l'existence de celui-ci. Il est en effet permis de discerner dans la non acceptation du renvoi par cet État, non pas le refus de retenir le conflit de renvoi ou de lui reconnaître une quelconque portée mais bien, tout à la fois, la reconnaissance de son existence et de l'atteinte qu'il menace de porter à la sécurité du droit et à l'équité ainsi que la conscience du fait que la proximité offre un critère acceptable du point de vue également de l'autre État et propre par là même à surmonter l'antinomie internationale. Cet autre État qui, par hypothèse, adopte pour sa part le rattachement classique, fait état du conflit de renvoi et, en se résolvant lui aussi à le combattre au moyen de la proximité, accepte le renvoi à sa propre loi qui est en effet, par hypothèse, celle de l'État dans le milieu socio-économique duquel la relation en cause est plus significativement intégrée¹⁷⁰³.

L'autonomie individuelle dont nous parlons est, d'une part, celle de l'auteur et du responsable économique du dommage et, d'autre part, celle de la victime. Visant à trancher le conflit de règles de conflit, cette autonomie et la faculté de choix qu'elle ouvre ne peut par hypothèse que s'exercer au profit de l'une des deux lois en conflit. Elle peut se manifester dans la phase *judiciaire* du règlement des conséquences du fait dommageable par une sorte d'accord pro-

¹⁷⁰¹ *Supra*, n° 161 s.

¹⁷⁰² *Ibidem*, spéc. n° 163.

¹⁷⁰³ Pour des considérations similaires à propos des règles de rattachement retenant l'autonomie et de celles utilisant un facteur matériel, v. *supra*, respectivement n° 198 et n° 212.

cédural. Mais elle peut tout aussi bien s'exprimer au cours de la phase *préjudiciaire postdélictuelle* ou de la phase *préjudiciaire prédélictuelle*, dans la mesure bien entendu, pour ce qui est de ce dernier cas, où il existe une relation juridique préalable entre la potentielle victime et le potentiel auteur du dommage qui soit de nature à inciter les parties à régler par avance le conflit de renvoi. *Quid* de l'autonomie *unilatérale* d'une des parties ? Quelques-unes des affaires étudiées ont proposé de tenir compte de la volonté de la personne lésée¹⁷⁰⁴. Quels que soient ses mérites ou démérites intrinsèques, on rappellera que ce principe de solution est, lui aussi « bilatéralisable » – et, par hypothèse, tiers et supérieur aux rattachements en conflit négatif – puisque, s'il est adopté par les deux États « co-intéressés », il aboutit à trancher le conflit de renvoi. Dès lors qu'à la différence des contrats, la relation de nature délictuelle est telle qu'une partie n'est en général que créancière et l'autre n'est que débitrice, l'utilisation d'un tel principe de solution permet aux particuliers de prévoir, avec une certitude raisonnable, avant même que le choix ne soit formellement exprimé, quelle est la loi vers laquelle se portera la préférence de la personne lésée : il s'agira le plus souvent de la loi qui lui accorde l'indemnisation la plus généreuse. Dans ces circonstances, une telle prévision est possible dès la survenance du délit – et même avant dans la mesure où la dispersion géographique des liens pertinents de la future situation délictuelle est déterminable à tout stade antérieur –, si bien que point n'est besoin pour la victime, pas plus que pour l'auteur, d'entamer un procès pour connaître la loi qui régit les conditions et les conséquences de l'éventuelle responsabilité.

On rendra compte d'abord de la jurisprudence des pays européens (Sous-section 1), pour s'intéresser ensuite aux décisions américaines (Sous-section 2), et, enfin, à l'affaire australienne *Neilson*, la plus récente et sans doute la plus spectaculaire (Sous-section 3). Un bilan sera enfin dressé (Sous-section 4).

Sous-section 1 : Jurisprudence des pays européens

392. Différents types d'actes illicites. La majorité des décisions européennes répertoriées mettent en cause des accidents de la circulation. On dénombre aussi trois cas de pollution transfrontière, trois cas de lésions corporelles, un cas de détournement de titres et un cas de diffamation. Dans la plupart des espèces, il s'agit de conflits de renvoi classique engageant, d'une part, la loi du lieu du délit et, d'autre part, soit la loi de la nationalité commune ou de la résidence habituelle commune, soit la loi du lieu d'immatriculation du véhicule, ou des véhicules, impliqué(s). On enregistre également trois situations de renvoi non classiques opposant le lieu du fait dommageable, ou bien le rattachement le plus significatif, à la volonté de la victime. Deux arrêts français (§ 1),

¹⁷⁰⁴ *Infra*, n° 432.

cinq décisions belges (§ 2) et une série de jugements allemands (§ 3) composent cette séquence européenne.

§ 1. Jurisprudence française

393. Des décisions rares. En France, le rattachement au *locus* a emporté, depuis l'arrêt *Lautour*¹⁷⁰⁵, l'adhésion semble-t-il constante de la jurisprudence de cassation. C'est donc sans surprise qu'il a été aussi retenu à la faveur des affaires qui nous occupent. La Cour suprême n'ayant pas encore été saisie d'une contestation délictuelle recouvrant un conflit de renvoi, trois décisions de fond sont évoquées par la doctrine comme ayant été confrontées au problème. Réputée avoir donné accueil au renvoi¹⁷⁰⁶, la première, non publiée, eut à maîtriser l'opposition entre la règle de conflit française et la règle de conflit sarroise, à l'époque où la Sarre était un territoire doté d'une souveraineté propre¹⁷⁰⁷. C'est dans cette affaire que le jeu de désignations croisées apparaît le plus nettement. L'existence d'un véritable conflit de renvoi est en revanche sujette à caution dans la troisième affaire et doit semble-t-il être niée à propos de la seconde, encore que la décision qui la tranche soit parfois interprétée comme ayant refusé le renvoi.

394. Une affaire franco-sarroise. Dans l'espèce tranchée par le Tribunal civil de Sarreguemines le 15 octobre 1957, une société française avait été poursuivie devant les juridictions françaises par la victime, citoyen américain, d'un accident de la circulation survenu sur le territoire de la Sarre du fait d'un des employés de la société défenderesse. La règle de conflit sarroise du lieu du sinistre désignait, en matière de responsabilité du commettant, la loi du siège de celui-ci, c'est-à-dire en l'espèce la loi française, qui fut en effet appliquée. La loi sarroise du lieu de survenance semble avoir été désignée par un indice de localisation en l'occurrence assez fortuit – la victime, est-il permis de penser, n'avait aucune attache durable avec le territoire sarrois – et c'est vers la loi française du lieu du siège effectif de la société responsable que semble orienter la recherche des liens les plus significatifs. Puisque nous ne disposons que d'informations de seconde main, il convient toutefois de ne pas aller plus loin dans l'analyse.

¹⁷⁰⁵ Cass (civ.), 25 mars 1948, *D.* 1948.357, note P. L.-P. ; *JCP* 1948.II.4532, note M. Vasseur ; *S.* 1949.I.21, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit.*, 1949, p. 89, note H. Batiffol ; B. Ancel / Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 19 ; G. Légier, « Sources extracontractuelles des obligations », n° 34.

¹⁷⁰⁶ En ce sens, R. Dayant, « Sources extracontractuelles des obligations en droit international privé », *Jurisl.-Internat.*, fasc. 553, 1958, n° 37, *addendum* n° 22 et note sous TGI Paris, 21 juin 1969, *Clunet*, 1970, p. 725 ; J. Prévaut, note sous TGI Paris, 21 juin 1969, *D.* 1970, p. 782.

¹⁷⁰⁷ Le Territoire de Sarre fut placé sous protectorat français au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. En 1947, il se dota d'une Constitution autonome, en 1948 une nationalité sarroise est instituée et en 1952, il participe aux jeux olympiques d'été à Helsinki. La Sarre fut restituée à la République fédérale d'Allemagne le 1^{er} janvier 1957.

395. Un sinistre automobile franco-allemand. Le différend réglé par TGI Paris du 21 juin 1969¹⁷⁰⁸ tirait également son origine d'un accident de la route, survenu en Allemagne, qui ne concernait que des véhicules immatriculés et assurés en France et conduits par des ressortissants français. Stationné à Baden-Baden en tant que membre des forces françaises, le responsable, un sieur Quatreboeuf, cherchait à se prévaloir de la loi allemande du *locus delicti*, exclusive de la réparation du *pretium doloris*¹⁷⁰⁹. La victime, Cristofari, se réclamait pour sa part de la loi française, plus avantageuse pour elle, en arguant du renvoi auquel aurait conduit l'application par analogie de la règle contenue dans une ordonnance du *Reich* de 1942 laquelle, ainsi qu'on le verra plus loin, prescrivait la soumission à la loi allemande des faits dommageables n'impliquant que des citoyens allemands¹⁷¹⁰. Les juges parisiens conclurent que ce texte à la rédaction unilatérale n'était, dans le système allemand d'origine, pas « bilatéralisé », la victime n'ayant, pour prouver le contraire, « fourni ni texte, ni décision jurisprudentielle..., mais seulement l'avis d'un jurisconsulte »¹⁷¹¹. Or il semble que le TGI a eu raison de ne pas retenir un conflit de renvoi car, tout d'abord, à l'époque de l'affaire, la jurisprudence allemande n'avait pas étendu l'ordonnance controversée aux situations de nationalité étrangère commune¹⁷¹² ; ensuite, et surtout, car s'il est vrai que quelques arrêts allemands postérieurs ont laissé entendre que l'allégeance commune des intéressés est à même de supplanter le lieu du délit¹⁷¹³, ils exigeront tout de même le respect d'une condition supplémentaire, à savoir que la présence à ce lieu de la victime et du responsable soit « accidentelle »¹⁷¹⁴ : or en tout cas celle de Quatreboeuf, militaire stationné en

¹⁷⁰⁸ *Gaz. Pal.*, 10 mars 1970, p. 138 ; *D.* 1970, p. 780, note J. Prévaut ; v. aussi la note critique de R. Dayant parue au *Clunet*, 1970, p. 723.

¹⁷⁰⁹ La responsabilité de Quatreboeuf avait été reconnue par une décision du Tribunal militaire des forces armées françaises en Allemagne du 25 mars 1966, dont « on ignore le contenu » : J. Prévaut, *D.* 1970, p. 781. Ce dernier nous relate d'ailleurs que la voiture du responsable « tournait sur sa gauche pour pénétrer dans une caserne » (*ibidem*).

¹⁷¹⁰ « Verordnung über die Rechtsanwendung bei Schädigungen deutscher Staatsangehöriger ausserhalb des Reichsgebietes », *RGBl.*, 1942, I, p. 706. Le texte français, reproduit par J. Prévaut, *D.* 1970, p. 782, énonce comme suit : « Pour les demandes extracontractuelles en réparation de dommages par suite d'un fait ou d'une omission qu'a commis un ressortissant allemand en dehors du territoire du *Reich*, dans la mesure où c'est un ressortissant allemand qui a subi des dommages, c'est le droit allemand qui est applicable ».

¹⁷¹¹ TGI Paris, 29 juin 1969, *D.* 1970, p. 781.

¹⁷¹² C'est ce que rapporte, encore en 1969, J. Kropholler, « Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut », note 80 ; rapp. G. Beitzke, « Les obligations délictuelles en droit international privé », p. 101.

¹⁷¹³ BGH, 4 mai 1976, *WM*, 1976, p. 792 ; OLG Karlsruhe, 7 déc. 1978, *IPRspr.*, 1978, p. 45 (arrêt rapporté *infra*, n° 403) ; OLG Hamm, 29 mai 1979, *VersR.*, 1979, p. 926 ; OLG Köln, 4 févr. 1980, *NJW*, 1980, p. 2646, *IPRspr.*, 1980, n° 33.

¹⁷¹⁴ Semble-t-il constamment exigée par la jurisprudence allemande, une telle condition a été consacrée par le « hollandaisches Urteil » (BGH, 23 nov. 1971, p. 268). Deux *Gastarbeiter* néerlandais ayant été impliqués dans un accident survenu en Allemagne, la Cour fédérale se refusa à retenir la loi néerlandaise car la condition que les intéressés « [sich] nur vorübergehend im Ausland aufgehalten haben » n'était pas remplie ; v. ég. BGH, 5 oct. 1976, *NJW*, 1977, p. 496 ; BGH, 8 mars 1983, *BGHZ* 87, p. 95, *NJW*, 1983, p. 1973-1974, *RIW*, 1983, p. 456, *VersR.*, 1983, p. 556, *IPRax*, 1984,

Allemagne, ne l'était en l'espèce sûrement pas. Le tribunal aurait pu se borner à signaler que, pour que le conflit de renvoi existe et appelle une solution, la loi étrangère doit désigner avec au moins une certitude raisonnable la loi du for¹⁷¹⁵, mais il tint à observer également que l'application du droit français risquerait de conduire à une situation « inextricable, la loi interne française renvoyant à la *lex loci delicti* ».

Cet argument du cercle vicieux, dont nous avons vu à la fois les mérites et les défaillances, ne nous retiendra pas ici¹⁷¹⁶. Penchons-nous sur la dernière affaire.

396. Cas franco-espagnol de détournement de titres. C'est la décision de la Cour de Pau prononcée le 24 juin 1981 qui se chargea de la trancher¹⁷¹⁷. Sieur Horn y Prado, ressortissant argentin, avait confié la gestion des titres au porteur dont il était titulaire au sieur Dauga, citoyen français et dirigeant d'une société française. Après les avoir détournés, ce dernier avait mandaté deux banques françaises, le Crédit Lyonnais et la Banque Morin Pons, pour les vendre aux bourses de Madrid et de Barcelone. Dauga ayant été pénalement condamné pour abus de confiance, Horn y Prado avait assigné les banques pour négligence. Celles-ci excipaient, entre autres, de la prescription, laquelle était en effet acquise d'après la loi espagnole¹⁷¹⁸. La règle de conflit espagnole désignait la loi du lieu du fait générateur et la négligence dénoncée – soutenaient-elles – avait été commise sur le marché boursier espagnol¹⁷¹⁹. Pour justifier

p. 30, commentaire de G. Hohloch, « Grenzen der Auflockerung des Tatortprinzips im internationalen Deliktsrecht », p. 14. En doctrine W. Lorenz, « Einige Überlegungen zur Reform des deutschen internationalen Deliktsrechts », *Festschrift H. Coing*, München, 1982, II, p. 278, note 71 ; G. Beitzke, « Die 11. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht der Strassenverkehrsunfälle », *RabelsZ.*, 1969, p. 204 ; E. Jayme, *Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen*, Frankfurt a.M., 1971, p. 309.

¹⁷¹⁵ Cf. J. Prévaut, *D.* 1970, p. 783, selon lequel la question du renvoi « devient hors sujet » ; cf. aussi R. Dayant, *Clunet*, 1970, p. 723, pour qui, selon l'interprétation du droit allemand retenue par le TGI, « il n'y a aucun renvoi ». Sur ce que « renvoi et incertitude sont antinomiques », v. B. Ancel, note sous Paris, 3 mars 1994, *Rev. crit.*, 1995, p. 542. En ce sens ég. I. Fadlallah, note sous Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit.*, 1977, p. 119 : « le renvoi ne joue que si la loi étrangère décline certainement sa compétence en faveur d'une autre loi clairement désignée ».

¹⁷¹⁶ J. Prévaut, *D.* 1970, p. 782 saisit l'occasion que lui offre la décision qu'il commente pour faire part de son opinion : « Rationnellement, la théorie du renvoi est indéfendable ».

¹⁷¹⁷ Pau, 24 juin 1981, *D.* 1981, p. 569, note É. Agostini, sur appel de TGI Bayonne, 12 juin 1979, *D.* 1980, p. 228, note P. Diener. Pour J. Derruppé et É. Agostini, « Le renvoi dans la jurisprudence française », *Juris-Class. civil*, Code art. 3, fasc. 32, 1994, n° 29, il s'agit d'un cas de « renvoi partiel au premier degré ».

¹⁷¹⁸ Plus précisément, le Crédit Lyonnais invoquait la prescription de trois ans – à compter de l'événement dommageable – qui, en vertu de l'art. 945 du *Código civil*, visait la responsabilité des agents courtiers en bourse, tandis que la Banque Morin Pons se réclamait du délai d'une année prévu par l'article 1968 par. 2 du même Code civil espagnol pour les actions en réparation fondées sur une infraction pénale, dont elle soutenait qu'il courrait de la date de la décision pénale et non pas de celle de sa signification : v. *infra*, note 1722.

¹⁷¹⁹ Il s'agit notamment des paragraphes 9 et 10 de l'article 10 du Code civil espagnol.

cependant l'application de la loi française¹⁷²⁰ « à la détermination du moment où le demandeur a pu valablement agir devant un tribunal français », la Cour évoque, outre la qualification procédurale de la prescription et l'ordre public, le renvoi tiré de la disposition du *Código civil* selon laquelle « les lois de procédure espagnoles s'appliqueront seules aux actions introduites en Espagne sans préjudice du renvoi qu'elles pourront effectuer aux lois étrangères relativement aux actes de procédure qu'il faudrait accomplir en dehors d'Espagne »¹⁷²¹. Puisque le délai courait en l'espèce, au regard du droit français, à compter du jour de la signification de la décision pénale française définitive, et non du jour de la décision elle-même – comme le voulait le droit espagnol, du moins aux dires des défenderesses –, la prescription n'était en droit français pas accomplie¹⁷²². Quoi que l'on pense de ce raisonnement¹⁷²³, il semble bien que les magistrats béarnais n'aient pas été insensibles aux attaches que la relation en cause présentait dans son ensemble avec la France. Si Horn y Prado, ar-

¹⁷²⁰ Si, d'après le Code civil espagnol et la jurisprudence française majoritaire (v. les décisions citées par É. Agostini, *D.* 1981, p. 571, n° 7), la prescription d'une obligation de nature délictuelle tombe dans le « statut délictuel », les juges béarnais semblent en décider autrement en ce qu'ils professent que « la notion même de prescription comme la nature et la portée des actes susceptibles d'en suspendre ou d'en interrompre le cours doivent être appréciées par référence au droit français ».

¹⁷²¹ Article 8 par. 2 du Code civil espagnol (la traduction est celle retenue par la Cour).

¹⁷²² La Chambre criminelle de la Cour de cassation avait rendu son arrêt le 23 mars 1977. Bien que la date de la signification de celui-ci ne pût être établie, la Cour de Pau jugea qu'elle « est inévitablement postérieure au 29 mars 1977 » (*D.* 1981, p. 570). L'assignation introductive de l'instance civile visant le Crédit Lyonnais datait du 21 mars 1978, celle visant la Banque Morin Pons du 28 mars 1978, si bien que ni la prescription d'un an ni, à plus forte raison, celle de trois ans, n'avait été acquise.

¹⁷²³ Dans une situation du type de celle dont il est question, il y a renvoi, plus particulièrement de « qualifications », dans la mesure où, au regard du droit français, le moment initial du délai de prescription, notamment lorsqu'il s'agit d'une action ouverte en France et fondée sur une infraction pénale, est fixé par le droit applicable à la prescription, ici le droit espagnol, et que, pour le droit espagnol, ce moment est fixé par le droit de l'État dont émane la décision pénale, ici le droit français. Or, il est douteux que la première des deux conditions était, pour la Cour de Pau, réalisée en l'espèce. Quant à la seconde, il semble que la Cour s'en soit référée à la loi française en tant que loi du for de l'action *civile*, c'est-à-dire que, suivant ce qu'elle a pu établir, le droit espagnol classerait la détermination du moment initial de la prescription parmi les questions *procédurales* (v. passage de la décision sub II, *D.* 1981, p. 569, *in fine*), auquel cas la situation de renvoi disparaît. Car si l'action avait été intentée en Espagne, le juge espagnol, compétent en vertu du lieu du délit, aurait retenu lui aussi le droit espagnol, si bien que l'application par le juge français du droit espagnol supposément désigné par sa règle de conflit à la détermination du moment de la prescription aurait supprimé toute antinomie internationale. Pour É. Agostini, *D.* 1981, p. 572 : « Le droit espagnol acceptait sa compétence et ne renvoyait au droit français *qu'aux fins d'interprétation d'un concept*, le concept d'impossibilité d'agir. Il n'y avait aucun conflit négatif, mais seulement ce que l'on pourrait appeler un '*renvoi sous-traitance*'. On notera que le conflit négatif peut bien résulter de la différente interprétation que donnent d'un même concept les deux États « co-intéressés » par une relation interindividuelle transfrontière (tel celui de « domicile » pour ne prendre qu'un exemple connu). Le « test » signalant la présence d'un renvoi n'est axé que sur l'existence ou la non-existence d'un conflit de règles de conflit. Or si la notion d'« impossibilité à agir » est interprétée différemment en droit espagnol, au regard duquel elle cesse à la date du prononcé de l'arrêt pénal, et en droit français, pour lequel elle ne s'efface qu'à la date de la signification, et que l'ordre français désigne la loi espagnole comme compétente pour établir le jour où l'action devient possible (et à partir duquel la prescription commence à courir), et que l'ordre espagnol désigne, au regard de la même question, la loi française, il y a bel et bien un conflit de renvoi.

gentin établi en Espagne, ne disposait en France que d'une « résidence », « Bi-dart demeure le lieu où l'acte délictueux dommageable a été commis comme Biarritz demeure le siège de l'agence du Crédit Lyonnais où la plus grande partie des titres détournés ont été remis en vue de la vente » ; semblablement, la Banque Morin Pons avait son « siège social à Paris ou à Lyon » et les « titres au porteur [avaient été] remis à un guichet français par un ressortissant français ».

La matière qu'offre la jurisprudence française en ce domaine est, on le voit, assez pauvre. L'exploration des sources belges est plus fructueuse.

§ 2. Jurisprudence belge

397. Primauté de la loi locale et quelques exceptions. Les décisions belges communément citées englobent deux arrêts de la Cour de cassation, où cependant l'existence d'un conflit négatif de règles de conflit prêtait à controverse (A), et trois décisions d'instance inférieure, où la situation de renvoi se dessine plus nettement (B). Au cours de la période dont relèvent ces décisions – de 1976 à 1999 – la règle de conflit belge en la matière, d'origine jurisprudentielle, souscrivait en substance au *locus delicti*. La loi du délit a en effet été appliquée pratiquement sans exception par la Cour régulatrice¹⁷²⁴ jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé de 2004, dont la solution plus diversifiée qu'il apporte peut ici être négligée. Quelques dérogations ont en revanche, au cours de cette même période, été admises par la jurisprudence de fond.

A – Arrêts de la Cour de cassation

398. Groupe Josi c. Faes et « affaire des scouts ». Par arrêt du 30 octobre 1981 rendu dans l'affaire *Groupe Josi c. Faes*¹⁷²⁵, la Cour suprême de Belgique a reproché à la Cour de Bruxelles¹⁷²⁶ d'avoir retenu la loi belge de la nationalité commune au lieu de statuer conformément à la loi allemande du *locus delicti*. Le responsable avait revendiqué « l'application stricte de la loi allemande », laquelle lui permettait d'échapper à l'indemnisation du tort moral. La victime avait cependant soutenu que puisque dans un cas semblable, les juges allemands, pour déterminer l'étendue du préjudice causé à des Allemands, appliqueraient la loi allemande en vertu de la règle unilatérale, inscrite dans l'or-

¹⁷²⁴ Jusqu'à 1982, v. J. Erauw, *De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen / Bruxelles, 1982 ; jusqu'à 2005, F. Rigaux / M. Fallon, *D.i.p.*, p. 231.

¹⁷²⁵ *Pas.*, 1982, I, p. 306 ; *A.C.*, 1981-1982, p. 318 ; *Rev. gén. ass. resp.*, 1983, n° 10567, note J. Erauw. Sur cette affaire, v. M. Fallon, « L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle », *Mélanges O. Dalcq*, Bruxelles, 1994, p. 161 ; cf. J. Verlinden, « Grensoverschrijdende onrechtmatige daad », note sous Hof van Beroep te Antwerpen, 27 oct. 1999, *T.B.B.R.*, 2002, p. 631 (arrêt rapporté *infra*, n° 399).

¹⁷²⁶ Arrêt rendu le 9 mai 1980, non publié.

donnance du *Reich* du 7 décembre 1942 déjà évoquée¹⁷²⁷, « il y a lieu de retenir – par analogie – cette interprétation au profit des ressortissants belges ». La Cour régulatrice insiste sur ce que les règles au lieu de commission d'un acte illicite sont des « lois de police » en vertu de l'article 3 du Code civil, « le fait qu'en pareil cas les tribunaux allemands appliqueraient la loi *allemande* [sic] ne p[ouvant] justifier en soi une dérogation à la règle en Belgique ». Un tel dénouement semble peu compatible avec la mise en œuvre du principe de proximité, car non seulement le conducteur de la voiture et la victime étaient de nationalité belge – on ignore cependant leur résidence habituelle, notamment celle, à la vérité décisive, du lésé¹⁷²⁸ – mais le véhicule responsable était aussi immatriculé et assuré en Belgique. Il n'est pas sûr cependant que la Cour ait véritablement été persuadée de l'existence d'un conflit de règles de conflit. La référence à l'application qu'aurait reçue la loi *allemande* en Allemagne, s'il ne s'agit pas d'une inadvertance de rédaction¹⁷²⁹, donne en effet à penser qu'aux yeux de la Cour, il n'existait au fond pas de désignations réciproques. Ce curieux appel aux « lois de police », allemandes bien sûr, suggère que pour les hauts magistrats, la loi allemande aurait été, d'une manière ou d'une autre, finalement retenue par les tribunaux allemands¹⁷³⁰.

Aucun désaccord ne se produisit entre les plaideurs quant à la loi méritant de trancher le conflit de renvoi belgo-néerlandais que proposait l'affaire décidée par la même juridiction le 18 juin 1993¹⁷³¹. Le mouvement flamand des scouts catholiques avait été poursuivi en justice par la victime d'un acte commis au cours d'un camp de vacances aux Pays-Bas par un citoyen belge placé sous la surveillance du groupe. L'application de la loi néerlandaise du *locus delicti* – et ce alors même qu'un juge néerlandais aurait, en vertu de la « méthode indiciaire » que le *Hoge Raad* avait développée vingt ans auparavant, été conduit à la loi belge¹⁷³² – n'a pas suscité de contestation. Tournons-nous vers les décisions de fond.

¹⁷²⁷ *Supra*, n° 395.

¹⁷²⁸ Décisive parce que, d'après la jurisprudence allemande, déjà assez établie à l'époque de la décision, la « bilatéralisation » de la règle prévue à l'ordonnance du 7 décembre 1942 suppose le caractère fortuit du *locus delicti*, condition qui n'est pas réunie dès lors que l'une des parties réside dans le pays de survenance : v. *infra*, n° 400 et références jurisprudentielles en note.

¹⁷²⁹ Cf. M. Fallon, « L'incidence de l'autonomie », p. 162.

¹⁷³⁰ Le cas échéant par le jeu du renvoi tiré du droit belge : cf. l'allusion de M. Fallon (« L'incidence de l'autonomie », p. 163) à l'utilisation par la Cour de la *foreign court theory*. On ajoutera que rien dans la décision ne laisse apparaître qu'il avait été prouvé que la règle de conflit allemande retenait la nationalité belge commune.

¹⁷³¹ Cass., 18 juin 1993, *Rev. gén. ass. resp.*, 1994, n° 12.366, note M. Fallon ; v. aussi H. Van Houtte, « Kroniek van het internationaal privaatrecht (1989-1995) », *R.W.*, 1996-1997, p. 281.

¹⁷³² Hoge Raad, 23 juin 1972, *Ned. Jur.*, 1973, p. 36, cité par M. Fallon, *Rev. gén. ass. resp.*, 1994, n° 12.366.

B – Décisions des juridictions de fond

399. Trois décisions flamandes. Dans son jugement, soigneusement motivé, en date du 4 novembre 1976, le Tribunal civil d'Anvers eut à connaître des conséquences d'un accident de la circulation survenu en Allemagne¹⁷³³. L'un des passagers survivants avait agi contre le conducteur en réparation des dommages subis en se prévalant de la loi belge. Pour justifier la prépondérance qu'il accorda à cette dernière, le tribunal prit appui sur le renvoi que la loi allemande opérait au profit de la loi belge, et ce sous un double rapport : tout d'abord parce que, d'après le droit international privé allemand, le lieu du délit englobe aussi celui du préjudice, les conséquences dommageables s'étant en effet produites en Belgique ; ensuite, parce que la règle de conflit unilatérale inscrite dans l'ordonnance du Reich de 1942, déjà à maintes reprises évoquée, avait été entre-temps étendue par la jurisprudence allemande aux hypothèses de nationalité étrangère commune, belge en l'occurrence, si bien que – les juges anversois ont-ils avancé – une juridiction allemande aurait fini par retenir elle aussi la loi belge¹⁷³⁴. Le sinistre impliquait un seul véhicule qui était immatriculé, assuré et habituellement stationné en Belgique et ne transportait que des ressortissants belges qui possédaient au surplus leur résidence dans ce pays.

L'emploi du principe de proximité par la décision de la Cour de Gand du 4 octobre 1994 est plus explicite¹⁷³⁵. Lors de vacances passées en Angleterre avec son oncle et sa tante, la petite Sabrina s'était blessée à la mâchoire à la suite d'un accident survenu dans une piscine du fait de son cousin Tim. La Cour a approuvé les premiers juges d'avoir examiné au regard de la loi belge la demande en réparation formée par les parents de la victime à l'encontre de ceux du responsable. Le rattachement au *locus delicti*, ont-ils argumenté, « devrait être nuancé lorsque les conséquences du fait dommageable (en l'occurrence les dépenses nécessaires pour le traitement dentaire) se sont produites dans un État autre que l'État de survenance du délit et que le droit britannique renvoie au droit du for »¹⁷³⁶. Deux facteurs, signalés par la Cour, ont donc motivé en l'espèce la préférence donnée à la loi belge : d'une part, la règle de conflit anglaise la désignait ; d'autre part, la balance des indices pertinents est apparue

¹⁷³³ Burgerlijke Rechtbank te Antwerpen, *R.W.*, 1976-1977, p. 2089. Pour un compte rendu substantiel de la décision, v. W. Bauer, *Renvoi*, p. 175. Pour F. Rigaux, *Droit international privé*, II, Bruxelles, 1979, p. 498, l'acceptation du renvoi a constitué en l'affaire un « simple remède à une application trop systématique de la *lex loci delicti* ». En ce sens ég. B. Hanotiau, « The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking », p. 94 (cf. aussi, du même auteur, *Le droit international privé américain*, Bruxelles, 1979, p. 306, note 21).

¹⁷³⁴ W. Bauer, *Renvoi*, p. 177 fait grief à la Cour de ne pas avoir tenu compte de l'éventuelle acceptation du renvoi par le juge allemand. On est fondé à penser que dans la mesure où ils se sont laissés guider par la proximité pour résoudre le conflit de renvoi, les juges anversois ont senti que leurs homologues allemands, auraient pu eux aussi en faire de même et retenir le droit belge, en refusant le renvoi.

¹⁷³⁵ Gand, 4 oct. 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 435.

¹⁷³⁶ *R.W.*, 1995-1996, p. 436.

aux juges comme penchant en direction du milieu belge vers lequel pointaient à la fois le lieu de survenance des conséquences dommageables, le lieu de la résidence et la nationalité de la victime, et ce bien que les liens rattachant la relation litigieuse à l'Angleterre, par le domicile probable des responsables, ne fussent pas insignifiants.

La supériorité de l'attache globale avec l'État belge dans l'affaire tranchée par la Cour d'Anvers le 27 octobre 1999, est encore plus manifeste¹⁷³⁷. Le litige opposait deux filles belges domiciliées en Belgique. Lors d'un voyage à destination de l'Italie, pendant que le train traversait la Suisse, l'une d'elles était tombée du lit superposé, fracturant le bras de sa compagne de voyage. La Cour commence par déclarer applicable la *lex loci delicti*, c'est-à-dire, selon la conception belge, la loi du lieu de survenance de l'événement dommageable, la Suisse en l'affaire. Elle constate ensuite que la règle de conflit helvétique renvoie à la loi belge du domicile commun, dans la mesure où les conséquences du délit s'étaient matérialisées principalement en Belgique. Après l'avoir rejeté avec énergie sur le plan de la règle de conflit¹⁷³⁸, les magistrats anversois admettent le principe de proximité à titre subsidiaire pour résoudre le conflit de règles de conflit. Ils affirment ainsi que « la jurisprudence accepte le principe du renvoi en matière de délits mais au préalable, il y a lieu de vérifier que, par application de la théorie de la *rechtsfeer*, le droit belge est bel et bien désigné »¹⁷³⁹, c'est-à-dire qu'il faut, en substance, s'assurer que la relation s'inscrive de façon prédominante au sein de la société belge. La défenderesse avait au surplus expressément accepté de se soumettre à la loi belge, ce qui est aussi évoqué dans les motifs.

En Europe, c'est toutefois l'expérience allemande qui est la plus riche d'enseignements.

§ 3. Jurisprudence allemande

400. Évolution de la règle de conflit. Couvrant un laps de temps significatif, de 1957 à 2004, au cours duquel l'EGBGB a été modifié à deux reprises, la jurisprudence allemande a considérablement évolué, dans des conditions qui ne sont d'ailleurs pas toujours faciles à suivre. Avant d'examiner les décisions ayant statué sur les conflits de renvoi, il paraît opportun de rendre brièvement compte de l'élaboration progressive des règles de conflit de lois qui ont tour à tour concouru à les susciter.

¹⁷³⁷ Hot van Beroep te Antwerpen, 27 oct. 1999, *Rev. gén. dr. civ.*, 2002, p. 629, note H. Verlinden.

¹⁷³⁸ Cf. aussi H. Verlinden, *Rev. gén. dr. civ.*, 2002, p. 632 : « Het Anwerpse Hof heeft toch niet willen afwijken van het principe van de *lex loci delicti*-regel ».

¹⁷³⁹ H. Verlinden, *Rev. gén. dr. civ.*, 2002, p. 632, selon lequel « Het hof stelt dat 'de rechtspraak het principe van de herverwijzing inzake onrechtmatige daad aanvaardt, doch dat alsdan eerst dient te worden nagegaan in hoeverre het vreemd recht met toepassing van de theorie der rechtssfeer naar het Belgische recht verwijst' ».

Pendant longtemps, la détermination de la loi applicable à la responsabilité civile a été en Allemagne presque entièrement confiée à la jurisprudence et à la doctrine. L'une et l'autre s'accordaient pour déduire de l'article 12 de l'EGBGB entré en vigueur en 1900 l'applicabilité de principe de la loi locale (*Tatortregel*)¹⁷⁴⁰. En cas de dissociation entre action et résultat dommageable, les tribunaux allemands, à commencer par le *Reichsgericht*, étaient assez enclins à s'en remettre au choix à la victime¹⁷⁴¹. Une exception à la *lex loci delicti* en faveur de la loi allemande de la nationalité commune avait été apportée, on l'a vu, par l'ordonnance de 1942, mais à la condition – ainsi que la jurisprudence allait le préciser – que le lieu du délit soit fortuit¹⁷⁴². Cette exception fut, à partir des années soixante-dix, « bilatéralisée », c'est-à-dire admise à jouer dans les hypothèses de nationalité étrangère commune¹⁷⁴³. D'autres dérogations au *locus delicti* furent entérinées avec plus de parcimonie. La loi du lieu d'immatriculation des véhicules impliqués dans un sinistre automobile n'a notamment pas été jugée susceptible en tant que telle d'évincer la loi du délit¹⁷⁴⁴. Quant à la loi de la résidence habituelle commune de la victime et du responsable, si les juridictions du fond ont parfois jugé qu'elle pouvait prendre le pas sur la loi locale¹⁷⁴⁵, le *Bundesgerichtshof* a pendant longtemps refusé de s'y plier, « en tout cas » lorsque la loi du lieu du délit était aussi celle de la nationalité de l'un des intéressés¹⁷⁴⁶. Un premier assouplissement s'opéra par la grâce d'un grand arrêt des années quatre-vingt de la Cour suprême fédérale, d'après lequel la loi de la résidence commune l'emporte lorsque le lieu du délit et la nationalité, y compris commune, de l'auteur et de la victime désignent deux États différents et qu'il existe entre l'auteur et la victime une attache de type familiale¹⁷⁴⁷. La grande réforme de l'EGBGB de 1986 n'a modifié en ce domaine que la numérotation de la disposition pertinente, l'ancien article 12 étant devenu l'article 38. La loi du lieu de la résidence commune a été, au début des années quatre-

¹⁷⁴⁰ BGH, 23 avr. 1964, *NJW*, 1964, p. 2012 ; BGH, 6 nov. 1973, *NJW*, 1974, p. 410 ; BGH, 17 mars 1981, *NJW*, 1981, p. 1606 (en ce sens déjà la jurisprudence du *Reichsgericht* : RGZ, 96, 96, et 140, 25). Dans la doctrine, v. M. Wolff, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 2. Aufl., p. 139 ; Palandt / A. Heldrich, *BGB*, 20. Aufl., Art. 12 EGBGB, Anm. 2 ; G. Kegel, *IPR*, 1960, p. 216 ; L. Raape, *IPR*, 5. Aufl., p. 571 ; W. Bauer, *Der Renvoi*, p. 140.

¹⁷⁴¹ RG, 16 mai 1925, *Recht*, 1925, n° 1274. V. ég. OLG Freiburg, 26 oct. 1950, *JZ*, 1951, p. 223, *IPRspr.*, 1950-1951, n° 23 et OLG Hamburg, 6 mai 1955, *MDR*, 1955, p. 615.

¹⁷⁴² *Supra*, n° 395 et 398 et note 75.

¹⁷⁴³ V. arrêts cités *infra*, note 1745.

¹⁷⁴⁴ BGH, 5 oct. 1976, *NJW*, 1977, p. 496, *IPRspr.*, 1976, n° 17.

¹⁷⁴⁵ AG Ulm, 19 sept. 1974, *IPRspr.*, 1974, n° 22 ; LG Frankfurt, 23 avr. 1975, *IPRspr.*, 1975, n° 20 ; LG Köln, 23 mars 1977, *IPRspr.*, 1977, n° 26 ; LG Berlin, 31 janv. 1979, *IPRspr.*, 1979, n° 21 ; KG, 5 mai 1980, *IPRspr.*, 1980, n° 37 ; OLG Köln, 4 févr. 1980, *IPRspr.*, 1980, n° 33.

¹⁷⁴⁶ Ainsi BGH, 5 oct. 1976.

¹⁷⁴⁷ BGH, 13 mars 1984, *BGHZ* 90, 294, *NJW*, 1984, p. 2032, *RIW*, 1984, p. 563, *IPRspr.*, 1984, n° 29, *IPRax*, 1985, p. 104, note W. Lorenz, *JZ*, 1984, p. 669, note Ch. Von Bar, *VersR.*, 1984, p. 542, *JR*, 1985, p. 21, note G. Hohloch, *DAR*, 1984, p. 287 ; v. ég. le compte rendu de G. Hohloch, *JuS*, 1984, p. 974 et l'article de G. Weick, « Das Tatortprinzip und seine Einschränkung bei internationalen Verkehrsunfällen », *NJW*, 1984, p. 1993.

vingt-dix, admise par le *Bundesgerichtshof* à écarter la *lex loci delicti*, y compris lorsque cette dernière se recoupe avec la loi de la nationalité commune, dans la mesure à tout le moins où ce lieu de la résidence commune coïncide également avec celui de l'immatriculation et du siège de l'assureur des véhicules concernés¹⁷⁴⁸. C'est ce qui a annoncé l'innovation peut-être la plus marquante apportée par la réforme entrée en vigueur le 1^{er} juin 1999¹⁷⁴⁹ consistant à remplacer le rattachement spécial de la nationalité commune, jugé désuet, par celui de la résidence commune, en raison aussi de la faveur grandissante qu'il rencontrait à l'étranger¹⁷⁵⁰.

Prenant ses distances du projet élaboré par le *Deutsches Rat* en 1983 et du *Referententwurf* de 1984 qui appelaient de leur vœux le refus du renvoi dans cette branche, la réforme de 1999 n'a pas édicté de règles spécifiques à propos du conflit négatif de règles de conflit suscité par des relations de nature délictuelle¹⁷⁵¹. De là l'opinion, fort répandue, même chez ceux qui s'y opposent *de lege ferenda*¹⁷⁵², d'après laquelle l'article 4 *EGBGB*, qui a pris sur le renvoi la position originale que l'on sait¹⁷⁵³, étend son empire au terrain de la responsabilité civile.

La quasi-totalité des décisions qui nous intéressent datent en tout cas de l'époque antérieure à la réforme de 1999 et beaucoup d'entre elles sont intervenues avant celle de 1986. Pendant tout ce temps, la doctrine s'est divisée entre partisans et adversaires du renvoi, traditionnellement entendu¹⁷⁵⁴.

¹⁷⁴⁸ BGH, 7 juill. 1992, *NJW*, 1992, p. 3091, *VersR.*, 1992, p. 1237, *MDR*, 1992, p. 1031, *JZ*, 1993, p. 417 et la note de D. Zimmer, *ibidem*, p. 396 ; v. ég. les commentaires de H. Dörner, *JR*, 1994, p. 6 et G. Hohloch, *JuS*, 1993, p. 342.

¹⁷⁴⁹ Pour un aperçu historique de cette réforme, v. parmi d'autres, Ch. Auer, *Deutsches internationales Deliktsrecht*, p. 67 ; G. Kegel / K. Schurig, *IPR*, p. 207 ; et B. Von Hoffman, « Internationales Haftungsrecht im Referententwurf des Bundesjustizministeriums vom 1.12.1993 », *IPRax*, 1996, p. 1.

¹⁷⁵⁰ Art. 40 al. 2 *EGBGB* ; v. H.-J. Sonnenberger, « Der Persönlichkeitsrechtsschutz nach den Art. 40 bis 42 *EGBGB* », *Festschrift D. Henrich*, München, 2000, p. 575 ; MünchK / A. Junker, Art. 40, n° 52. On rappellera aussi que tout en adhérant au lieu de l'acte comme rattachement général, la réforme a confirmé le « droit d'option » (*Bestimmungsrecht*) de la victime en cas de dissociation entre lieu du fait générateur et lieu du dommage (Art. 40 al. 1 *EGBGB* ; v. sur cette disposition, R. Freitag / S. Leible, « Das Bestimmungsrecht des Art. 40 Abs. 1 *EGBGB* » p. 101 ; MünchK / A. Junker, Art. 40, n° 29) et qu'elle a introduit une clause spéciale d'exception (Art. 41 *EGBGB*).

¹⁷⁵¹ Pour l'exposé des motifs, v. BT-Drucksache 14/343, p. 8 ; J. von Hein, « Rück- und Weiterverweisung », p. 254 ; R. Sieghörtner, *Internationales Strassenverkehrsrecht*, p. 471.

¹⁷⁵² Pour des références, v. *supra*, note 1697.

¹⁷⁵³ *Supra*, n° 183.

¹⁷⁵⁴ Selon C. Wienberg, *Die Produkthaftung im deutschen und US-amerikanischen Kollisionsrecht*, p. 127, « Befürworter und Gegner... halten sich im deutschen Schrifttum in etwa die Waage ». En revanche, pour H.-P. Mansel, note sous OLG München, 10 déc. 1982, *VersR.*, 1984, p. 745 l'acceptation de principe du renvoi « entspricht auch der mittlerweile wohl herrschenden Meinung ». Quelques années auparavant, K.-P. Nanz, « Zur Bestimmung des Deliktsstatuts im englischen, französischen und italienischen internationalen Privatrecht », *VersR.*, 1981, p. 217 avait dressé un bilan opposé : « Die Mehrheit des deutschen Schrifttums lehnt die Rückverweisung im internationalen Deliktsrecht ab ». Pour une tentative de reconstituer la composition des deux camps, v. *supra*, notes 1696 et 1699.

401. Plan. La plupart des décisions dépouillées concerne des situations de renvoi classique. Le *Bundesgerichtshof* n'ayant jamais dû statuer sur la question – qu'il qualifia de « controversée » – de savoir si, ainsi qu'il s'en exprima classiquement, « la *Tatortregel* énonce une *Sachnormverweisung* ou une *Gesamtverweisung* »¹⁷⁵⁵, la majorité des arrêts du fond a bel et bien résolu le conflit de renvoi en faveur de la loi allemande, et ce tout aussi bien lorsque la loi étrangère était désignée par la règle de conflit générale adoptant la *lex loci* que lorsqu'elle l'était par la règle de conflit spéciale retenant la *lex personalis communis* (A). Fait exception un jugement intervenu dans l'une des trois affaires où le conflit de renvoi était tiré de la loi personnelle commune. À celui-ci s'ajoutent deux autres décisions où la volonté de la victime concourait à désigner la loi étrangère, quoique l'existence d'un véritable conflit de règles de conflit fût, de l'avis des tribunaux dont elles émanent, assez douteuse (B).

A – Décisions ayant appliqué la loi étrangère

402. Deux cas de pollution transfrontière. Deux décisions de l'OLG Saarbrücken, respectivement du 22 octobre 1957¹⁷⁵⁶ et du 5 mars 1963¹⁷⁵⁷, ont ouvert en Allemagne le débat jurisprudentiel sur l'admission du renvoi en matière d'actes illicites. Elles ont l'une et l'autre retenu la loi française du lieu du fait dommageable et de l'établissement de l'auteur du délit en tant que plus favorable à la personne lésée, refusant l'éventuel renvoi que la loi française pouvait opérer au profit de la loi allemande du lieu de réalisation du préjudice, de la nationalité et du domicile de la victime.

Il s'agissait, dans le premier cas, de dommages occasionnés au propriétaire d'un restaurant et de plusieurs maisons de vacances situés du côté allemand de la Sarre par les émissions résultant de l'exploitation de la part d'une entreprise publique française d'une centrale d'énergie installée sur la rive hexagonale de la rivière. En cas de dissociation entre le lieu de survenance du fait générateur et le lieu de matérialisation du dommage, la réparation peut, expliquent les juges, être fondée sur l'une ou l'autre des lois ainsi désignées, de sorte que « la victime est autorisée à choisir celle qui lui est plus favorable »¹⁷⁵⁸. Le renvoi – poursuit le jugement – doit être exclu parce que « l'admettre re-

¹⁷⁵⁵ BGH, 13 mars 1984. Le BGH avait pu paraître favorable à admettre le jeu du renvoi dans sa décision du 9 nov. 1965, *VersR.*, 1966, p. 283. Après avoir rapporté que le juge d'appel « hält nach deutschem internationalem Privatrecht und mangels einer Rückverweisung des fremden Kollisionsrechts das Recht des italienischen Begehungsorts für massgebend » (nous soulignons), il énonce que « vom dieser rechtlich bedenkenfreien Beurteilung geht auch die Revision aus ». Il ne s'agit toutefois que d'un *obiter dictum* car aucun conflit de renvoi n'était en l'espèce avéré.

¹⁷⁵⁶ OLG Saarbrücken, 22 oct. 1957, *NJW*, 1958, p. 752, et la note de K. Boisserée, *NJW*, 1958, p. 1239, *IPRspr.*, 1956-1957, n° 42, *RIW*, 1958, p. 158.

¹⁷⁵⁷ OLG Saarbrücken, 5 mars 1963, *IPRspr.*, 1962/1963, n° 38, rendu sur appel de LG Saarbrücken, 4 juill. 1961, *JbI Saar*, 1963, p. 80.

¹⁷⁵⁸ « Der Verletzte ist daher berechtigt, das ihm günstigere Recht zu wählen » ; « Der Kl. kann daher das ihm günstigere Recht wählen » (*NJW*, 1958, p. 753).

viendrait à écarter le principe de faveur pour la victime, développé par la jurisprudence » ; et en tout état de cause, à supposer même qu'on devait l'accepter, cela n'affecterait en définitive pas la solution pour le cas d'espèce « car la jurisprudence et la doctrine française penchent elles aussi au profit du lieu de l'action »¹⁷⁵⁹. La deuxième affaire concernait la contamination des eaux de la Rossel provoquée par les déchets déversés par une usine française qui exploitait les mines situées à proximité, ce qui empêchait le titulaire d'une scierie, ressortissant allemand domicilié en Allemagne, d'utiliser l'eau de la rivière. La Cour régionale sarroise reprend – jusque dans les formules qu'elle emploie – les motifs de sa décision antérieure.

Les facteurs de localisation étaient, dans les deux espèces, distribués équitablement entre l'Allemagne et la France, chacun de ces pays pouvant compter à la fois sur la résidence et la nationalité, ou le siège, d'un des intéressés et la situation d'un des éléments constitutifs de l'acte illicite. On peut penser que, dans un tel cas, le principe de proximité soit tenu en échec. Dans pareille situation d'équilibre, l'autonomie de la volonté de la victime remplit, on l'a déjà relevé, la condition nécessaire pour être promue au rang de principe de solution du conflit de renvoi : il s'agit d'un critère « bilatéralisable », c'est-à-dire qui permet, s'il est adopté par l'autre État « co-intéressé », la France en l'occurrence, de surmonter le désaccord entre les règles de conflit et les rattachements qu'elles retiennent.

403. Un autre cas franco-allemand. En revanche, dans l'affaire tranchée par le Tribunal supérieur de Karlsruhe le 7 décembre 1978, à la fois l'existence d'un conflit franco-allemand de renvoi et le rôle qu'a joué la proximité dans sa résolution apparaissent assez clairement¹⁷⁶⁰. Le contentieux avait pour objet la demande en réparation des dommages résultant d'un accident de la circulation survenu en Allemagne. Les juges badois ont d'abord constaté que la règle de conflit allemande désignait la loi française de la nationalité commune, qui était au surplus celle de la résidence commune¹⁷⁶¹ ; puis ils ont refusé d'admettre le renvoi tiré de la règle de conflit française (à l'époque des faits non encore assouplie par l'adhésion de la France à la Convention de La Haye de 1971) au profit de la loi allemande du *locus delicti*¹⁷⁶². La décision a été motivée par l'observation que, hormis le lieu de survenance du fait dommageable, « la totalité des autres éléments de contact pointent vers la France : les deux personnes

¹⁷⁵⁹ Les juges citent l'arrêt *Lautour* – Cass. (civ.), 25 mai 1948, *D.* 1948, p. 357 – et, dans la doctrine française, les opinions de P. Lerebours Pigeonnière (*Précis de droit international privé*, 6^e éd., p. 266), É. Martin (*Principes*, t. II, § 338), P. Arminjon (*Précis de Droit international privé*, 2^e éd., Paris, 1952, t. II, p. 340) de même que l'avis contraire de H. Batiffol (*Traité*, 2^e éd., p. 607).

¹⁷⁶⁰ OLG Karlsruhe, 7 déc. 1978, *IPRspr.*, 1978, n° 29 ; sur cette affaire, v. W. Bauer, *Renvoi*, p. 162.

¹⁷⁶¹ Est cité à l'appui BGH, 5 oct. 1976, *NJW*, 1977, p. 496.

¹⁷⁶² Le tribunal se fonde de nouveau sur l'arrêt *Lautour* (*supra*, notes 1705 et 1759) ainsi que sur l'arrêt *Kieger*, Cass. (1^e civ.), 30 mai 1967, *D.* 1967.629, *Rev. crit.*, 1967, p. 728, note P. Bourel.

concernées étaient des ressortissants français, elles avaient toutes deux en France leur résidence habituelle et le véhicule était immatriculé en France »¹⁷⁶³.

B – Décisions ayant appliqué la loi allemande

404. Sept décisions. Les affaires tranchées par application de la loi allemande du for sont plus nombreuses. Dans cinq d'entre elles, le renvoi opposait la loi étrangère du lieu de survenance du fait dommageable, d'une part, et, d'autre part, la loi allemande du lieu d'immatriculation du véhicule ou des véhicules concerné(s) ou encore, selon les cas, de la résidence commune du responsable et de la victime. Les deux autres affaires mettent en cause respectivement les délits de diffamation et de pollution environnementale, le renvoi étant en substance tiré de la loi étrangère de la nationalité commune au profit de la loi allemande du domicile commun, pour la première affaire, et du lieu du délit, pour la seconde.

405. Une panoplie de sinistres automobiles. Dans l'affaire tranchée par LG Schweinfurt du 25 octobre 1979¹⁷⁶⁴ était en cause un sinistre, survenu en Yougoslavie, impliquant deux véhicules immatriculés en Allemagne. Le responsable, ressortissant yougoslave, avait son « domicile stable » en Allemagne et le lésé, citoyen allemand, résidant lui aussi en Allemagne¹⁷⁶⁵. Le tribunal considérera d'abord que la règle de conflit allemande désignait en l'espèce la *lex loci delicti* yougoslave : au vu de la nationalité yougoslave d'une des parties concernées, toute flexibilisation de la *Tatortregel* demeurerait en effet exclue. Il constata ensuite que la règle de conflit yougoslave, tirée notamment de l'article 4 lit. b de la Convention de La Haye de 1971, renvoyait à la loi allemande au titre de loi du lieu d'immatriculation des véhicules et, constatant le conflit allémano-yougoslave de renvoi, il se résolut à le trancher au profit de la loi allemande.

¹⁷⁶³ *IPRspr.*, 1978, p. 45. Voici ce qu'on lit également dans les motifs, qui comptent parmi les moins laconiques (en ce sens W. Bauer, *Renvoi*, p. 162) : la référence à la loi étrangère doit plutôt s'entendre en la matière comme *Sachnormverweisung* ; il est difficile, dans le domaine passablement instable du droit international privé des actes illicites, de connaître avec précision la règle de conflit étrangère ; l'harmonie des solutions, à laquelle est asservie la prise en compte du renvoi, y est moins importante qu'en droit de la famille, si bien que point n'est besoin de sacrifier, pour la rechercher, la règle de conflit que l'on estime appropriée. Ces arguments se situent aux antipodes de ceux qu'avancera LG München du 3 août 1982 pour justifier l'application du droit allemand (v. *infra*, n° 405).

¹⁷⁶⁴ LG Schweinfurt, 25 oct. 1979, *MDR*, 1981, p. 583, *IPRax*, 1981, p. 26, *IPRspr.*, 1979, n° 23, et les observations d'E. Jayme, « Zur Rückverweisung durch staatsvertragliche Kollisionsnormen », *IPRax*, 1981, p. 17. Appelé à se prononcer sur une situation dont la répartition géographique des circonstances pertinentes était tout à fait analogue, OLG Hamm, 18 avr. 1978, *IPRspr.*, 1978, n° 22, parfois cité comme ayant été favorable au renvoi, avait en réalité retenu le droit yougoslave : la Convention de La Haye n'étant pas encore en vigueur en Yougoslavie, l'affaire ne suscitait pas de conflit négatif de règles de conflit.

¹⁷⁶⁵ Ce dernier élément ne résulte pas du texte de la décision mais du commentaire d'E. Jayme (« Zur Rückverweisung durch staatsvertragliche Kollisionsnormen », p. 17), auteur de la consultation à laquelle les juges se sont expressément ralliés. Cf. E. Jayme, « Rückverweisung durch im Ausland geltende Staatsverträge », *Festschrift G. Beitzke*, 1979, p. 548.

L'espèce décidée par le LG Nürnberg-Fürth le 31 janvier 1980 est analogue¹⁷⁶⁶. Le juge pencha là encore au profit de la loi allemande, non pas – précise le tribunal – en vertu d'une exception à la *lex loci delicti*, à cela faisant ici de nouveau obstacle la nationalité yougoslave de l'auteur du dommage, mais bien par le truchement du renvoi tiré de la règle de conflit yougoslave. Dans une affaire comme dans l'autre, le lien que la situation entretenait avec la Yougoslavie n'était certes pas fortuit mais la balance de la proximité penchait nettement du côté de la loi allemande : outre l'immatriculation des deux véhicules, seule exigée par la règle de conflit étrangère, l'accident se rattachait au milieu allemand par la nationalité de la victime, la résidence commune de celle-ci et du responsable ainsi que par le siège de l'assureur.

Il en allait de même dans l'affaire allémano-portugaise tranchée par LG Munich du 3 août 1982¹⁷⁶⁷. Le litige mettait aux prises, d'une part, la victime – ressortissant allemand résidant en Allemagne – d'un accident de la route survenu au Portugal, et, d'autre part, le conducteur du véhicule, ressortissant espagnol habitant l'Allemagne depuis plusieurs années, ainsi que l'assureur de celui-ci, qui y était lui aussi établi. Le lésé invoquait le *Schmerzensgeld* accordé par la loi allemande ; l'assureur se réclamait quant à lui de la loi portugaise qui ignore un tel poste de dommages. Le tribunal s'orienta spontanément vers la loi allemande. Si l'on estime devoir s'en tenir à la *Tatortregel* – fait-il observer –, celle-ci n'en conduirait pas moins à la loi allemande par renvoi tiré de la règle de conflit portugaise, laquelle retient, à défaut d'une nationalité commune, la résidence de l'auteur et de la victime ; il est vrai qu'une telle règle de conflit étrangère exige au surplus que la présence des intéressés sur le lieu du délit soit accidentelle, mais tel était, pour le tribunal, le cas en l'espèce¹⁷⁶⁸. La *Tatortregel* requiert – poursuit-il – la prise en compte du renvoi car « si l'on négligeait la *Gesamtverweisung*, l'on parviendrait à cette solution contradictoire consistant à ce que le juge du lieu du délit retient la loi allemande tandis que, pour sa part, le juge allemand retient la loi [portugaise] du lieu du délit : il n'y aurait donc pas d'harmonie »¹⁷⁶⁹.

¹⁷⁶⁶ LG Nürnberg-Fürth, 31 janv. 1980, *IPRspr.*, 1980, n° 32, *VersR.*, 1980, p. 855, note H. Dörner. L'application de la loi allemande avait été recommandée par A. Heldrich, auteur de la consultation versée aux débats, dont l'arrêt nous rapporte qu'elle a « mit überzeugenden Argumenten die Beachtlichkeit der Rückverweisung dargelegt ».

¹⁷⁶⁷ LG München, 3 août 1982, *IPRspr.*, 1982, n° 29, *VersR.*, 1983, p. 645, *IPRax*, 1983, p. 244.

¹⁷⁶⁸ Art. 45 al. 3 du Code civil portugais de 1966. Le *Landgericht* se fonde sur la décision du *Supremo Tribunal de Justiça* du 8 nov. 1979, *Boletim do Ministério da Justiça*, n° 291, p. 456, laquelle avait conclu à la nature accidentelle du rattachement s'agissant d'un ressortissant allemand membre d'un groupe de danse espagnol qui se trouvait de façon temporaire au Portugal pour des raisons professionnelles.

¹⁷⁶⁹ *IPRspr.*, 1982, p. 71. Ces arguments – comme nous l'avons annoncé – sont contraires à ceux qu'avait avancés OLG Karlsruhe du 7 décembre 1978 (*supra*, notes 1713 et 1760). En appel, OLG Munich du 10 décembre 1982 (*IPRspr.*, 1983, n° 29, *VersR.*, 1984, p. 745, note H.-P. Mansel) a confirmé le défaut en l'espèce des conditions auxquelles sont soumis la mise à l'écart de la *Tatortregel* et l'accueil du renvoi en matière délictuelle ; il a cependant constaté que le conflit de règles de conflit n'existait pas puisque le responsable s'était rendu au Portugal, dont son épouse

Une autre affaire munichoise sollicita l'intervention de la Cour suprême fédérale. Un couple de Yougoslaves vivait en concubinage en Allemagne depuis plusieurs années ; l'enfant mineur de la femme habitait avec eux. Lors d'un voyage à destination de leur pays d'origine, ils furent impliqués dans un accident survenu en Autriche dont devait être reconnu seul responsable l'homme, conducteur et détenteur du véhicule. C'est ce dernier que l'enfant, devenu majeur, avait poursuivi en réparation. Le Tribunal supérieur de Bavière fut « envoyé » vers le droit autrichien du *locus delicti* pour découvrir que celui-ci, par le biais de la Convention de La Haye de 1971 en vigueur en Autriche, renvoyait, du fait de l'implication d'un seul véhicule, à la loi allemande du lieu d'immatriculation et de la résidence de la victime. Les magistrats munichois n'ont pas hésité à suivre un tel renvoi. Saisie d'un recours en révision, la Cour suprême allemande, dans son grand arrêt du 13 mars 1984¹⁷⁷⁰, n'a en revanche pas cru devoir répondre à la question, qu'elle qualifia, on l'a vu¹⁷⁷¹, de « controversée », de savoir si « la *Tatortregel* énonce une *Sachnormverweisung* ou une *Gesamtverweisung* », mais elle tint la loi allemande pour applicable au titre de loi de la résidence commune de l'auteur et de la victime et ce, d'une part, en vertu de l'« environnement juridique commun » auquel ils étaient intégrés (*gemeinsame Rechtsumwelt*), d'autre part, au motif que le *locus delicti* n'était qu'accidentel et, enfin, parce que les parties possédaient la nationalité d'un État – la Yougoslavie – étranger au conflit du renvoi, qui était allémano-autrichien.

Dernière décision composant cette séquence, OLG Francfort du 24 juin 1999¹⁷⁷² eut à connaître d'un autre conflit allémano-yougoslave de règles de conflit, suscité par un sinistre survenu en Yougoslavie impliquant deux véhicules enregistrés en Allemagne. Victime et demandeur à la cause, le conducteur – et semble-t-il détenteur – de l'un d'eux était un ressortissant grec résidant en Allemagne. Le conducteur de l'autre véhicule, lui aussi établi en Allemagne, était Yougoslave et le détenteur résidait en Allemagne¹⁷⁷³. Le tribunal exclut d'abord avec fermeté que le rattachement général au *locus delicti*, consacré à l'article 38 EGBGB, puisse en l'occurrence être écarté. En effet, la Yougoslavie n'est pas seulement – observent les juges – le lieu du délit, mais également le pays de la nationalité et du « centre de vie » du conducteur responsable. La loi allemande n'en est pas moins, pour les juges francfortois, applicable par l'entremise du renvoi tiré de la règle de conflit yougoslave en tant que *lex stabuli*. L'article 4 EGBGB – s'en expliquent-ils – constitue bien la règle et l'existence de raisons particulières pour y échapper n'a en l'affaire pas été dé-

était ressortissante, afin de rendre visite à la famille de celle-ci, de sorte que sa présence au Portugal ne pouvait être qualifiée d'« accidentelle » au sens de l'art. 45 al. 3 du Code civil portugais.

¹⁷⁷⁰ BGH, 13 mars 1984 (v. *supra*, note 110).

¹⁷⁷¹ *Supra*, n° 401.

¹⁷⁷² OLG Frankfurt, 24 juin 1999, *NJW*, 2000, p. 1202, note M. Timme, *NJW*, 2000, p. 3248.

¹⁷⁷³ Sa nationalité n'est pas mentionnée.

montrée ; le jeu du renvoi ne contrevient du reste pas au « sens » de la référence allemande à la *lex loci delicti*. Il semble bien que, si le pays étranger du lieu de l'accident pouvait en l'espèce se réclamer d'un lien significatif, le titre dont s'autorisait la loi allemande était plus convaincant encore, l'Allemagne étant non seulement le pays d'immatriculation des deux véhicules – seule exigée par la règle de conflit yougoslave – mais également le pays de la résidence de leurs détenteurs et du siège de l'assureur du véhicule responsable¹⁷⁷⁴.

406. Conflits de renvoi tirés de la loi personnelle commune étrangère. La dérogation à la *Tatortsregel* qu'avait prescrite le BGH dans sa décision du 13 mars 1984 au profit de la loi étrangère de l'« environnement juridique commun » n'empêcha pas le LG Heidelberg, dans le jugement qu'il prononça le 4 décembre 1990, de faire jouer le renvoi au profit de la loi allemande¹⁷⁷⁵. Le litige opposait deux ressortissants américains, dont l'un était professeur à l'école américaine de Heidelberg et l'autre officier de l'armée américaine stationné depuis deux ans en Allemagne ; ce dernier, dont la fille intégrait l'école américaine, avait tenu des propos prétendument diffamatoires à l'endroit de l'enseignant qui agissait en réparation. Le juge observa d'abord que le droit international privé allemand s'en référait en la circonstance à la loi américaine : si la nationalité commune ne suffisait pas à écarter la *Tatortsregel*, la nature de l'emploi des deux parties auprès d'institutions états-uniennes était propre à créer une *gemeinsame Rechtsumwelt*. Le droit international privé des États fédérés concernés – Maine et Texas, où se trouvait le dernier domicile aux États-Unis des intéressés¹⁷⁷⁶ – renvoyait cependant en retour à la loi allemande. Ainsi que le relève le tribunal, l'Allemagne était non seulement le pays du *locus delicti* mais aussi celui où les deux plaideurs se trouvaient « non pas de façon provisoire, puisqu'ils y vi[vaient] depuis un certain temps en y exerçant une activité professionnelle ». C'est donc sans surprise que ce conflit de renvoi allémano-américain fut tranché au profit de la loi allemande.

Dans la singulière affaire décidée par le Tribunal supérieur de Karlsruhe le 17 juin 2004¹⁷⁷⁷, la République d'Allemagne avait été autorisée par l'État français à poursuivre en justice un défendeur français résidant en France, auquel la demanderesse faisait grief d'avoir contaminé un terrain situé en Allemagne, dont l'État allemand, qui en était le propriétaire, avait confié l'exploitation exclusive aux Forces militaires françaises. En faisant jouer le renvoi tiré du droit

¹⁷⁷⁴ Ce que le juge ne manque pas de relever : « mehr als die 'Zulassung' in demselben Staat wird in Art. 4 b nicht verlangt » (*NJW*, 2000, p. 1202).

¹⁷⁷⁵ LG Heidelberg, 4 déc. 1990, *IPRspr.*, 1991, n° 52, *IPRax*, 1992, p. 96 et la note approbative d'O. Furtak, « Deliktsstatut und Rückverweisung bei Persönlichkeitsverletzungen unter US-Truppenangehörigen und US-Zivilangestellten in Deutschland », *IPRax*, 1992, p. 78.

¹⁷⁷⁶ S'il signale qu'il n'est pas certain que « die Anwendung des Rechts von Maine, Texas oder des District of Columbia zu einer Rückverweisung führt », le rattachement pertinent du côté états-unien pouvant être la « most significant relationship », O. Furtak, « Deliktsstatut und Rückverweisung », p. 81 s'est déclaré favorable à partager la conclusion du tribunal.

¹⁷⁷⁷ OLG Karlsruhe, 17 juin 2004, *VersR.*, 2004, p. 1551, note M. Dumbs, *IPRspr.*, 2004, n° 33.

français de la nationalité et de la résidence commune, les juges badois ont statué conformément à la loi allemande – et tenu le délai de prescription de trois ans qu'elle fixait pour non encore acquis – du fait qu'elle était en l'espèce celle du lieu de l'événement dommageable, « rattachement que le droit international privé français n'écarter pas même en cas de nationalité française commune de l'auteur et du lésé »¹⁷⁷⁸. La relation litigieuse – comme le tribunal l'a constaté – présentait, dans l'ensemble, une plus « grande proximité » (*grössere Sachnähe*) avec l'Allemagne qu'avec la France¹⁷⁷⁹.

Sous-section 2 : Jurisprudence américaine

407. « Modern renvoi ». On connaît la place décisive qu'occupent les *torts* au sein à la fois de la pratique et de la doctrine du droit international privé des États-Unis ; on connaît aussi le rôle qu'ils n'ont cessé de jouer depuis plus d'un demi-siècle comme laboratoire pour le développement puis la mise à l'épreuve des nouvelles solutions se dégageant de ce qu'il est convenu d'appeler la « révolution américaine des conflits de lois »¹⁷⁸⁰. Il n'est pas question ici de discuter une fois de plus des mérites de ces apports. Il importe en revanche de souligner que les partisans contemporains de l'« analyse des intérêts » assignent au renvoi une mission qu'ils qualifient d'« essentielle », notamment en matière de délits, sous l'avatar de ce qu'ils s'accordent à désigner comme « *modern renvoi* »¹⁷⁸¹, lequel résulterait, pour eux, de l'« américanisation du renvoi »¹⁷⁸². L'idée s'est progressivement fait jour, et elle est assez bien établie aujourd'hui chez ces auteurs, suivant laquelle les règles de conflit, quelle que soit leur structure, traduisent l'« intérêt » des États qui les édictent¹⁷⁸³. L'« analyse des

¹⁷⁷⁸ *IPRspr.*, 2004, p. 78. L'arrêt cite le *Code civil*, Dalloz, 100^e éd., 2001, Art. 3, n° 68 et M. Ferid / H.-J. Sonnenberger, *Das französische Zivilrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., München, 1994, p. 196. Les juges s'en rapportent au droit en vigueur avant la réforme de 1999 en décidant que, même si l'on considère que le régime antérieur est applicable du fait du conflit de règles de conflit dans le temps, la loi allemande n'en serait pas moins désignée, tout comme elle le serait directement par application des nouveaux articles 40 *EGBGB* et suivants, en vertu notamment du *Tatortsprinzip*.

¹⁷⁷⁹ *IPRspr.*, 2004, p. 77. Cf. aussi M. Dumbs, *VersR.*, 2004, p. 1553, quoique pour asseoir la compétence des autorités allemandes.

¹⁷⁸⁰ Cf. le titre du cours professé à La Haye par S. Symeonides, « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts », p. 13-442.

¹⁷⁸¹ La paternité de cette expression revient semble-t-il à J.D. Egnal, « The 'Essential' Role of Modern Renvoi in the Governmental Interest Analysis Approach to Choice of Law », 54 *Temp. L. Q.* 237 (1981).

¹⁷⁸² D.E. Seidelson, « The Americanization of Renvoi », 7 *Duq. L. Rev.* 201 (1968-1969).

¹⁷⁸³ Déjà P.A. Freund, « Chief Justice Stone and the Conflict of Laws », 59 *Harv. L. Rev.* 1210 (1946) avait découvert que « a... means of harmonising by looking more closely at the competing laws may be found by examining not merely the policy but the conflict-of-laws delimitation of each law » ; ainsi ég. A.T. Mehren, « The Renvoi and its Relation to Various Approaches to the Choice-of-Law Problem », *Essays H.E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 389 : « under such a system, the *renvoi*, if by that is meant a consideration of the choice-of-law rules held by other concerned jurisdictions, would constitute an essential ingredient in the handling of conflicts problems ». Le lien de dépen-

intérêts » contemporaine ou, en tout cas, les doctrines qui s'en réclament, préconisent ainsi la prise en compte par un État des règles de conflit des autres États également « co-intéressés ». C'est à cette prise en compte que l'on donne désormais l'appellation de *renvoi*. Ainsi utilisé, ce terme a dès lors perdu l'essentiel de la signification sémantique et historique qui a été la sienne. On encourage l'utilisation du *modern renvoi* pour découvrir, par exemple, que l'État vers lequel oriente la règle de conflit de l'État du for accepte la compétence de sa loi ou lorsque la prise en compte des règles de conflit des États à quelque titre impliqués révèle des « *true conflicts* »¹⁷⁸⁴.

Cette interprétation aussi large et à la vérité dénaturante de l'essence du renvoi dépasse les limites que s'est fixées notre étude. Il ne s'agit donc pas de passer ici en revue les affaires où les tribunaux américains se seraient laissés guider, lors de la recherche des « intérêts », par les règles de conflit des États en présence. On se bornera, plus modestement, à rapporter celles où le problème du renvoi s'est spécifiquement posé dans ses termes traditionnels, c'est-à-dire où la règle de conflit, à la teneur suffisamment établie, de l'État du for désignait la loi d'un État étranger dont la règle de conflit, elle aussi au contenu raisonnablement vérifiable, désignait en retour la loi du for.

Or sept cours américaines – deux fédérales¹⁷⁸⁵ et cinq étatiques – ont été bel et bien confrontées à un tel cas de figure. Dans trois affaires, il s'agissait

dance entre l'« analyse des intérêts » et la prise en compte des règles de conflit étrangères forme l'objet des contributions de D.E. Seidelson, « The Americanization of Renvoi », p. 208, J.D. Egnal, « The 'Essential' Role of Modern Renvoi », p. 247 (« the consideration of the other state's interest not only can, but should, include scrutiny of its relevant choice of law decisions ») et R.S. Barish, « Comment : Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-Law », 30 *Am. U. L. Rev.* 1049 (1980-1981), p. 1068. C'est sur ce lien que prennent appui les tentatives de renouvellement de la réflexion auxquelles se sont livrés, p. ex., L. Kramer, « Return of Renvoi », p. 1012 et E.S. Fruehwald, *Choice of Law for American Courts – A Multilateralist Method*, Westport / London, 2001, p. 105 (sur l'apport de ces deux auteurs, v. *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, p. 325). Cf. aussi le *Restatement Second* § 145, *comment h*) : « It should be reiterated that in the torts area the forum will not apply the choice-of-law rules of another state. The forum will consult these rules, however, for whatever light these rules may shed upon the extent of the other state's interest in the application of its relevant local law rule ».

¹⁷⁸⁴ Pour une série d'illustrations, v. J.D. Egnal, « The 'Essential' Role of Modern Renvoi », p. 247.

¹⁷⁸⁵ On considère généralement que dans l'affaire *Richards et al. v. U.S.* qu'elle a tranchée le 26 fév. 1962 (369 U.S. 1, 82 S.Ct. 585), la Cour suprême des États-Unis eut à se prononcer pour la première – et unique – fois en matière de renvoi : R.S. Barish, « Comment : Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-Law », p. 1065, note 25 ; Th.M. De Boer, *Beyond Lex Loci Delicti*, Deventer, 1987, p. 122 ; W. Bauer, *Renvoi*, p. 184. Était en débat l'application de la règle insérée à l'art. 1346 (b) de la législation en matière de délits fédéraux – *Federal Tort Claims Act*, à l'origine inscrit dans le Titre IV du *Legislative Reorganisation Act* de 1946, 60 Stat. 842 (1946), à l'époque 28 U.S.C. 1291 – laquelle prévoit que les demandes en dommages-intérêts découlant de toute action ou omission d'un employé fédéral sont régies par la loi du lieu où l'action ou l'omission ont été réalisées (« under circumstances where the United States, if a private person, would be liable to the claimant in accordance with the law of the place where the act or omission occurred »). Puisqu'en l'occurrence l'État de l'Oklahoma du lieu de l'omission – il s'agissait d'une négligence dans l'entretien de l'avion qui, décollé dans l'Oklahoma à destination de New York, s'était écrasé dans le Missouri – retenait le lieu du fait dommageable, la loi du Missouri, laquelle, à la différence de celle de l'Oklahoma, fixait un montant maximum de compensation, fut déclarée applicable par la Cour suprême. Celle-ci considéra en effet que la règle fédérale en question se réfère non à la seule loi

d'un conflit de renvoi de type classique tiré, respectivement, de la *lex loci* à la loi du domicile commun, de la *lex loci delicti* à la *lex loci contractus* et de la loi du pavillon à la loi de l'acte illicite (§ 1). Dans les autres affaires, la loi du délit s'en référait à la loi du for en tant que loi désignée par la « *most significant relationship* », en substance, par la proximité pure, ou inversement (§ 2). Dans tous ces cas, à une exception près – l'affaire *Noel v. United Aircraft Corporation* –, le conflit de renvoi avait une nature *interfédérale* et non donc *internationale*, ce qui ne change toutefois pas les termes du problème, ni par conséquent la solution qu'il appelle.

§ 1. Renvoi de type classique

408. Plan. Deux affaires mettaient en cause un renvoi de qualification (A), tandis que la troisième suscita un renvoi de rattachement (B). Dans chacune, la loi du for emporta la préférence des juges.

A – Renvoi de qualification

409. Loi du délit c. loi du domicile matrimonial. Tranché par la Cour suprême du Wisconsin le 10 avril 1959¹⁷⁸⁶, le litige *Haumschild v. Continental Casualty* portait sur l'admissibilité de la demande en dommages-intérêts qu'une dame Haumschild, victime d'un accident de la route survenu en Californie lorsqu'elle était encore mariée, avait postérieurement au divorce formée contre son ex-époux, un sieur Gleason, conducteur du véhicule, ainsi que contre l'assureur et les propriétaires de celui-ci. La loi californienne interdisait l'action en réparation entre conjoints¹⁷⁸⁷, laquelle était en revanche permise au regard de la loi du Wisconsin. La jurisprudence de ce dernier État avait jusque-là tenu pour applicable à la responsabilité « intrafamiliale » la loi du lieu du délit, qui

étatique interne mais à la *loi étatique dans son intégralité*, y compris donc ses règles de conflit (la question fut posée dans les termes que voici : « Do they embrace the whole law of the place where the negligence occurred, or only the internal law of that place ? » ; et la Cour de conclure : « a reading of the statute as a whole... requires application of the whole law of the State where the act or omission occurred »). S'agit-il d'un renvoi (au premier degré) au sens traditionnel du terme ? Nous ne le pensons pas, car il n'y a pas « envoi » de la règle de conflit d'un ordre juridique à un autre ordre juridique évoluant sur un pied d'égalité dont la règle de conflit « renverrait » au premier : en effet, la règle de conflit du *sister state* de l'action ou de l'omission dont la loi est déclarée applicable par la disposition fédérale en question ne peut pas *renvoyer* à l'ordre fédéral « envoyant », lequel n'apporte pas de solution matérielle à la question litigieuse. C'est pourquoi nous négligerons la jurisprudence, par ailleurs assez changeante, suscitée par le *Federal Tort Claims Act* (sur laquelle v. Th.M. De Boer, *Beyond Lex Loci Delicti*, p. 123-125). Pour les mêmes raisons, on ne traitera pas ici de l'affaire *Tramontana v. S.A. Empresa de Vição Aérea Rio Grandense (VARIG Airlines)*, 350 F.2d 468 (D.C. Cir. 1965), pourtant souvent rangée parmi les illustrations jurisprudentielles du renvoi.

¹⁷⁸⁶ 7 Wis. 2d 130, 95 N.W.2d 814 (1959). Pour une discussion, v. R. Weintraub, *Commentary on the Conflict of Laws*, 2nd ed., p. 1064.

¹⁷⁸⁷ *Peters v. Peters*, 156 Cal. 32, 103 P. 219, 23 L.R.A., N.S. 699 (1909) ; *Cubbison v. Cubbison*, 73 Cal.App.2d 437, 166 P.2d 387 (1946) ; *Paulus v. Bauder*, 106 Cal.App.2d 589, 235 P.2d 422 (1951).

était en l'espèce la loi californienne¹⁷⁸⁸. En qualifiant la question litigieuse d'inhérente au droit de la famille, la Californie s'en remettait pour sa part à la loi du domicile matrimonial, qui était en l'occurrence situé dans le Wisconsin¹⁷⁸⁹. Les juges Fairchild et Brown proposaient de donner préférence à la loi du Wisconsin par le détour de la règle de conflit californienne, ce qui aurait dispensé la Cour de remettre en cause une jurisprudence bien établie favorable à la *lex loci delicti*¹⁷⁹⁰. Le Wisconsin était, à n'en pas douter, en l'espèce l'État le plus significativement rattaché à la cause : le mariage avait eu lieu dans cet État et il y avait d'ailleurs été dissous ; aussi bien la victime que le responsable y avaient été domiciliés à tout moment pertinent et l'étaient encore au moment du procès ; l'assureur et les propriétaires du véhicule l'étaient vraisemblablement aussi¹⁷⁹¹. À majorité de 3 contre 2, la Cour a récusé la « doctrine du renvoi » du fait de la *endless oscillation* qu'elle engendre et déclaré immédiatement applicable la loi du Wisconsin en tant que loi du domicile matrimonial, s'autorisant ainsi un revirement de jurisprudence¹⁷⁹².

410. Qualification délictuelle c. qualification contractuelle. Dans l'affaire *Saharceski v. Marcure* qu'elle décida le 12 septembre 1977¹⁷⁹³, la Cour suprême du Massachusetts motiva l'efficacité qu'elle donna aux règles matérielles du for en s'appuyant – entre autres arguments – sur le renvoi, là encore de qualification. Était en cause un sinistre dont l'employé d'une société avait été victime du fait d'un de ses collègues lors d'une mission professionnelle accomplie dans l'État du Connecticut. Au regard de la loi du Massachusetts, la victime n'était pas autorisée à assigner le responsable du préjudice – mais uniquement l'assureur de l'employeur – cependant qu'une telle action était ouverte par la loi du Connecticut. À supposer qu'il faille accepter le principe, dont les juges reconnaissent qu'il est conforme à la tradition du for, désignant la loi du lieu du délit (*place of wrong*), « l'on peut bien – exposent-ils – analyser la question au vu du résultat auquel l'on aboutirait si l'action était portée devant les juges du Connecticut. Dans un tel cas, il faut avoir égard à la totalité (*entire law*) de la loi de cet État, y compris ses règles de conflit »¹⁷⁹⁴. D'après la Cour, il y avait de

¹⁷⁸⁸ *Buckeye v. Buckeye*, 203 Wis. 248, 234 N.W. 342 (1931) ; *Bourestom v. Bourestom*, 231 Wis. 666, 285 N.W. 426 (1939) ; *Scholle v. Home Mutual Casualty Co.*, 273 Wis. 387, 78 N.W.2d 902 (1956).

¹⁷⁸⁹ *Emery v. Emery*, 45 Cal.2d 421, 289, P.2d 218 (1955). C'est pourquoi il s'agissait d'un renvoi de qualification ou « characterization renvoi » : en ce sens R.S. Barish, « Comment : Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-Law », p. 1064.

¹⁷⁹⁰ 7 Wis.2d 145, 95 N.W.2d 822 : « I would dispose of the present case upon the theory that California law governs the existence of the alleged cause of action and that in California the immunity in question can not be decided by resort to the law of torts but rather the law of status ».

¹⁷⁹¹ 7 Wis.2d. 130, 95 N.W.2d 814.

¹⁷⁹² 7 Wis.2d. 141-142, 95 N.W.2d 820.

¹⁷⁹³ 373 Mass. 304, 366 N.E.2d 1245 (1977).

¹⁷⁹⁴ « Accepting the classical rule that the law of the place of the tort determines substantive rights, one might analyse this case in terms of the result which would be reached if this action had been brought in Connecticut. In such a case, one should look to the entire law of the State of Connecticut, including its conflict of laws rules » : 373 Mass. 312, 366 N.E.2d 1250.

bonnes raisons de croire que le « Connecticut aurait, de son côté, considéré le litige comme ayant pour objet principal une relation contractuelle soumise à la loi du Massachusetts » du lieu de formation du contrat (*place of contract*)¹⁷⁹⁵. La vocation de cette loi à trancher le conflit de renvoi pouvait se réclamer de titres sérieux, la personne lésée et le responsable étant établis dans le Massachusetts dans lequel se trouvaient également tant le lieu où ils avaient été embauchés que le siège de l'employeur.

B – Renvoi de rattachement

411. Conflit de renvoi américano-vénézuélien. L'existence d'un conflit – international cette fois – de renvoi est plus nette et le rôle qu'a joué la proximité pour le trancher plus clairement décisif dans l'affaire *Noel v. United Aircraft Corporation* décidée par la *District Court* du Delaware le 9 janvier 1962¹⁷⁹⁶. Un avion battant pavillon vénézuélien, en provenance de New York et à destination du Venezuela, s'était écrasé en haute mer à la suite de la défaillance d'un propulseur fabriqué par une société du Delaware. Celle-ci était poursuivie en réparation par l'épouse d'une des victimes. La Cour considéra que puisque le sinistre était survenu dans un espace sans souveraineté et impliquait un avion vénézuélien, la règle de conflit du Delaware désignait la loi vénézuélienne de l'État du pavillon. Par application du *Código Bustamante* en vigueur au Venezuela, notamment de la règle de conflit retenant, y compris à l'égard des catastrophes aériennes dans la mesure en tout cas où était en cause la responsabilité des fabricants de composants, la loi du lieu de l'acte délictuel, la Cour fut « renvoyée » au droit des États-Unis et notamment du Delaware. Faisant état du conflit de renvoi, le tribunal se résolut à le trancher en faveur de la loi américaine en arguant de ce que « la plupart des contacts et liens pertinents pointent vers les États-Unis plutôt que le Venezuela : le défunt était citoyen américain ; le point de départ de son voyage se trouvait aux États-Unis ; le propulseur non seulement a été assemblé dans ce pays mais c'est là qu'il a été vendu à la *Linea Aeropostal Venezuelana* ; la défenderesse a son siège dans le Delaware »¹⁷⁹⁷. L'affaire n'a dès lors pas été réglée par le seul jeu abstrait du renvoi, mais par une appréciation, déclenchée par le constat du conflit de renvoi, de la force respective des liens rattachant la situation à l'un et l'autre État¹⁷⁹⁸.

¹⁷⁹⁵ 373 Mass. 314 ; 366 N.E.2d 1251.

¹⁷⁹⁶ 202 F.Supp. 556 (D. Del. 1962).

¹⁷⁹⁷ 202 F.Supp. 557.

¹⁷⁹⁸ Cf. W. Bauer, *Renvoi*, p. 192.

§ 2. Renvoi tiré du principe de proximité

412. Plan. Quatre affaires méritent d'être rapportées, dont la première a été tranchée par application de la loi du for (A), les trois autres par application de la loi étrangère (B).

A – Arrêt ayant appliqué la loi du for

413. Règle de conflit classique c. règle prescrivant le recours à l'« analyse des intérêts ». Le rôle qu'a joué le critère de la proximité est assez manifeste dans l'affaire *Tyminski v. U.S.*, décidée par la Cour d'appel fédérale du New Jersey le 19 juin 1973¹⁷⁹⁹. Une dame Tyminski agissait à l'encontre du Gouvernement des États-Unis pour le recouvrement du prix des soins médicaux, reconnus comme « équivalents à ceux d'une infirmière professionnelle », qu'elle avait, pendant de longues années, administrés à son époux. Vétéran de guerre, celui-ci avait été victime d'une erreur médicale commise par l'hôpital de la *Veterans Administration* de New York. La loi de New York n'accordait pas d'indemnités pour les prestations litigieuses, contrairement à la loi du New Jersey¹⁸⁰⁰. D'après la législation fédérale pertinente, les États-Unis étaient « responsables vis-à-vis de la victime conformément à la loi du lieu où l'action ou l'omission illicite a eu lieu »¹⁸⁰¹. Cette référence devant, pour la Cour suprême des États-Unis, s'entendre comme faite à la loi de l'État du *locus* dans sa globalité, y compris ses règles de conflit, les juges saisis de l'appel constatèrent que l'État de New York adoptait la méthode de l'« analyse des intérêts », laquelle désignait la loi du New Jersey en tant, essentiellement, que loi de la résidence de la victime¹⁸⁰². Le Gouvernement soutenait que l'État du New Jersey, partisan de la *lex loci delicti*, renvoyait à la loi de New York. À supposer qu'il en soit ainsi, raisonna la Cour, les autorités du New Jersey « auraient à leur tour appliqué la règle de conflit de l'État de New York qui les renvoyait vers le New Jersey »¹⁸⁰³. Le cercle vicieux ainsi constaté, elle s'en tira en faisant prévaloir la loi du New Jersey au titre de la loi la plus significativement rattachée¹⁸⁰⁴.

¹⁷⁹⁹ 481 F.2d 257 (1973). Sur cette affaire, W. Bauer, *Renvoi*, p. 186.

¹⁸⁰⁰ *Coyne v. Campbell*, 11 N.Y.2d 372, 230 N.Y.S.2d 1, 183 N.E.2d 891 (1962) ; *Drinkwater v. Dinsmore*, 80 N.Y. 390 (1880).

¹⁸⁰¹ Federal Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 1346(b). Sur cette disposition, v. *supra*, note 1785.

¹⁸⁰² Sont entre autres cités *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y.2d 473, 240 N.Y.S.2d 743, 191 N.E.2d 279 (1963) ; *Tooker v. Lopez*, 24 N.Y.2d 569, 301 N.Y.S.2d 519, 249 N.E.2d 394 (1969) ; *Thomas v. United Air Lines Inc.*, 24 N.Y.2d 714, 301 N.Y.2d 973, 249 N.E.2d 755 (1969).

¹⁸⁰³ 49 N.J. 268 : « And even were we to find that New Jersey would apply New York law, New Jersey in turn would apply New York's choice of law rule » ; et le tribunal d'invoquer l'affaire *Pfau v. Trent Aluminium Co.*, examinée plus loin (*infra*, n° 415).

¹⁸⁰⁴ La victime avait continuellement résidé dans le New Jersey, où la demanderesse était aussi domiciliée et où les soins avaient été fournis : v. 49 N.J. 267.

B – Arrêts ayant appliqué la loi étrangère

414. Règle de conflit classique c. règle prescrivant la recherche du rattachement le plus significatif. Le renvoi à la loi du for du Delaware en tant que loi de l'État avec lequel la situation présentait les liens les plus étroits fut en revanche rejeté par la Cour suprême de cet État dans l'affaire, jugée le 9 février 1968, *Folk v. York-Shipley*¹⁸⁰⁵. Donna G. Folk, épouse de Robert P. Folk, lequel avait été victime d'une collision survenue en Pennsylvanie entre le tracteur qu'il conduisait et celui que conduisait un employé de la York-Shipley, Inc., poursuivait celle-ci afin d'obtenir compensation du préjudice résultant de l'incapacité de son époux « à remplir ses devoirs conjugaux » (*loss of consortium*)¹⁸⁰⁶. Les deux conjoints résidaient dans l'État du Delaware, où la York-Shipley avait son siège. L'indemnisation pour *loss of consortium*, admise, aux dires de la demanderesse, par la loi du Delaware, quoique la Cour ait à cet égard tenu à souligner que « la question n'a pas été définitivement établie »¹⁸⁰⁷, était en tout cas inconnue de la loi de la Pennsylvanie¹⁸⁰⁸. C'est cette dernière que désignait le rattachement au *locus delicti* retenu par la règle de conflit du Delaware¹⁸⁰⁹. Or la demanderesse soutenait qu'en vertu de la doctrine du renvoi, il fallait se rapporter à la « totalité » du droit de la Pennsylvanie, y compris sa règle de conflit et que, se ralliant à la « théorie du rattachement le plus significatif »¹⁸¹⁰, celle-ci ramenait en la circonstance à la loi du Delaware. Mais la Cour se refusa à suivre cette argumentation au motif que le renvoi aurait fait échec à la règle du Delaware qui s'opposait au « rattachement le plus significatif » et en se réclamant aussi d'un « principe général des conflits de lois » d'après lequel seule la loi substantielle serait désignée¹⁸¹¹. Dame Folk fut par conséquent déboutée.

Il faut bien reconnaître qu'une telle décision est de prime abord peu compatible avec le principe de proximité, lequel aurait dû incliner plutôt à préférer la loi du Delaware. Il n'est cependant pas impossible que face, d'une part, au doute entourant la recevabilité de la demande litigieuse dans le Delaware et, d'autre part, à la certitude de son irrecevabilité en Pennsylvanie, les juges aient penché pour la solution matérielle se dégageant le plus sûrement de la superposition des deux lois en conflit, solution matérielle qu'ils tenaient peut-être eux-mêmes pour la plus appropriée, y compris du point de vue de l'État du Delaware au nom duquel ils statuaient.

¹⁸⁰⁵ 239 A.2d 236 (1968).

¹⁸⁰⁶ « Inability of her husband to perform part of his marital duties » (239 A.2d 238).

¹⁸⁰⁷ 239 A.2d 238.

¹⁸⁰⁸ *Newberg v. Bobowicz*, 401 Pa. 146, 162 A.2d 662 (1960).

¹⁸⁰⁹ *Friday v. Smoot*, 211 A.2d 594 (1965).

¹⁸¹⁰ *Griffith v. United Air Lines*, 416 Pa. 1, 203 A.2d 796 (1964).

¹⁸¹¹ « We observe that if we accept the doctrine of renvoi and apply Delaware law to this action, we would effectively emasculate our decision *Friday v. Smoot* in which we rejected the most significant contact theory » (239 A.2d 239-240).

415. Une affaire tri-étatique. Se prononçant lui aussi sur les conséquences d'un accident automobile, l'arrêt *Pfau v. Trent Aluminium Co.*, prononcé par la Cour suprême du New Jersey en 1970, est souvent cité comme ayant refusé de tenir compte des règles de conflit de la *lex causae*¹⁸¹². Deux étudiants, dont l'un, le conducteur, était domicilié dans le New Jersey où le véhicule était immatriculé et assuré, et l'autre, le passager, était domicilié dans le Connecticut, furent impliqués dans un sinistre dans l'État de l'Iowa, où ils résidaient en tant qu'étudiants. Le passager agissait en dommages-intérêts contre le conducteur devant les tribunaux du New Jersey. En faisant usage de la « méthode des intérêts », la Cour considéra que le Connecticut se devait d'être en principe « intéressé » à protéger ses domiciliés en leur ouvrant le bénéfice de sa propre loi. Seulement, la règle de conflit du Connecticut retenait la *lex loci delicti*, en l'espèce celle de l'Iowa, laquelle, en vertu d'un *guest statute*, n'accordait pas d'action en responsabilité au passager dans le cadre d'un transport privé à titre bénévole. La Cour refusa de suivre le renvoi au deuxième degré opéré par la loi du Connecticut au profit de la loi de l'Iowa et considéra qu'il n'était pas nécessaire de choisir entre les lois du Connecticut et du New Jersey, lesquelles permettaient toutes deux l'action en responsabilité, si bien qu'il y avait là « faux conflit »¹⁸¹³. Il n'est pas abusif d'interpréter cette décision comme consacrant le refus du renvoi de la loi la plus significativement rattachée à la loi locale et marquant de la sorte une préférence, dans des cas de conflit de ce type, pour la loi désignée par le principe de proximité.

416. Restatement (Second) c. règle désignant la loi locale. Peut être expliquée par le principe de proximité une décision de la Cour d'appel du Tennessee rendue le 28 avril 2006 dans l'affaire *Lemons v. Cloer*¹⁸¹⁴. Un car qui transportait les élèves d'une école de l'État de Géorgie était entré en collision avec un train sur le côté tennesséen de la route marquant la frontière entre le Tennessee et la Géorgie. Trois enfants, résidant en Géorgie, avaient trouvé la mort dans l'accident. Les parents agissaient en réparation contre le *district* de Géorgie, propriétaire de l'école, devant les juges du Tennessee, en espérant se prévaloir de la loi de cet État et esquiver ainsi le plafond que la loi géorgienne imposait à la réparation que l'on pouvait obtenir de ses communes. En s'appuyant sur le *Restatement (Second)*, les juges du Tennessee ont considéré que les liens entre le cas d'espèce et la Géorgie étaient plus significatifs que ceux par lesquels il était intégré au milieu socio-économique du Tennessee, lieu de l'accident. En effet, les parties en cause avaient leur résidence ou leur établissement en Géorgie où

¹⁸¹² 55 N.J. 511, 263 A.2d 129 (1970). Pour un résumé, v. P. Hay / R. J. Weintraub / P. J. Borchers, *Conflict of Laws, Cases and Materials*, 11th ed., New York, 2000, p. 448.

¹⁸¹³ 55 N.J. 525, 263 A.2d p. 136 ; ce passage est également cité par J.D. Egnal, « The 'Essential' Role of Modern Renvoi », p. 241, note 20.

¹⁸¹⁴ 2006 WL 1132068 (Tenn. Ct. App. Apr. 28, 2006). Pour un compte rendu, v. S. Symeonides, « Choice of Law in the American Courts in 2006 : Twentieth Annual Survey », 54 *Am. J. Comp. Law* 697 (2006), p. 719-720.

se trouvait également le lieu d'immatriculation et d'assurance du car sinistré. Les demandeurs invoquaient cependant le renvoi opéré par le droit de l'État de Géorgie en faveur de la loi du Tennessee en se réclamant notamment d'une décision par laquelle la Cour suprême de Géorgie avait confirmé sans ambiguïté sa fidélité à la *lex loci delicti*¹⁸¹⁵. Or, si les tribunaux de Géorgie appliquent la loi du Tennessee – soutenaient-ils – ceux du Tennessee doivent en faire de même. La Cour saisie a résolument rejeté l'argument du renvoi du fait du cercle vicieux sur lequel il débouche : « un tel marais (*quagmire*) ne peut pas être qualifié de droit ». En fondant sa décision sur l'« harmonie interétatique », elle laissa apparaître sa conviction que dans une telle situation de renvoi dans laquelle les liens avec la Géorgie sont manifestement prépondérants, une juridiction géorgienne aurait finalement retenu sa propre loi en acceptant le renvoi opéré par la règle de conflit du Tennessee.

Sous-section 3 : Jurisprudence australienne

417. Une décision retentissante. Rendu par la Cour suprême d'Australie le 29 septembre 2005¹⁸¹⁶, l'arrêt *Neilson* prend d'autant plus d'éclat qu'il est le premier qu'a prononcé une juridiction de dernière instance du *Commonwealth* en matière de renvoi et qu'il suit de près l'adhésion professée par la même cour, à l'occasion des affaires *Pfeiffer* et *Zhang*, au rattachement des torts à la *lex loci delicti*¹⁸¹⁷. À coup sûr le plus richement motivé dans la carrière ultracentenaire du renvoi, ce grand arrêt mérite de nous retenir plus longuement que les autres. On présentera d'abord les faits et la décision (§ 1), puis on cherchera à démêler la démarche empruntée par la Haute Cour (§ 2), ce qui nous permettra de

¹⁸¹⁵ *Dowis v. Mud Slingers, Inc.*, 621 S.E.2d 413 (Ga. 2005), sur lequel v. S. Symeonides, « Choice of Law in the American Courts in 2005 : Nineteenth Annual Survey », 53 *Am. J. Comp. Law* 559 (2005), p. 594-595.

¹⁸¹⁶ *Neilson v. Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd* (2005), HCA (= High Court of Australia) 54, 221 ALR 213. Les comptes rendus et les commentaires sont nombreux : v. notamment A. Gray, « The Rise of Renvoi in Australia : Creating the Theoretical Framework », 30 *Univ. New South Wales L.J.* 1 (2007) ; A. Mills, « Renvoi and the Proof of Foreign Law in Australia », 65 *C.L.J.* 37 (2006) ; R. Mortensen, « Troublesome and Obscure : The Renewal of Renvoi in Australia », 2 *J.P.I.L.* 1 (2006) ; M. Keyes, « The Doctrine of Renvoi in International Torts : *Mercantile Mutual Insurance v. Neilson* », 13 *Torts L.J.* 1 (2006) ; A. Dickinson, « Renvoi : The Comeback Kid ? », 122 *L.Q.Rev.* 183 (2006) ; M. Davies, « Renvoi and Presumption of Foreign Law », 30 *Melb. Univ. L.R.* 244 (2006) ; A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More : Renvoi and International Torts Litigated in Australia », 1 *J.P.I.L.* 35 (2005) ; R. Yezerski, « Renvoi Rejected ? The Meaning of the 'lex loci delicti' after *Zhang* », 26 *Sydney L.R.* 273 (2004).

¹⁸¹⁷ *John Pfeiffer Pty Ltd. v. Rogerson* (2002) 203 CLR 503, 172 ALR 625 et *Régie Nationale des Usines Renault SA v. Zhang* (2002) 210 CLR 491, 187 ALR 1. Sur l'état d'incertitude entourant la règle de conflit australienne en la matière jusqu'à l'arrêt *Pfeiffer*, v. P. Nygh, « The Miraculous Raising of Lazarus : *Mc Kain v. RW. Miller & Co. (South Australia) Pty Ltd* », 22 *UWAL Rev.* 386 (1992), p. 394 ; M. Davies, « Exactly What is the Australian Choice of Law Rule in Tort Cases ? », 70 *A.L.J.* 711 (1996) ; F. Juenger, « Choice of Law in a Federal System », 19 *Syd. L.R.* 528 (1997), p. 531 ; E. James, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* : The Certainty of 'Federal' Choice of Law Rules for International Torts : Limitations, Implications and a Few Complications », 23 *Syd. L. Rev.* 145 (2001).

prendre enfin parti dans le débat que l'affaire a éveillé, notamment à propos des relations qu'entretiennent le renvoi, d'une part, la prévisibilité et la sécurité du droit, d'autre part (§ 3).

§ 1. Faits et décision

418. Les circonstances de l'affaire. Australien domicilié en Australie, G. Neilson était employé d'une société australienne, la Overseas Projects Corporation Ltd, sise dans l'État de Victoria (« Overseas »), assurée auprès de la Mercantile Mutual Insurance Ltd, de siège également australien, établie dans le New South Wales (« Mercantile »). Négocié et conclu en Australie, le contrat entre Overseas et M. Neilson prévoyait le détachement de celui-ci en Chine, à Wuhan, pour une période de deux ans. C'est au cours d'un tel séjour professionnel que survint l'événement à l'origine du différend. Overseas avait en effet mis à la disposition de M. Neilson et de son épouse, Barbara Neilson, australienne domiciliée dans l'Australie occidentale – Western Australia –, un logement à Wuhan. En octobre 1991, Mme Neilson tomba de l'escalier qui reliait les deux étages, se blessant dans la chute. En juin 1997, après l'écoulement du délai de prescription d'une année prévu par la loi chinoise¹⁸¹⁸ mais juste avant que ne s'accomplisse celui de six ans connu du droit australien, notamment des États de la Western Australia et de Victoria¹⁸¹⁹, Mme Neilson assigna en réparation Overseas et Mercantile devant les tribunaux du New South Wales. Les litigants s'accordaient pour chiffrer à 30.000 dollars australiens la compensation due au regard de la loi australienne et notamment de la Western Australia¹⁸²⁰, et il n'y a pas eu non plus de véritable désaccord entre eux sur ce que d'après la loi chinoise, rien n'était dû. La contestation portait essentiellement sur l'identification de la loi applicable¹⁸²¹. D'après la règle de conflit australienne progressivement dégagée par la *High Court* dans les arrêts fondateurs déjà évoqués – d'abord, *Pfeiffer* (2001), pour les conflits de lois internes, ensuite *Zhang* (2002), pour les conflits de lois internationaux¹⁸²² –, les torts, y compris la prescription de l'action en dommages-intérêts qui en résulte¹⁸²³,

¹⁸¹⁸ C'est l'art. 136 des anciens « Principes généraux du droit civil » de la République populaire chinoise de 1986. L'art. 137 autorise un prolongement du délai de prescription « en présence de circonstances exceptionnelles » : v. K.H. Wang / D. Mendelson, « An Overview of Liability and Compensation for Personal Injury in China Under the General Principles of Civil Law », 4 *T.L.J.* 137 (1996). En appel, la *Full Court* décida que de telles circonstances n'étaient pas réunies : R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 5 ; A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 50.

¹⁸¹⁹ Section 38 Limitation Act 1935 (WA) ; Section 5 Limitation of Actions Act 1958 (Vic), entre-temps remplacée par la Section 3(2) Limitation of Actions (Amendment) Act 2002 (Vic.).

¹⁸²⁰ A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 48, note 80.

¹⁸²¹ Ce qui correspond à l'hypothèse de travail que nous nous sommes donnée : v. *supra*, n° 3.

¹⁸²² Pour les références de ces affaires, v. *supra*, note 1636 et 1637.

¹⁸²³ Dans *McKain v. RW Miller & Co (SA) Pty Ltd* (1991) 174 CLR 1, la Cour suprême de la *Southern Australia* avait encore souscrit à l'idée que les *statutes of limitation* revêtent en général une nature procédurale et sont pour cela soumises à la *lex fori* (C. Moore, « Our Fragmented Federation », p.

étaient désormais régis par la *lex loci delicti*, en l'occurrence la loi chinoise, toute « *flexible exception* » en faveur d'une autre loi étant en principe exclue. La Chine pour sa part, bien qu'adhérant au principe de la loi locale, l'assortissait d'une règle subsidiaire dérogatoire autorisant – sans l'imposer – l'application de la loi de la nationalité commune ou du domicile commun de la victime et du responsable, en l'espèce la loi australienne¹⁸²⁴.

419. Une pluralité d'« opinions » assez convergentes. Prononcée par la Cour de la Western Australia (*Full Court*)¹⁸²⁵, la décision d'appel, qui avait rejeté le renvoi et retenu la loi chinoise, fut renversée par la Haute Cour d'Australie. En réhabilitant le jugement de première instance¹⁸²⁶, celle-ci fut nettement favorable – à majorité de 6 contre 1¹⁸²⁷ – à l'application de la loi australienne. Ce

172). Dans *Pfeiffer* (2000), 172 ALR 625, la Haute Cour d'Australie a enfin penché au profit de la qualification substantielle au motif que, pour citer le juge Kirby (n° 34), celle-ci « contributes to reducing the capacity of the parties to affect adversely the rights of others merely by electing to bring a claim in the courts of one law area of the national rather than another ». Sur la question, v. G. Davis, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* », p. 1009 et E. James, « *John Pfeiffer Pty Ltd. v. Rogerson* », p. 151.

¹⁸²⁴ La règle de conflit chinoise est inscrite à l'art. 146 des anciens « Principes généraux du droit civil » de 1986, dont la version anglaise est la suivante : « With regard to compensation for damages resulting from an infringement of rights, the law of the place in which the infringement occurred shall be applied. If both parties are nationals of the same country or domiciled in the same country, the law of their own country or of their place of domicile may also be applied ». C'est sur l'interprétation de la deuxième phrase que portait le recours dont a été saisie la *High Court*. Soulignent le caractère facultatif de la formule H. Jin / L. Guomin, « New Developments in Chinese Private International Law », *Yearbook P.I.L.*, 1999, p. 147 ; cf. ég. M. Zhang, « International Civil Litigation in China : A Practical Analysis of the Chinese Judicial System », 25 *Boston College International & Comparative Law Review* 59 (2002).

¹⁸²⁵ *Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd v. Neilson* (2004) 28 WAR 206, WASCA 60. Sur cette décision, v. R. Yezerski, « Renvoi Rejected ? », p. 273 ; A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 35.

¹⁸²⁶ *Neilson v. Overseas Projects Corporation of Victoria* (2002) WASC 231 (McKechnie J.).

¹⁸²⁷ Le seul juge « dissident », McHugh J., a lui aussi admis avec beaucoup de vigueur que « the aim of Australian conflicts law [is] to take into account of what the foreign jurisdiction would do ». C'est pourquoi le résultat consistant à ce que « the Australian courts apply... a set of laws that is entirely different from the set of laws that (an Australian court presumes) would be applied if the action were heard in China » est « contraire au but des règles de conflit australiennes » (« contrary to the aim of Australian conflicts laws »). C'est bien, pour le juge McHugh, le résultat de l'acceptation du renvoi. De manière intéressante, McHugh a motivé le refus du renvoi auquel il s'est résigné par la présomption d'identité entre la loi étrangère et la loi du for pour le cas de défaut de preuve du droit étranger, présomption qui s'appliquerait également et en toute logique à la règle sur le renvoi : « in the absence of evidence [to the contrary] it means that Chinese courts must be presumed to have the same approach to renvoi in tort as the Australian courts, ie adopt a doctrine of single renvoi » (n° 58) (la doctrine du « double renvoi » doit pour lui être rejetée pour les mêmes raisons : n° 45). Or une telle « présomption d'identité » devrait suggérer à la communauté étatique australienne, et aux organes qui prononcent en son nom, non pas de refuser le renvoi prononcé par la règle de conflit chinoise, mais de confier la solution du conflit australo-chinois de règles de conflit à un principe tel que, si un principe justement « identique » est adopté par la communauté chinoise « co-intéressée » (ce que la communauté australienne est en droit de présumer, ayant même le devoir de faire), il achève de résoudre le conflit international de lois en réalisant l'intérêt « commun » aux deux États, qui visent l'harmonie de solutions. Autrement dit, c'est précisément lorsqu'un État procède de la « présomption d'identité » entre la maxime qu'il projette de donner à son action et celle que l'autre État mis en cause projette de donner à la sienne qu'il devrait prendre conscience de la

n'est pas la reprise des arguments pour et contre le renvoi, à laquelle chacun des sept membres du haut collège judiciaire éprouva le besoin de se livrer, qui nous intéresse le plus dans cette fort longue décision. Ce qui vaut surtout d'être relevé, c'est le constat qu'a fait chacun d'eux pour son propre compte de la prépondérance des liens que la relation interindividuelle litigieuse entretenait avec le milieu australien. Ainsi, le président Gleeson achève son opinion en observant que « les rapports entre les parties étaient enracinés en Australie » et que « les autorités chinoises n'étaient point concernées par l'issue du litige, aucun intérêt chinois n'étant mis en cause »¹⁸²⁸. Les juges Gummow et Hayne soulignent aussi, dans leur *joint opinion*, que « toutes les parties à l'instance étaient australiennes » et que « la seule attache du différend avec la Chine était le lieu de survenance du délit »¹⁸²⁹. De même, le juge Callinan ne manque pas, à propos de la faculté de dérogation ouverte par la disposition chinoise, de relever la ténuité des facteurs de localisation rattachant l'affaire à la communauté étatique chinoise¹⁸³⁰. Le juge Heyon s'est lui aussi en substance rallié à de telles considérations. Et de fait, l'Australie n'était pas seulement le pays du domicile commun de Mme Neilson et Overseas, rattachement requis par la règle chinoise dérogatoire, il était aussi celui de la nationalité de la victime, du siège de l'assureur, du domicile et de la nationalité de M. Neilson, du lieu où avait pris naissance et se localisait à titre principal la relation contractuelle dont la relation délictuelle en cause tirait en quelque sorte sa source, encore que le lieu chinois de l'accident ne puisse être qualifié de « fortuit » puisque Mme Neilson résidait en Chine au moment des faits et c'est là que le contrat de travail « connexe » devait en partie s'exécuter.

On comprend dès lors que l'un des observateurs européens les plus informés ait pu avancer que la « démarche de la *High Court* est justifiée par ce que le rattachement de la situation à la loi du for paraissa[it] plus convaincant »¹⁸³¹.

bilatéralité nécessaire de la règle sur le renvoi, la présomption d'identité sous-tendant le bilatéralisme (*supra*, n° 104 s.).

¹⁸²⁸ Gleeson J., in *Neilson* (2005), HCA 54, n° 17 : « the present is a case where the relations between the parties were established in Australia..., the Chinese authorities are totally unaffected by the outcome of the litigation, no Chinese interests are involved, and there appears to be no reason of policy for a Chinese court to resist the proposition that the rights and obligations of the parties should be determined according to the law of Western Australia.... The appeal should be allowed ».

¹⁸²⁹ Gummow et Hayne JJ., in *Neilson* (2005), HCA 54, n° 127 : « All parties to the dispute were Australian. The only connection between the dispute and China was the place of occurrence of the tort ».

¹⁸³⁰ Callinan J., in *Neilson* (2005), HCA 54, n° 251 : « the absence of any question of liability of a Chinese national or authority ; the fact that liability, if found, would be the liability of an authority or company of a polity of Australia ; that there is no allegation of a breach of any written building laws, or laws of occupier's liability in China ; that the relationship between the parties came into existence in Australia ; that the court might, as it did, need to construe, even if adversely to the appellant, a contract made in Australia ; that the expenses and standards of treatment of the appellant would be Australian ones... ; that the outcome of the case on the application of Australian law would be of no, or little relevance or interest to the Chinese law makers or reformers ». Cf. A. Gray, « The Rise of Renvoi », p. 4.

¹⁸³¹ A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé », p. 229, et note 441.

§ 2. Le « conflit de règles de conflit » et la démarche empruntée par la *High Court* pour le résoudre

420. Mise en lumière du « conflit de règles de conflit ». L'affaire *Neilson* a soulevé une vive controverse au sein du *Commonwealth* à propos de l'admission du renvoi en matière délictuelle¹⁸³². Deux commentateurs ont, d'instinct, caractérisé le problème comme consistant à découvrir les critères par lesquels il convient de « résoudre le conflit entre règles de conflit »¹⁸³³. Semblablement, une troisième voix a discerné dans le renvoi le « point auquel les règles de conflit se trouvent elles-mêmes en conflit et, partant, appellent leurs propres règles de conflit »¹⁸³⁴. Ceux qui ont eu la clairvoyance de poser la question de la façon qui vient d'être dite, marquant de la sorte une avancée qui eût pu se révéler décisive, n'ont cependant pas eu la hardiesse de l'exploiter jusqu'au bout. Au lieu d'acheminer la réflexion vers, justement, la recherche des facteurs propres à résoudre ce « conflit de règles de conflit » et d'abord d'en découvrir les ressorts, ils se sont retranchés aussitôt derrière l'interrogation classique – la règle de conflit désigne-t-elle la loi matérielle ou la loi conflictuelle ? – dont l'on doit une fois de plus constater l'effet délétère, car elle ne fait apparaître que trois réactions possibles (pas de renvoi, renvoi simple et double renvoi¹⁸³⁵), aucune ne pouvant prétendre nourrir une « règle de conflit » digne de ce nom, parce que, précisément, lui fait défaut l'aptitude à être « bilatéralisée »¹⁸³⁶. Conscients

¹⁸³² Aux contributions citées *supra*, note 1816, adde les développements que consacre la 14^e édition de A.V. Dicey / J.H.C. Morris / L. Collins, *The Conflict of Laws*, p. 73-74, 81 et 89-90.

¹⁸³³ V. la façon dont A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 35 introduisent leur analyse : « the focus of this paper is to examine... the selective rule by which an Australian court should choose to resolve 'conflicting conflict laws' » ; v. ég. *ibidem*, p. 36, où les auteurs évoquent le « conflict of conflicts rules », et p. 46, où il est question du « conflict between choice of law rules of Australia and China ». En ce sens ég. R. Yezerksi, « Renvoi Rejected ? », p. 276, pour qui « the problem of renvoi... arises where there is a conflict of choice of law rules » et A. Gray, « The Rise of Renvoi », p. 1, qui évoque les « conflicting choice of law rules ».

¹⁸³⁴ R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 1 : « the point at which conflicts rules themselves conflict and, so, call for their own conflicts rules » (l'italique est de nous).

¹⁸³⁵ Sous la plume de A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 60 on lit cependant que le « renvoi does not ensure uniformity of decision unless every country adopts the same renvoi rule ». Il doit s'agir d'un *lapsus calami* car c'est précisément le contraire qui est vrai et à la source du problème. Pour une autre inadvertance, *ibidem*, p. 36, où on lit que l'arrêt *Forgo* a été rendu « in the context of resolving a succession to immovable property ».

¹⁸³⁶ A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 35 : « Renvoi is directed to whether a reference to the law of a particular country includes or excludes that country's conflict of laws rules » ; R. Yezerksi, « Renvoi Rejected ? », p. 274 : « What *Zhang* left unresolved, however, was the question of what is meant by the 'lex loci delicti' – is it simply the domestic or 'internal' law of a foreign country, or does that phrase incorporate that country's choice of law rules as well ? » ; R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 13 : « Here, the question is whether the forum's choice of law rules selects, to the exclusion of the other, the internal rules of the foreign country or its choice of laws rules » ; M. Keyes, « The doctrine of renvoi in international torts », p. 3 : « Conventionally, three solutions to the problem of renvoi are identified » (suit la présentation de chacune d'elles) ; M. Davies, « Renvoi and Presumptions about Foreign Law », p. 245 : « There seem to be only three possible answers to that question ». En formulant ainsi le problème, on s'interdit de découvrir « the selective rule by which an Australian court should choose to resolve 'conflicting conflicts laws' » car

des défaillances inhérentes à l'acceptation et au refus du renvoi traditionnels et imbus des valeurs conflictuelles sous-jacentes au rattachement au *locus delicti* à peine mis à l'honneur par la *High Court* à la faveur des affaires *Pfeiffer* et *Zhang*, la plupart des spécialistes ont fini par nier que le renvoi soit compatible avec un tel rattachement et, en conséquence, par faire grief à la Cour suprême d'avoir, en admettant le renvoi, effacé le progrès qu'elle venait tout juste d'accomplir. Cet argument rend un son qui nous est familier : c'est le principal dans l'arsenal de l'antithèse, dont il témoigne la ténacité.

Il est permis de penser que la trilogie récente que composent les arrêts *Pfeiffer*, *Zhang* et *Neilson* livre une autre et bien édifiante leçon.

421. Évolution de la règle de conflit australienne. Les deux premiers arrêts se sont détournés de l'application systématique de la loi australienne du for – dont le champ d'efficacité réclamé venait ainsi à reposer sur *plusieurs* rattachements¹⁸³⁷ – parce que, par le *forum shopping* qu'il favorise dès lors qu'il est employé par les autres États « co-intéressés », un tel mode de désignation de la loi applicable tient en échec les objectifs de prévisibilité et de sécurité du droit¹⁸³⁸. Puisque le *locus delicti*, d'une part, désigne, le plus souvent – encore que pas toujours – une loi et une loi *seule*, et que, d'autre part et par là même, il rencontre une adhésion massive au niveau international, un tel facteur a paru à la Haute Cour dans l'affaire *Zhang* propre à garantir aux justiciables la prévisibilité et la sécurité recherchées – plus souvent en tout cas que le repli pur et simple sur la *lex fori*¹⁸³⁹. La précision, capitale, qu'à ce mouvement allait apporter l'affaire *Neilson* est qu'un tel progrès n'est réel que dans la mesure où la *lex loci delicti* est effectivement entérinée aussi par l'État de survenance du fait

ainsi que l'observe M. Davies, *ibidem*, p. 246, « all of [the three possible answers] are wrong for some reason or another ».

¹⁸³⁷ Ceux-là mêmes que retenaient les règles de compétence juridictionnelle. Pour l'évolution du droit australien sur ce point, C. Moore, « Our Fragmented Federation », p. 172. Sur la générosité des règles australiennes sur le conflit de juridictions, v. aussi M. Keyes, « The doctrine of renvoi in international torts », p. 7, note 52.

¹⁸³⁸ *Pfeiffer* (2000), 172 ALR 625, p. 647 (Gleeson CJ et al.) ; *Zhang* (2002), 210 CLR 491, p. 517 (Gleeson CJ, Gaudron, McHugh, Gummow et Hayne JJ) : « The selection of the *lex loci delicti* as the source of substantive law meets one of the objectives of any choice of law rule, the promotion of certainty in the law ». Sur ce qu'un régime favorisant le *forum shopping* est source d'incertitude juridique, v. C. Moore, « Our Fragmented Federation », p. 182 et les références dans les notes suivantes.

¹⁸³⁹ En ce sens Kirby J., in *Zhang* (2002), 210 CLR 491, n° 128. Cf. déjà J. Greene, « Choice of Law in Tort : The Song that Never Ends », p. 368 pour laquelle la *lex loci* « satisfies most choice of law concerns [c'est-à-dire, pour l'auteur 'certainty, predictability, prevention of forum-shopping opportunities'] most of the time » ; lorsque tel n'est pas le cas – ainsi dans les cas de renvoi – elle suggère de l'écarter. Cf. M. Keyes, « The doctrine of renvoi in international torts », p. 15. Sur ce qu'« en raison de son universalité, elle [= la *lex loci delicti commissi*] permettrait d'atteindre les objectifs de prévisibilité, de certitude, de sécurité juridique », v. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 27 ; cf. M. Hancock, *Torts in the Conflict of Laws*, p. 59-60. Rapp. M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 54-55. C'est d'ailleurs la constatation ayant déterminé la *Law Commission* britannique à recommander la désignation de la *lex loci* : *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 340-341.

dommageable¹⁸⁴⁰. Si tel était le cas dans l'espèce *Zhang*, l'espèce *Neilson* montre qu'il se peut que le pays du lieu du délit adopte un rattachement qui, pour être, tout comme le *locus delicti*, « bilatéralisable », n'en désigne pas moins une loi différente, par exemple, celle du domicile commun. Se trouvant pour la première fois semble-t-il confrontée à un tel cas de figure, la Haute Cour a clairement énoncé qu'en ces circonstances, c'est précisément aller à l'encontre des impératifs de prévisibilité et de sécurité que d'insister aveuglément et inconditionnellement sur l'application de la loi locale étrangère¹⁸⁴¹.

Faut-il en conclure que la loi australienne finalement retenue ne l'a été que parce qu'elle était désignée par la règle de conflit, assortie le cas échéant de la règle sur le renvoi, de l'État chinois de réalisation de l'acte illicite ?

422. Pas de « double renvoi », pas de « clause d'exception ». Cela reviendrait, pour le for, à basculer dans l'adhésion tout aussi systématique au rattachement que retient la règle de conflit étrangère ou à la position étrangère sur le renvoi. C'est là, on le sait, tomber de Charybde en Scylla. Certes, les motifs par lesquels chacun des magistrats siégeant à la Haute Cour a justifié sa préférence pour la loi australienne n'ont pas réussi, dans leur ensemble, à extirper l'illogisme du « double renvoi » et à en dénoncer l'impraticabilité à cause du *stale-mate* sur lequel il débouche. La raison en est peut-être aussi que tant l'interprétation que les juridictions chinoises ont, dans le passé, donnée à la règle de conflit chinoise, que l'attitude qu'elles ont cultivée face aux conflits de renvoi, notamment en matière délictuelle, n'ont pu, tout au long du procès, être élucidées de façon convaincante¹⁸⁴². Mais c'est au fond cette incertitude qui a permis à la Haute Cour d'emprunter discrètement un autre chemin, plus fécond que celui du « double renvoi ». D'abord, elle a très judicieusement estimé qu'un tribunal chinois aurait, dans de telles circonstances, effectivement exercé la faculté que lui accordait sa règle de conflit spéciale de déroger à l'application de la loi chinoise du délit au profit de la loi australienne du domicile commun¹⁸⁴³. Ensuite, il lui a fallu trancher le conflit australo-chinois de renvoi ainsi nettement isolé. La façon dont – on l'a vu – chacun des juges, à des moments-clé de son argumentation, souligne l'intégration prépondérante de l'espèce au milieu australien autorise à penser qu'à l'image de ce qu'avait fait la *Probate Court* dans l'affaire *Duke of Wellington*, la Haute Cour a moins entendu

¹⁸⁴⁰ M.C. Pyles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 54 ; *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 319-320. Cf. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 27.

¹⁸⁴¹ Car si cette insistance aveugle se combine avec l'insistance tout aussi aveugle de l'État du délit au sujet de l'applicabilité de la loi australienne du domicile commun, les justiciables s'en trouvent re-plongés, tout autant antérieurement que postérieurement au délit, et aussi longtemps qu'un procès ne les oppose pas, dans l'ornière de l'insécurité préjudiciare dont on a commencé par souhaiter les en extraire.

¹⁸⁴² Sur ce que « there is no pronouncement on the Chinese attitude to renvoi and the law of torts », v. A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 46 et R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 5.

¹⁸⁴³ À une majorité de 5 contre 2, les juges McHugh et Kirby ayant formulé une *dissenting opinion*.

se plier à une conception chinoise du renvoi qui est demeurée mystérieuse, que forger elle-même, pour l'employer aussitôt, un critère rationnel de solution du « conflit des règles de conflit »¹⁸⁴⁴. Aussi bien, en se réappropriant l'initiative de la résolution de celui-ci, elle a échappé aux travers connus de l'admission du renvoi et, surtout, du double renvoi classiques. Il n'en demeure pas moins que le principe dont elle s'est ainsi inspirée, la proximité, est tel que, s'il est adopté par les juridictions chinoises – éventualité d'autant plus réaliste qu'il se situe dans le prolongement de l'esprit de la règle chinoise –, il parvient à « fédérer » la Chine et l'Australie en ce qu'en les invitant à s'exprimer enfin d'une seule voix à l'égard de ces relations « co-affectant » les milieux chinois et australiens, il aboutit à désigner, le plus souvent en tout cas, une loi et une loi seule. Cette uniformité – et la résolution du conflit sino-australien de lois qui l'assure – est en effet l'objectif poursuivi avec force par les hauts magistrats¹⁸⁴⁵.

On notera que dans *Neilson*, tout comme déjà dans *Pfeiffer*¹⁸⁴⁶ et *Zhang*¹⁸⁴⁷, la Cour a montré sa détermination à ne pas tolérer d'exceptions à la *lex loci delicti*. La raison du rejet catégorique de la *proper law of tort* repose là encore sur les directives de sécurité et de prévisibilité¹⁸⁴⁸. Il serait donc aventureux de voir – et, partant, inutile de déplorer¹⁸⁴⁹ – dans l'arrêt dont il est question la formulation subreptice d'une clause d'exception spéciale, visant tous les cas où la victime et l'auteur du délit possèdent un domicile commun, notamment en Australie. La mise en œuvre du critère de la proximité n'a ici servi à la Cour qu'à trancher le conflit de règles de conflit. Le risque que la *proper law of tort* ne soit « par trop imprévisible pour les juges, les parties, les assureurs »¹⁸⁵⁰ n'est, on le sait, pas à redouter dans les situations de renvoi. Bien au contraire, une

¹⁸⁴⁴ R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 8-9 est allé jusqu'à affirmer que « the rule was invented ». Sur ce que dans un tel cas, tout grief adressé au système du « double renvoi » disparaît, v. A.V. Dicey / J.H.C. Morris / L. Collins, *The Conflict of Laws*, p. 89.

¹⁸⁴⁵ *Neilson* (2005), HCA 54, 221 ALR 213, p. 217-218, 235, 257, 260, 261, 281, 282.

¹⁸⁴⁶ *Pfeiffer* (2000), 172 ALR 625, p. 648. Pour une critique v. G. Davis, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* », p. 1004 et E. James, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* », p. 145, 154 et 162. Se prononcent *de lege ferenda* pour une exception rigoureusement limitée J. Greene, « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », p. 368 et en substance P. Kincaid, « Justice in Tort Choice of Law », p. 193 ; v. ég. la recommandation de la *Australian Law Reform Commission*, Choice of Law Report No. 58 (1992), n° 6.17 et motifs au n° 6.22.

¹⁸⁴⁷ *Zhang* (2002) 210 CLR 491, n° 75 ; v. M. Keyes, « The doctrine of renvoi in international torts », p. 1, note 2. Pour une critique, v. R. Anderson, « International Torts in the High Court of Australia », p. 9 ; R. Garnett, « *Renault v. Zhang* : A Job Half Done ? », 10 *Tort L. Rev.* 145 (2002), p. 150 ; G. Lindell, « *Régie Nationale des Usines Renault SA v. Zhang* : Choice of Law in Torts and Another Farewell to *Phillips v. Eyre* but the *Voth* Test Retained for Forum non Conveniens in Australia », 3 *Melb J. Int. L.* 364 (2002), p. 373.

¹⁸⁴⁸ En ce sens l'*opinion* des juges Gummow et Hayne, in *Neilson* (2005), HCA 54, n° 92. Cf. *Pfeiffer* (2002), 172 ALR 625, n° 78. A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 56, évoquent l'idée de J.H.C. Morris, « The Proper Law of a Tort », p. 888, et rappellent combien elle a été critiquée « for its high degree of uncertainty and unpredictability ». Pour une discussion sur ce point, v. G. Davis, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* », p. 1002.

¹⁸⁴⁹ Comme le font A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 66. Cf. ég. R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 24-25.

¹⁸⁵⁰ *Pfeiffer* (2002), 172 ALR 625, n° 80.

telle imprévisibilité représente le défaut dont souffrent congénitalement ces situations et la proximité semble bien disposer des ressources nécessaires, sinon pour l'éliminer, du moins pour l'édulcorer¹⁸⁵¹.

C'est donc l'articulation entre proximité et prévisibilité qu'il convient d'exposer brièvement à nouveau.

§ 3. Avatars de la prévisibilité du droit dans la trilogie *Pfeiffer, Zhang et Neilson*

423. Un leitmotif. La Cour suprême en a, on vient de le souligner, dans l'affaire *Neilson*, appelé, tout comme ses rares apologistes, à la prévisibilité du droit pour justifier la préférence qu'elle a marquée pour la loi australienne¹⁸⁵². Comment se fait-il au juste qu'aux yeux de la juridiction d'appel – la *Full Court* –, ce sont précisément la sécurité et la prévisibilité, celles-là mêmes qui avaient inspiré à la Cour suprême la répudiation de la *lex fori* dans les affaires *Pfeiffer* et *Zhang*, qui commanderaient dans *Neilson* le refus du renvoi¹⁸⁵³ ? À quoi l'on ajoutera que les commentateurs ayant approuvé la *Full Court* d'avoir ainsi statué ont brandi les mêmes arguments¹⁸⁵⁴. Le paradoxe n'est qu'apparent et il tient en ce que l'on confond là plusieurs idées ou réalités distinctes que l'on désigne sous le nom de « prévisibilité » et de « sécurité du droit ». Puisque il n'est pas rare, on l'a vu, qu'en Europe également, les partisans et les adversaires du renvoi sur le terrain des délits mobilisent de tels concepts pour étayer leurs positions irréconciliables¹⁸⁵⁵, on s'arrêtera de nouveau sur cette question à la vérité capitale. Il s'agit d'abord de dégager les notions qu'a retenues la Cour suprême dans les arrêts *Pfeiffer* et *Zhang* (A), puis de mettre en évidence tout à la fois le glissement de signification qu'a inconsciemment opéré la *Full Court* (B) et le retour pratiqué par la Haute Cour au concept originel, dont elle assure le triomphe (C).

A – Prévisibilité dans les arrêts *Pfeiffer* et *Zhang*

424. Double signification dans le langage de la *High Court*. À l'occasion de ces deux importantes affaires, la Cour suprême a entendu la prévisibilité dans

¹⁸⁵¹ *Supra*, n° 164.

¹⁸⁵² En ce sens Gleeson J., in *Neilson* (2005), HCA 54, n° 13 ; Gummow et Hayne JJ., *ibidem*, n° 92 et 134. Cf. R. Yezerski, « Renvoi Rejected ? », p. 289.

¹⁸⁵³ « The High Court in *Zhang* has deliberately selected a rigid choice of law rule in tort to promote certainty and predictability. It would be inconsistent with the reasoning and result in *Zhang* to superimpose a *renvoi* doctrine the purpose and effect of which is to soften or avoid the rigidity of choice of law rules » : *Neilson* (2004), 28 WAR 206, n° 49 (Mc Lure J.).

¹⁸⁵⁴ Notamment A. Lu / L. Carrol, « Ignored No More », p. 56 : « applying *renvoi* counteracts certainty and predictability which are central motivators for the High Court », et R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 18, pour lequel « primary policies of... certainty, predictability... were discarded ».

¹⁸⁵⁵ *Supra*, n° 388 s.

le double sens que nous lui avons attribué au cours de la première partie de ce travail et repris en introduction du présent chapitre¹⁸⁵⁶. D'abord et avant tout, en tant que prévisibilité *du droit applicable*, laquelle traduit la possibilité pour les justiciables de prévoir, avant et indépendamment du litige et, singulièrement en matière délictuelle, avant dans la mesure du possible, mais en tout cas immédiatement après la survenance du prétendu fait dommageable, quelle loi régit celui-ci et la prétention compensatoire dont il peut être la source¹⁸⁵⁷. Une telle prévisibilité permet aux personnes privées d'orienter leur conduite, aux assureurs d'organiser leurs affaires et, une fois l'accident survenu, à la victime de connaître, avec une approximation raisonnable, la réparation à laquelle elle peut légitimement prétendre et aux responsables d'être renseignés quant à la nature et l'étendue de l'obligation qui leur incombe¹⁸⁵⁸. C'est l'accès à une telle connaissance qui favorise la « sécurité du droit ». S'agissant de délits interfédéraux, le passage de l'empire exclusif de la *lex fori* – laquelle laisse subsister une pluralité de lois qui ne seront départagées que *postérieurement*, par la saisine d'un juge¹⁸⁵⁹ – au rattachement au *locus* qui, s'imposant désormais à tous les États et Territoires australiens (tel est l'effet des décisions de la *High Court*), désigne le plus souvent une loi et une loi seule, marque une avancée importante sous l'angle de la prévisibilité et de la sécurité ainsi conçues. C'est justement l'apport de l'arrêt *Pfeiffer*. Il est tout aussi évident qu'en matière de délits internationaux, cette même transition, du fait que la *lex loci delicti* est passablement répandue, y contribue de manière tout aussi importante, en tout cas

¹⁸⁵⁶ *Supra*, n° 388.

¹⁸⁵⁷ *Pfeiffer* (2002), 172 CLR 503, p. 536 (Gleeson *et al.*), où un parallèle est établi avec la « presumption against *ex post facto* laws and the principles of *stare decisis* ». V. ég. *ibidem*, p. 538 où est évoquée la préoccupation de garantir « sufficient guidance to parties or to those, like insurers, who must order their affairs on the basis of predictions about the future application of the rule », de même que p. 539, où on lit que « if the *lex loci* is applied, subject to the possible difficulty of locating the tort, liability is fixed and certain ; if the *lex fori* is applied, the existence, extent and enforceability of liability varies according to the number of forums to which the plaintiff may resort ». Encore plus explicite est Kirby J. dans l'opinion qu'il rendit dans la même affaire, *ibidem*, p. 553 : « it is not reasonable that such a choice, made unilaterally by the initiating party, should materially alter that party's substantive legal entitlements to the disadvantage of the opponents. If this could be done, the law would no longer provide a certain and predictable norm, neutrally applied as between the parties. Instead, it would afford a variable rule which particular parties could manipulate to their own advantage » ; or précisément l'adoption de la *lex loci delicti* à la place de la *lex fori* « helps to promote an identical outcome for the parties' substantive rights, wherever in that nation those rights fall to be determined by a court of law ». L'arrêt *Zhang* (2002), 210 CLR 491, affirme la même idée : « the less temptation will there be to shop around for a judicial forum advantageous to one but disadvantageous to another party..., the more even-handed and certain will the law be, and appear to be, to the parties and to society » (n° 130). À propos de l'incertitude et de l'imprévisibilité du droit, Kirby J. souligne qu'il est contraire à ces valeurs qu'il soit permis à une partie « to select a law area that will advantage that party's substantive legal interests at the cost of the substantive legal interests of the party's opponent » parce que cela induit « uncertainties and injustices that are inappropriate ». L'opinion dissidente de Callinan J. (n° 197) attire aussi l'attention sur les conséquences « grave and unpredictable and ultimately devastating... for people and corporations in this country » qui résulteraient du *forum shopping*.

¹⁸⁵⁸ P. Kincaid, « Justice in Tort Choice of Law », p. 195.

¹⁸⁵⁹ *Pfeiffer* (2000), 172 ALR 625, p. 646.

bien davantage que l'application systématique de la *lex fori* qui ne fait que maintenir tout le monde dans l'insécurité préjudiciaire la plus inextricable. C'est là le développement ultérieur qu'a consacré l'arrêt *Zhang*.

Par l'expression « prévisibilité », la Cour suprême a entendu se référer également à ce à quoi nous avons donné le nom de « prévisibilité du rattachement ». L'emploi du *locus delicti* répond en général – a-t-elle constaté – aux attentes naturelles des justiciables, davantage en tout cas que le recours à la *lex fori*¹⁸⁶⁰, car les justiciables éprouvent souvent le sentiment instinctif, d'une part, qu'ils sont soumis, quant à la licéité et aux conséquences de leurs agissements, à la loi du lieu où ceux-ci se déroulent et, d'autre part et par conséquent, qu'ils sont fondés à revendiquer la protection de cette même loi s'ils devaient en être les victimes.

Notons en revanche qu'un troisième type de « prévisibilité » a été négligé par la Cour suprême : la facilité pour les parties qui viennent d'ouvrir une action en justice en *Australie* d'identifier à cet instant quelle loi sera retenue par le juge australien et, corrélativement, la facilité pour ce même juge, une fois l'instance engagée devant lui, d'établir la teneur et mettre en œuvre la loi ainsi désignée. Il n'y a bien sûr rien de plus conforme à la prévisibilité ainsi entendue que de prescrire l'application systématique de la *lex fori*¹⁸⁶¹ ; et il n'y a rien de plus pratique pour le juge australien que de donner efficacité à sa propre loi¹⁸⁶². Or l'abandon de la *lex fori* au profit de la *lex loci delicti*, auquel la Cour suprême s'était résolue en vue précisément de les assurer, illustre avec éclat que la prévisibilité et la sécurité dont s'inquiètent les hauts magistrats sont celles que les justiciables sont fondés à réclamer autant que possible avant le délit, ou, à tout le moins, après sa survenance et avant l'engagement d'un procès¹⁸⁶³.

B – Prévisibilité dans l'arrêt *Neilson* rendu en appel par la Full Court

425. Simplification du travail judiciaire. Malgré l'intention qu'elle proclame d'y rester fidèle, la *Full Court* dans *Neilson* a silencieusement désavoué ces idées, et ce sous un double rapport. D'abord, en soulignant qu'au nom de la « prévisibilité », il y a lieu d'éviter, si possible, d'astreindre le juge et les liti-

¹⁸⁶⁰ *Pfeiffer* (2000), 172 ALR 625, p. 645 et 648. En ce sens, v. G. Davis, « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* », p. 999 ; *Zhang* (2002), 210 CLR 491, n° 129-130, Kirby J., citant P.B. Carter, « Torts in English Private International Law », p. 16 ; R. Yezerki, « Renvoi Rejected ? », p. 288.

¹⁸⁶¹ *Law Commission, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict*, p. 321 : « once an action was commenced, a *lex fori* rule would therefore be as certain a rule as it would be possible to find ». C'est ce à quoi M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 33, donne aussi le nom de *certainty*.

¹⁸⁶² C'est ce que M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 33, dénomme *ease of application*.

¹⁸⁶³ *Zhang* (2002), 210 CLR 491, n° 66. Sur ce point, v. de manière fort explicite, G. Lindell, « *Régie Nationale des Usines Renault SA v. Zhang* », p. 371 ; cf. M. Keyes, « The doctrine of renvoi in international torts », p. 12.

gants à prouver la règle de conflit étrangère et la position étrangère sur le renvoi¹⁸⁶⁴, la *Full Court* semble bien se rabattre sur l'équation « prévisibilité = facilité de mise en œuvre judiciaire » du droit applicable¹⁸⁶⁵ qu'avait rejetée la Cour suprême¹⁸⁶⁶. Au contraire – nous nous permettons d'y insister – en acceptant de faire jouer une *loi étrangère*, la *High Court* avait admis qu'une éventuelle complexification du travail du juge rendait à la véritable prévisibilité un service bien plus précieux que l'application par lui, inévitablement plus aisée, du droit du for. D'autre part, la *Full Court* considère que puisque la *lex loci* a été jugée dans *Pfeiffer* et *Zhang* comme mieux répondre aux attentes des plaideurs, l'écarter en faveur de la loi du for conduirait à contrarier ces prévisions individuelles. Or pour bien apprécier ce point, il faut ici de nouveau faire une lecture historique de la triade jurisprudentielle dont il est question. *Pfeiffer* a souscrit au rattachement au *locus*, entre autres, parce qu'il a paru à la Cour le plus spontanément prévisible du point de vue des intéressés. Le progrès doit être mesuré en comparant le nouveau régime au régime antérieur. L'application systématique de la loi du for est structurellement incapable de répondre aux anticipations des particuliers au moment du fait dommageable car elle les condamne à ignorer quelle est cette loi. Il n'était point question, dans *Neilson*, de revenir à un tel régime. La loi australienne entrainait ici en jeu par le truchement de la règle de conflit étrangère au titre de loi du *domicile commun*. Ce facteur de solution du conflit de lois n'avait pas vraiment été envisagé dans *Pfeiffer* et *Zhang* pour la simple raison qu'il ne s'était concrétisé dans aucune de ces affaires. Ce n'est que dans une minorité de cas qu'il se réalise, si bien qu'il ne saurait être érigé en rattachement *général* supplantant la *lex fori*. Or c'est bien un facteur général que recherchait l'arrêt *Pfeiffer*.

Toujours est-il que, dans les hypothèses où il opère effectivement, le rattachement au domicile commun peut lui aussi, comme le *locus delicti* dont il atténue par contraste la primauté, se réclamer des prévisions naturelles et spontanées des particuliers¹⁸⁶⁷. À ce point de vue, les deux rattachements en lice sont bien plus performants que le régime de la *lex fori* mais *in abstracto* largement équivalents entre eux, au point d'ailleurs que les États se divisent à leur égard. Cette division n'affecte pas les délits qui ne touchent que la société aus-

¹⁸⁶⁴ *Neilson* (2004), 28 WAR 206, n° 48.

¹⁸⁶⁵ C'est par exemple l'interprétation que donnent A. Lu / L. Carroll, « Ignored No More », p. 61 : « Adopting the *lex loci delicti* choice of law rule, excluding flexible exceptions, ensures that the *lex causae* will always be certain and the promotion of certainty is one of the crucial factors in the efficacy of a choice of law rule ».

¹⁸⁶⁶ Cf. R. Yezerski, « Renvoi Rejected ? », p. 289 : « contrary to the interprétation of *Zhang* adopted by the Full Court, the High Court never suggested that certainty and predictability were ends in themselves. Their value arises from the fact that certainty and predictability facilitate international transactions by minimising the legal confusion that can arise from multi-jurisdictional liability ». Cf. M.-A. Moreau-Bourlès, *Structure du rattachement*, p. 418, pour qui la « sécurité juridique... aboutit à renforcer les échanges internationaux ».

¹⁸⁶⁷ Cf. Kirby J., in *Zhang* (2002), 210 CLR 491, n° 130 ; en ce sens ég. R. Yezerski, « Renvoi Rejected ? », p. 292.

traliennne car, grâce à l'arrêt *Pfeiffer*, la *lex loci* est désormais imposée à tous les États et Territoires fédéraux. Mais lorsqu'il s'agit d'espèces internationales, il arrive parfois que les deux pays mis en cause – l'Australie et un autre État souverain – aient pris sur ce point un parti différent de sorte que leurs règles de conflit se désignent mutuellement. Ces conditions étaient réunies dans l'affaire *Neilson*. On sait que lorsque deux règles de conflit retiennent chacune un rattachement en soi spontanément prévisible mais différent de celui que retient l'autre, occasionnant un conflit de renvoi, elles finissent par être source de l'imprévisibilité la plus entière du droit applicable au sens précisé, c'est-à-dire de l'impossibilité pour les parties de connaître, avant et après le délit et aussi longtemps qu'un juge n'en est pas saisi, la loi qui le gouverne¹⁸⁶⁸. On en vient là au sens premier de la prévisibilité, celui qu'a négligé la *Full Court*, en prenant ses distances, ici de nouveau, des préoccupations animant les arrêts *Pfeiffer* et *Zhang*¹⁸⁶⁹.

C'est cette signification primordiale de la « prévisibilité » qui retient l'attention à peu près exclusive de la Haute Cour¹⁸⁷⁰.

C – Prévisibilité dans l'arrêt *Neilson* rendu par la High Court

426. Uniformité comme garantie de prévisibilité. On a vu à quel point les motifs de la décision *Neilson* et la solution qu'elle apporte sont structurés par le désir que les justiciables impliqués dans des relations de nature délictuelle s'inscrivant à la fois dans les milieux australien et chinois bénéficient de la prévisibilité de la loi qui leur est applicable – qu'elle soit chinoise ou australienne – et, par là même, de la sécurité juridique. Ces impératifs ne sont réellement satisfaits que si la détermination de cette loi « est indépendante de la saisine des juges »¹⁸⁷¹. Le songe de la coordination entre ordre australien et ordre chinois a en effet comme obsédé les hauts magistrats. Pour atteindre l'uniformité recherchée, la coopération de l'État en conflit, la Chine en l'occurrence, est évi-

¹⁸⁶⁸ Cf. J. Greene, « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », p. 367, pour laquelle « certainty and predictability are, of course, about more than giving effect to expectations » : pour elle, la « certitude et la prévisibilité » sont des composantes essentielles de la justice, tandis que le « fulfilment of expectations » n'en est qu'un « by-product ».

¹⁸⁶⁹ A. Lu / L. Carrol, « Ignored No More », p. 60, citant Juenger selon lequel la « quest for uniformity of choice of law » serait « futile ». Il semble bien que, pour ces auteurs, la « certainty and predictability » s'opposent à l'« uniformité ». De même, R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 18, remarque qu'au nom de la « uniformity of outcome », « predictability, certainty and simplicity were discarded ». Ce langage défectueux se retrouve chez M.C. Pryles, « Tort and Related Obligations in Private International Law », p. 54 : « the *lex fori* can be preferred to the *loci delicti* on the basis of certainty. However, if we also have regard to uniformity of result then the *lex loci delicti* rule clearly emerges the winner ».

¹⁸⁷⁰ Comme le reconnaît R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 2, « the rationale of endorsing *renvoi* in *Neilson* was, in short, the object of securing uniformity of outcome with – what was claimed to be – the outcome that a Chinese court would reach in the case » ; v. ég. *ibidem*, p. 18 : « the expressed objective of choice of law in *Neilson* was uniformity of outcome or 'decisional harmony' ».

¹⁸⁷¹ R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 18.

demment indispensable, mais encore faut-il s'attacher à la favoriser. En se laissant guider par le principe de proximité, la Cour suprême s'engage bien, avons-nous dit, dans cette voie en posant un jalon solide. On ajoutera qu'elle aboutit par là même à privilégier la loi de l'État, l'Australie, dont l'emprise qu'il avait vocation à réclamer sur cette relation privée particulière est probablement la plus conforme à l'expectative « préjuridique » et de bonne foi que pouvaient développer Barbara Neilson et Overseas pour peu qu'elles aient réfléchi à la question. Sous cet éclairage, l'arrêt *Neilson*, loin de contredire la jurisprudence *Zhang et Pfeiffer* et d'y introduire un élément « troublant et obscur »¹⁸⁷², semble bien se placer dans le sillage de ces « précédents » et tendre vers l'objectif qu'ils s'assignent – la prévention au profit des justiciables du conflit international de lois – par le biais d'une adaptation du rattachement dont la disparité de la donne de départ suggérerait la nécessité.

C'est sur cette affaire déjà mémorable que s'achève l'étude de la jurisprudence ayant été confrontée aux conflits de renvoi dans le domaine de la responsabilité délictuelle. L'enquête s'est révélée tout compte fait assez fructueuse. Il est temps d'en dresser le bilan.

Sous-section 4 : Bilan du rôle de la proximité et de l'auto-nomie

427. Plan. Le principe de proximité semble capable de rendre compte de la grande majorité des décisions analysées (§ 1). L'accord des parties contribue à en éclairer quelques-unes (§ 2). Si l'on exclut les affaires dans lesquelles le conflit de renvoi n'a pas été retenu – *Quatreboeuf c. Cristofari*, BGH du 13 mars 1984, *Haumschild v. Continental Casualty* et probablement *Josi c. Faes* –, il semble que seul l'arrêt *Folk v. York-Shipley* ne saurait être expliqué à l'aide d'aucuns de ces deux critères¹⁸⁷³.

§ 1. Principe de proximité

428. Deux séries d'affaires. Parmi les décisions pouvant être motivées par le principe de proximité, il convient d'en distinguer deux groupes. On rangera dans le premier les arrêts, moins nombreux, où la prépondérance du lien rattachant la relation litigieuse à l'une des lois en conflit était à tel point écrasante qu'elle faisait apparaître comme fortuit ou quasi-fortuit le lien par lequel la relation s'intégrait au sein de l'État de la loi rivale. Dans la seconde catégorie, plus fournie, on classera les affaires où la force de l'attache globale affichée par une loi, pour être supérieure, ne rendait pas insignifiante celle dont pouvait se prévaloir l'autre.

¹⁸⁷² C'est le titre de la contribution de R. Mortensen, « Troublesome and Obscure », p. 3.

¹⁸⁷³ *Supra*, n° 414.

429. Le lien avec un des États en conflit de renvoi est fortuit ou quasi-fortuit.

Dans trois affaires, non seulement le lien que l'espèce entretenait avec l'État du for, dont la loi était désignée par la règle de conflit étrangère, était nettement plus significatif que le lien la rattachant à l'État étranger désigné par la règle du for – il s'agissait, dans toutes ces espèces, du pays du *locus delicti* –, mais ce dernier lien se révélait en l'occurrence fort ténu. C'est d'abord le cas de deux affaires belges, anversoises notamment : celle tranchée par le Tribunal civil d'Anvers en date du 4 novembre 1976¹⁸⁷⁴, où les attaches des intéressés (résidence et nationalité) et du seul véhicule impliqué (lieu d'immatriculation, d'assurance et de stationnement) étaient toutes localisées en Belgique ; et celle dont s'est occupée la Cour d'appel d'Anvers en 1999¹⁸⁷⁵, où le lieu du fait générateur, la Suisse, était tout à fait accidentel, les parties n'ayant de connexions qu'avec le milieu belge. C'est ensuite le cas de l'affaire américaine *Saharceski v. Marcure* du 12 septembre 1977¹⁸⁷⁶ : la victime et l'auteur du délit étaient résidents du Massachusetts, où se trouvait le siège de la société qui les employait et le lieu de l'établissement qui les avait embauché, le Connecticut n'étant que le lieu d'une mission professionnelle ponctuelle. Dans deux autres affaires, c'est le for qui était faiblement concerné. Tel est le cas de celle qu'eut à régler OLG Karlsruhe du 7 décembre 1978¹⁸⁷⁷ : le sinistre était survenu du côté allemand de l'autoroute marquant la frontière franco-allemande, alors que l'espèce, par la résidence, la nationalité et l'immatriculation des véhicules, ne s'inscrivait en substance que dans la communauté française. Tel est aussi le cas de l'affaire *Lemons v. Cloer*, où le drame s'était aussi produit près d'une frontière inter-étatique, celle séparant le Tennessee de la Géorgie, le responsable et les victimes et probablement le véhicule impliqué n'entretenant des attaches qu'avec la Géorgie.

430. Aucun des rattachements n'est fortuit. Dans d'autres situations, aucun des rattachements qui s'affrontaient ne saurait être qualifié d'accidentel, car ils se trouvaient tous deux renforcés par d'autres indices de localisation. Toujours est-il que la balance globale de la proximité inclinait de façon perceptible du côté d'une des lois en conflit, presque toujours la loi du for.

Les quatre affaires allemandes mettant en cause des accidents de la circulation en apportent une première et éclatante illustration. Dans LG Schweinfurt du 25 octobre 1979¹⁸⁷⁸, LG Nürnberg-Fürth du 31 janvier 1980¹⁸⁷⁹, LG Munich du 3 août 1982¹⁸⁸⁰ et OLG Francfort du 24 juin 1999¹⁸⁸¹, l'Allemagne était

¹⁸⁷⁴ *Supra*, n° 399.

¹⁸⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁷⁶ *Supra*, n° 410.

¹⁸⁷⁷ *Supra*, n° 403.

¹⁸⁷⁸ *Supra*, n° 405.

¹⁸⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸⁸¹ *Ibidem*.

le pays d'immatriculation et d'assurance des véhicules ainsi que le lieu de la résidence commune du responsable et de la victime. Dans les trois premières affaires, la victime avait la nationalité allemande. Cependant, dans les deux premières comme dans la quatrième, la nationalité de l'auteur du délit consolidait le lien que l'espèce entretenait avec le pays du lieu du sinistre, à savoir l'ex-Yougoslavie. Or ainsi que les tribunaux le relèvent, cela suffit en soi à exclure la nature accidentelle du *locus* : le responsable avait manifestement conservé des attaches sérieuses avec ce pays et sa nationalité était parfaitement effective. Dans la quatrième affaire, la nationalité et la résidence du conducteur responsable pointaient vers le pays du fait dommageable. Dans l'espèce tranchée en première instance par LG Munich du 3 août 1982, l'existence d'un conflit de renvoi fut même remise en cause en appel au motif qu'en vertu de la nationalité portugaise de l'épouse du responsable, le *locus delicti*, lequel se trouvait aussi au Portugal, n'était point insignifiant.

L'étude des autres affaires européennes livre des résultats comparables. Dans LG Heidelberg du 4 décembre 1990¹⁸⁸², l'Allemagne était le lieu du délit – lieu qu'aucune des règles en conflit ne retenait comme facteur de rattachement –, de la résidence des deux intéressés et de l'exercice de leur activité professionnelle. Cela n'a pas empêché le tribunal d'insister sur l'importance de leur ancrage aux États-Unis, fondé sur une nationalité commune propre, en l'espèce, à créer un « milieu juridique commun ». Dans Cour de Gand du 4 octobre 1994¹⁸⁸³, victime et responsables appartenaient à la même famille laquelle, par la nationalité et la résidence des membres concernés, semble bien avoir été plus significativement insérée dans la société belge que dans la société anglaise. Le lieu du délit n'était cependant pas la seule attache avec l'Angleterre : on devine en tout cas que la résidence des responsables s'y trouvait, quoiqu'on en ignore le degré de stabilité. Dans Cour de Pau du 24 juin 1981¹⁸⁸⁴, si le siège, le domicile, la nationalité des responsables et la résidence secondaire de la victime de même qu'une partie des éléments constitutifs de l'activité délictuelle étaient localisés en France, l'attache avec l'Espagne, lieu de la vente des titres et de la résidence habituelle de la victime, n'était à l'évidence pas dénuée de pertinence. Dans OLG Karlsruhe du 17 juin 2004¹⁸⁸⁵, le lieu du dommage se trouvait en Allemagne, où était situé le terrain contaminé et où le propriétaire de celui-ci avait son siège. Mais les contacts de l'espèce avec la France, de par la résidence ainsi que la nationalité de l'auteur et de la victime immédiate, n'étaient assurément pas négligeables¹⁸⁸⁶.

Une distribution comparable des circonstances pertinentes est offerte par les affaires extraeuropéennes. Dans la cause *Noel v. United Aircraft Corpora-*

¹⁸⁸² *Supra*, n° 406.

¹⁸⁸³ *Supra*, n° 399.

¹⁸⁸⁴ *Supra*, n° 396.

¹⁸⁸⁵ *Supra*, n° 406.

¹⁸⁸⁶ *Ibidem*.

tion¹⁸⁸⁷, la primauté de l'attache globale avec les États-Unis, pour être incontestable, n'était pas de nature à retirer toute valeur au lien avec le Venezuela, État du pavillon et de destination de l'avion sinistré. Dans l'affaire *Tyminski v. U.S.*¹⁸⁸⁸, le lieu de résidence de la victime et de l'administration des soins peuvent certes justifier la préférence accordée à la loi du New Jersey, mais le lieu du délit n'était pas pour autant fortuit, ne serait-ce que pour le contexte professionnel dans lequel s'inscrivaient la victime et l'établissement responsable. Le rattachement au *locus* dans l'affaire *Pfau v. Trent Alluminium*¹⁸⁸⁹ est loin d'être lâche car la résidence commune des parties s'y trouvait. Enfin, dans l'affaire *Neilson*¹⁸⁹⁰, si la situation était, on l'a vu, plus significativement inscrite dans la communauté australienne, la Chine ne représentait tout de même pas uniquement le lieu inopiné de survenance du dommage : c'était aussi le lieu de l'exercice de l'activité professionnelle de l'époux de la victime et, surtout, de la résidence de celle-ci, temporaire certes, mais destinée à durer pendant un temps appréciable.

431. Principe de proximité et clause d'exception. La distinction se dégageant de la jurisprudence analysée nous met en garde contre la tentation de croire que, dans les espèces passées en revue, les juges n'ont utilisé le renvoi que dans le but d'habiller une dérogation à la règle de conflit ordinaire, notamment à la *lex loci*, réputée peu appropriée, pour travailler en secret à la mise au point d'une règle de conflit nouvelle (à rattachement prédéterminé ou retenant la proximité pure).

On a vu que le *Bundesgerichtshof*, dans son grand arrêt de 1984¹⁸⁹¹, et la Cour suprême du Wisconsin, dans l'affaire *Haumschild*¹⁸⁹², n'ont pas été prêts à se livrer à ce qu'ils regardaient comme un encombrant détour, en préférant forger une nouvelle règle de conflit désignant en l'occurrence immédiatement la loi du for. Or, une fois une telle règle édictée, qu'elle retienne un rattachement spécifique ou le principe de proximité pure, la situation de renvoi se dérobe. Ces arrêts n'ont été ici évoqués que pour les bannir de la liste de ceux qui ont conclu à l'existence d'un conflit négatif de règles de conflit. D'autres décisions laissent voir que la prise de conscience d'une situation de renvoi à laquelle aboutissait la règle ordinaire n'a fait qu'offrir au juge, généralement d'instance inférieure, un argument bienvenu pour écarter cette règle en faveur d'une solution dont il est possible qu'il l'aurait retenue de toute façon. Tel un *escape device*, le renvoi lui épargnait l'embarras de motiver une décision autrement à contrecourant. Empressons-nous toutefois de préciser que les situations

¹⁸⁸⁷ *Supra*, n° 411.

¹⁸⁸⁸ *Supra*, n° 413.

¹⁸⁸⁹ *Supra*, n° 415.

¹⁸⁹⁰ *Supra*, n° 418.

¹⁸⁹¹ *Supra*, n° 405.

¹⁸⁹² *Supra*, n° 409.

de ce type sont rares. Ce n'est semble-t-il le cas que de l'affaire tranchée par le Tribunal civil d'Anvers le 4 novembre 1976 et peut-être aussi de *Saharceski v. Marcure*. Pour ce qui est des autres, il semble bien que les juges n'auraient pas retenu la loi du for s'ils n'avaient pas dû affronter et résoudre un conflit de renvoi et ce, alors même que la loi étrangère désignée par leur règle de conflit n'était pas celle avec laquelle la cause présentait les liens les plus étroits. C'est là le risque – dont il semble que les tribunaux l'aient assumé sans trop de peine – inhérent à toute règle de conflit à rattachement déterminé, de même que la rançon que la justice individuelle se doit de verser à la prévisibilité et à la sécurité du droit. Ainsi de la décision rendue par la Cour d'Anvers le 24 octobre 1999, où pourtant le rattachement au *locus* s'avérait faible, mais en définitive pas plus que celui qui caractérisait l'espèce *Josi*, que la Cour de cassation maintint sous l'emprise de la loi locale ; ainsi, et plus nettement encore, des affaires – que nous avons classées au sein du deuxième groupe dégagé plus haut – dans lesquelles le lien avec l'État étranger demeurerait significatif : l'on songe aux cinq espèces allemandes, à l'affaire *Noel* et, avec un éclat particulier, à l'affaire *Neilson*.

L'hostilité des tribunaux envers une dérogation directe à la règle de conflit ordinaire est d'ailleurs parfois résolument affichée. La Haute Cour d'Australie réitère ainsi avec insistance sa répugnance à introduire toute *flexible exception*. De même, les juges allemands du fond relèvent méticuleusement l'absence de conditions fixées par la Cour suprême allemande permettant d'évincer la règle ordinaire¹⁸⁹³. À l'idée selon laquelle serait ici subrepticement à l'œuvre une « clause échappatoire » on peut par ailleurs opposer que les conditions pour son apparition, telles du moins qu'elles sont formulées par les codifications d'aujourd'hui, à savoir la double existence d'un lien « très lâche » avec le pays désigné et d'un lien « beaucoup plus significatif » avec un autre pays, n'étaient pas remplies au regard du second groupe de décisions, de bon nombre d'entre elles en tout cas.

Il est permis de conclure que le recours à la loi du for dans ces affaires s'explique, non pas par l'intention des juges de se défaire d'un rattachement qu'ils regardaient sur le plan général comme insatisfaisant, mais bien par le souci, évoluant sur un échelon supérieur et fonctionnant selon des règles propres, de trancher, à l'aide du critère bilatéralisable de la proximité, un conflit de renvoi. Ces « autres » règles trouvent leur fondement dans l'altération, que provoque la situation de renvoi, de l'articulation habituelle entre *sécurité* et *justice individuelle* et aspirent, on l'a vu, à poursuivre celle-là en affinant celle-ci.

¹⁸⁹³ *Supra*, n° 405.

§ 2. Autonomie individuelle

432. Accord bilatéral et volonté unilatérale de la victime. Dans la quasi-totalité des cas étudiés, il y avait désaccord au sujet du droit applicable, chacun des plaideurs se réclamant d'une des lois en présence. On n'a pu relever que deux exceptions : dans Cassation belge du 18 juin 1993, il n'y a pas eu d'opposition à l'efficacité de la loi locale néerlandaise et ce alors même que cette loi n'était probablement pas la plus significativement rattachée à la relation litigieuse ; dans Cour d'Anvers du 27 octobre 1999¹⁸⁹⁴, il est en revanche malaisé de mesurer l'incidence respective des critères de la proximité et de l'autonomie. Quant à la volonté unilatérale de la victime, elle a, on l'a vu, joué un rôle probablement décisif dans deux arrêts de l'OLG Sarrebrücken, du 22 octobre 1957 et du 5 mars 1963¹⁸⁹⁵. Retenue par la règle de conflit du for pour trancher entre la loi du fait générateur et la loi du résultat dommageable, les juges sarrois lui ont confié la mission supplémentaire d'arbitrer le jeu des désignations croisées. On a vu que le choix du lésé fournit lui aussi un critère obéissant à la maxime que prescrit la synthèse car il est « bilatéralisable » et par conséquent voué à être promu au rang de principe de solution d'un conflit négatif de règles de conflit¹⁸⁹⁶. On observera au surplus qu'il s'agissait de deux cas de pollution transfrontalière, à propos de laquelle, en cas de doute et *ceteris paribus*, une certaine empathie envers les victimes est assez répandue¹⁸⁹⁷.

La pénurie d'arrêts justifiables par appel à l'autonomie des parties ne doit pas inciter, pensons-nous, à remettre en cause la positivité de ce critère. Le renvoi aboutissant à l'application de la loi du for n'est souvent pas débattu par les plaideurs, notamment dans le domaine délictuel, ce en quoi on peut voir une acceptation tacite soit de l'application de la loi étrangère désignée par la règle du for, soit, si celle-ci n'est pas invoquée, de la loi du for désignée par la règle de conflit étrangère.

¹⁸⁹⁴ *Supra*, n° 399.

¹⁸⁹⁵ *Supra*, n° 402.

¹⁸⁹⁶ *Supra*, n° 119.

¹⁸⁹⁷ Comp. art. 7 Règlement « Rome II ».

Conclusions du Titre II

433. Portée du caractère bilatéral des facteurs de solution des conflits de rattachements mis en œuvre par les tribunaux. Pour mesurer le degré de pénétration dans le droit positif d'origine jurisprudentielle de la thèse que nous avons appelée « synthèse », il convient une fois de plus de distinguer entre la *forme* qu'une telle thèse commande de forger à la règle de conflit de renvoi, qui ne peut qu'être *bilatérale*, et le *fond* des critères à y inscrire, pour lesquels elle n'adresse aux États « co-intéressés » que des consignes *négatives*. Il doit, en effet, s'agir de facteurs tiers, et partant neutres, supérieurs aux rattachements que les communautés étatiques en cause consacrent dans leurs règles de conflit de lois et à même de favoriser le dépassement du conflit résultant de la divergence de ces rattachements, c'est-à-dire à même d'assurer la prévention du conflit international de lois et des « solutions » qu'elles consacrent et, par conséquent, la prévisibilité et la justice du Droit à l'égard des relations humaines transfrontières frappées par le conflit de renvoi.

Soutenir que les critères développés et utilisés par les juges pour trancher les conflits de renvoi sont *bilatéraux*¹⁸⁹⁸ revient à soutenir que les juges qui, faisant état de la dualité « croisée » de rattachements, ont décidé que la vocation de la loi du for et, par conséquent, la prétention du particulier qui s'en réclamait, méritaient de l'emporter, n'en ont pas décidé ainsi uniquement au motif que la règle de conflit étrangère désignait la loi du for – c'est là où s'arrête la *thèse* – mais bien en vertu également d'autres facteurs de justice, quels qu'ils soient ; autrement dit, que le constat de l'existence d'un conflit de renvoi a été une raison certes *nécessaire*, mais qu'elle n'est pas encore *suffisante* pour expliquer la préférence qu'ils ont donnée à la loi du for. S'agissant des décisions qui ont statué au profit de la loi étrangère, affirmer la bilatéralité de la norme de conflit de renvoi qui les sous-tendrait revient à affirmer que le fait que la règle de conflit du for désignait la loi étrangère représente une cause nécessaire de cette jurisprudence, mais non pas, contrairement à ce que proclame l'*antithèse*, une cause suffisante, et que les circonstances particulières de ce second groupe d'affaires ont fait apparaître comme prépondérante la vocation de la loi étrangère, et partant qu'elles ont fait apparaître qu'il était *plus juste* que celle-ci soit retenue, et que soit jugée mieux fondée la prétention qu'avancait le plaideur qui en revendiquait le bénéfice. La théorie de la bilatéralité de l'approche suivie par les tribunaux suggère enfin que, dans les deux séries de cas, ces éléments supplémentaires « décisifs » sont tels que les autorités de l'État étranger auraient pu les convoquer elles aussi, et pourraient les convoquer à l'avenir, pour trancher au profit de la même loi des conflits de renvoi analogues, en un

¹⁸⁹⁸ Pour le sens de l'expression « normes individuelles en conflit de renvoi », v. *supra*, n° 218.

mot que, nés comme facteurs de *justice individuelle*, ils ont vocation à devenir également des facteurs de *justice abstraite et générale* et pour cela de *prévisibilité* et de *sécurité juridique*¹⁸⁹⁹.

De nombreux arguments conduisent à penser que, dans l'ensemble, c'est bien ainsi que les choses se sont passées.

434. Principes d'interprétation des décisions de justice. Ces arguments sont suggérés par ce que l'on peut appeler la « théorie de l'interprétation des *actes normatifs judiciaires* », laquelle, si elle reste semble-t-il à édifier¹⁹⁰⁰, pourrait bien l'être au départ de la théorie de l'interprétation des *actes normatifs privés*, notamment des contrats et des actes unilatéraux, d'une part, et, d'autre part et plus encore, de celle des *actes normatifs législatifs*, c'est-à-dire des lois.

Il est d'emblée permis de penser que, parmi deux ou plusieurs interprétations envisageables d'une décision, dont aucune n'est contredite par sa lettre, qui englobe l'exposé des *faits* et des *motifs* ainsi que l'énoncé du *dispositif*, l'interprétation qui la rend *plus intelligible est ceteris paribus* préférable à celle qui la rend moins intelligible, que la lecture qui la met à l'abri de la critique est préférable à celle qui la rendrait critiquable, que celle à la lumière de laquelle le texte prendrait un sens est préférable à celle qui la rend moins sensée voire insensée. « *La meilleure interprétation des décisions passées est celle qui les fait apparaître sous leur meilleure lumière... en les rapprochant le plus possible de l'idéal d'un système juridique juste* »¹⁹⁰¹. C'est le sens primordial de l'adage « *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* »¹⁹⁰², d'après lequel l'interprétation qui parvient à donner un sens, et donc des effets, à un acte juridique possède un surcroît de légitimité intrinsèque comparée à celle qui l'en priverait. Nous avons relevé que la décision de justice et l'acte privé conforme aux règles générales, auquel se rapporte au premier chef le principe herméneutique en question, sont l'une et l'autre des actes juridiques producteurs de normes individuelles et d'ailleurs un tel principe est également utilisé en vue d'interpréter des textes édictant des *règles générales*¹⁹⁰³.

¹⁸⁹⁹ Cf. les explications de P. Mayer, « Existe-t-il des normes individuelles ? », p. 684, au sujet des conditions de naissance d'une règle jurisprudentielle : « il n'est pas nécessaire que la règle soit énoncée par quiconque – les motivations des jugements sont souvent défailtantes, voire inexistantes – pour qu'elle se dégage. La seule répétition de décisions individuelles rendues dans des cas semblables, sans volonté délibérée de poser une règle, permet à l'observateur de conclure à la probabilité que dans un nouveau cas semblable une même décision serait rendue, *ce qui est en soi constater l'existence d'une règle jurisprudentielle* » (c'est nous qui soulignons).

¹⁹⁰⁰ Notamment en Europe continentale, car la tradition anglo-américaine, avec « la doctrine des précédents », qui suppose la recherche et la mise en lumière de la *ratio decidendi* et de sa portée, nous paraît, sur ce point, plus avancée.

¹⁹⁰¹ R. Dworkin, « 'Natural' law revisited », 34 *U. Fla. L. Rev.* 165 (1981-1982), p. 168 : « the best interpretation of past decisions is the interpretation that shows these in the best light, not aesthetically or politically, but as coming as close to the correct ideals of a just legal system as possible ».

¹⁹⁰² Digeste, 45, I, 80.

¹⁹⁰³ Aux États-Unis, v. A. Scalia / B. Garner, *Reading Law – the Interpretation of Legal Texts*, 2012, notamment pour vérifier si les lois (étatiques ou fédérales) sont valables car conformes, ou invalides en tant que contraires, à la Constitution américaine.

C'est alors vers les méthodes usuelles d'interprétation *des lois* que l'on se tourne. Appliquée à l'exégèse des décisions de justice, l'ensemble de ces méthodes semble bien aisément accréditer la bilatéralité du principe de solution retenu par la jurisprudence pour trancher un conflit de renvoi.

Il en va d'abord ainsi de l'interprétation méritant d'être qualifiée de *systématique*, laquelle, en appréhendant ces normes individuelles comme autant de maillons d'un réseau, invite à éclairer les unes par les autres. Or c'est un fait que, dans tout pays, on repère des décisions qui se sont prononcées pour la loi étrangère à côté de décisions qui ont retenu la loi du for, et il est également peu contestable que les tribunaux ayant rendu les unes et les autres ont eu le sentiment bien plus d'une continuité de *ratio decidendi* que d'une contradiction de *ratio decidendi*. Nous avons d'ailleurs relevé que ces affaires impliquaient parfois les mêmes couples de pays, c'est-à-dire que le conflit de renvoi mettant en cause les États A et B a été tantôt tranché au profit de la loi de A du for et tantôt au profit de la loi étrangère de B, sans que le tribunal ayant retenu la loi étrangère à l'égard d'une affaire postérieure n'ait eu l'impression qu'il contrevenait au principe qu'avait adopté son collègue qui avait fait jouer la loi du for à la faveur d'une affaire antérieure¹⁹⁰⁴. C'est aussi ce que confirme une interprétation *comparative*, qui embrasse d'un regard tous ces ensembles nationaux de normes individuelles et suggère qu'ils pourraient servir les uns à l'intelligence des autres, car les tribunaux qui les ont construits ont été globalement conscients de l'universalité du problème et se sont inspirés les uns des solutions données par les autres, s'engageant parfois dans un dialogue à distance, dans un processus silencieux de coopération¹⁹⁰⁵. Une interprétation *téléologique* va dans le même sens car la bilatéralité des normes individuelles de conflit de renvoi est seule réellement conforme à l'objectif ultime que les tribunaux ont souvent déclaré et, en tout cas, quasi systématiquement laissé entendre, s'assigner, c'est-à-dire de « supprimer un conflit de lois » en la forme d'un conflit de renvoi, de « décider comme le juge étranger aurait pu le faire », d'« harmo-

¹⁹⁰⁴ Cf. l'idée de « adjudicative coherence » ou « coherence in adjudication » développée par R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.), 1986 – v. déjà « Law as Interpretation », 60 *Tex. L. Rev.* 527 (1981-1982), p. 543 – selon laquelle en substance une interprétation qui restitue cohérence à une « chaîne » de décisions est préférable à une interprétation qui astreint à y voir de l'incohérence : « when no statute figures centrally in the legal issue, and the argument turns on which rules or principles of law 'underlie' the related decisions of other judges in the past... each judge... must read through what other judges in the past have written not simply to discover what these judges have to say, or their state of mind when the said it, but to reach an opinion about what these judges have collectively *done* [italique en original]... Each judge must regard himself, in deciding the new case before him, as a partner in a complex chain enterprise of which these innumerable decisions, structures, and practices are the history ; it is his job to continue that history into the future through what he does on the day. He *must* interpret what has gone before because he has a responsibility to advance the enterprise in hand rather than strike out in some new direction of his own ».

¹⁹⁰⁵ Ces décisions « se soutiennent mutuellement, se renforcent mutuellement », selon la définition de « cohérence » proposée par V. J. Raz, « The relevance of coherence », p. 277 (« mutually supporting... mutually reinforcing »).

niser les systèmes du for et étranger ». Leur prêter un raisonnement bilatéral revient dès lors à épouser une conviction aussi ferme qu'elle a été instinctive et aussi largement partagée, c'est-à-dire à conclure en substance que nos juges *ne se sont pas trompés*, qu'en arbitrant le conflit de renvoi comme ils l'ont fait, tantôt au profit de la loi du for tantôt au profit de la loi étrangère, ils ont réellement accompli ce qu'il était en leur pouvoir en vue de l'harmonie de solutions, qu'ils ont chacun apporté leur pierre à l'entreprise de la coordination des systèmes entre leur État et l'État désigné par leur règle de conflit de lois.

C'est ce qu'atteste également l'interprétation qu'on est tenté d'appeler *logique* et *ontologique* car fondée sur la quintessence du travail judiciaire. Il est en effet inhérent à l'office du juge, lorsqu'il est confronté à une question inédite, pour laquelle manque donc toute consigne préexistante qui le lierait, de l'aborder en travaillant dans l'abstraction, tout comme le législateur national en lieu et place duquel il agit, et de concourir au développement d'un critère général capable de fournir une directive de conduite aux justiciables qui s'engageront dans des relations semblables et, par là, de guider la pratique ultérieure¹⁹⁰⁶. Or puisque, quand il légifère en matière de droit international privé, le législateur national doit se représenter en législateur universel¹⁹⁰⁷, le juge national, quand il fait office de législateur national, doit lui aussi se poser en organe de la justice internationale, c'est-à-dire, en cas de renvoi, s'élever à une vision binoculaire, bilatérale, binationale, bi-étatique du conflit négatif entre règles de conflit et le trancher comme pourrait le faire un juge international, binational, bi-étatique, et spécialement un juge de l'autre État « co-intéressé ». Il semble bien qu'un tribunal international, binational, ne pourrait trancher le conflit de renvoi entre les lois de A et de B au profit de la loi de A du seul fait qu'elle est la loi du for parce qu'un tel critère ne réunirait pas le caractère de la généralité et serait dès lors impuissant à prévenir des conflits de lois s'élevant à l'avenir et par là des contestations futures entre particuliers : la loi au profit de laquelle il opère n'étant connaissable qu'après la saisine, les litiges interindividuels s'en trouveraient même encouragés et ce qui est découragé, c'est l'établissement

¹⁹⁰⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 338 : « il est faux de croire que, si la décision des cas concrets n'est pas liée à des normes générales créées par la voie de la législation ou coutumièrement, les normes générales sont complètement exclues de la procédure de création du droit. Lorsque l'organe auquel un cas concret est soumis pour décision doit prendre une décision 'juste', il ne peut le faire qu'en appliquant une *norme générale qu'il tient pour juste*. Puisqu'une telle norme générale n'a pas été créée déjà par voie de législation ou de coutume, l'organe appelé à trouver le droit doit procéder exactement de la même façon que le législateur ; or quand il élabore et arrête des normes générales, celui-ci est guidé par un certain idéal de justice... il n'y a pas d'autres moyens de donner une telle justification, de fonder la validité d'une norme individuelle, que d'établir qu'elle correspond à une *norme générale supérieure* que l'on suppose être *juste*. La norme qui constitue la valeur de justice doit nécessairement, par essence, avoir un *caractère général* » (l'italique est de nous). Cf. R.A. Wassestrom, *The Judicial Decision*, Stanford, 1961 ; R. Dworkin, « Law as Interpretation », 60 *Tex. L. Rev.* 527 (1981-1982), p. 543.

¹⁹⁰⁷ Entre tous B. Audit, *D.i.p.*, p. 3-4 : « Chaque État devrait avoir... pour souci que les principes qu'il applique en présence de situations privées internationales soient susceptibles d'être érigés en règles universelles ».

des relations humaines internationales. Aussi bien, un juge international serait contraint d'arbitrer un conflit entre les aptitudes naturelles des lois des deux États à recouvrer le champ d'application initialement délaissé par leurs règles de conflit en mettant en balance les mérites respectifs de ces vocations concurrentes. Semblablement et quant à son homologue de l'État B désigné par sa règle de conflit, ce n'est qu'en se représentant celui-ci comme pouvant être saisi de conflits analogues, que le juge de l'État A remplit sa mission prospective, c'est-à-dire la tâche de prévention qui lui incombe, le critère par lequel il tranche le conflit de renvoi étant propre à maintenir à l'état virtuel les procès ayant pour objet le même conflit de renvoi entre les États A et B. Il s'ensuit qu'affirmer que l'approche du conflit de renvoi qu'ont adoptée les tribunaux a été bilatérale, que le facteur qu'ils ont mis en œuvre pour trancher le conflit de lois sous forme de conflit de renvoi a été bilatéral, signifie simplement conclure que les tribunaux ont *bien fait leur travail*, mais qu'ils n'ont rien fait d'autre que leur travail. Il est alors tentant d'étendre à la jurisprudence sur le renvoi émanant de tous les pays analysés, dans les deux domaines considérés, ce qu'un auteur a pu écrire à propos de la jurisprudence française des trois premières décennies du vingtième siècle qu'il avait minutieusement étudiée et dont il avait remarqué qu'elle est « pénétrée d'esprit universaliste », que « dans le silence des textes, elle s'applique à découvrir des règles universelles », que « pour nationale qu'elle soit de son essence, elle n'est pas moins universaliste par sa méthode, par son esprit, et par les règles qu'elle consacre », que « le système qu'elle construit pourrait faire office de système universel », qu'on pouvait discerner « une leçon d'universalisme » donnée aux auteurs¹⁹⁰⁸.

Enfin, et peut-être surtout, dans des cas bien nombreux, l'interprétation *littérale* des textes de ces décisions, notamment si elle est appréhendée sous l'angle *positif* (ce qui y figure) et *négatif* (ce qui n'y figure pas et devrait y figurer si elles avaient réellement souscrit à la thèse ou à l'antithèse), suffit à elle seule pour se convaincre du caractère bilatéral dont il est ici question. L'aspect négatif consiste à observer que nos tribunaux n'ont pas vraiment été satisfaits du bien-fondé de la thèse pas plus que de l'antithèse et il est bien rare qu'ils aient motivé par appel aux arguments que l'une ou l'autre avancement la position qu'ils ont prise en faveur de la loi du for ou de la loi étrangère. L'aspect positif repose sur l'observation que dans une multitude de décisions, surtout au cours des quarante dernières années, les critères qui ont inspiré la solution du conflit négatif de règles de conflit sont énoncés par les juges de manière explicite, parfois sous forme de « condition » de la vocation de la loi du for à l'emporter – que l'on pense à *Lowenthal*, *Denney*, *Riley*, *Neilson* et bien d'autres –, et il s'agit de critères tiers par rapport aux rattachements en conflit négatif et pouvant opérer au profit de la loi du for et de la loi étrangère, en un mot des *facteurs bilatéraux* au sens ici retenu.

¹⁹⁰⁸ J. Donnedieu de Vabres, *L'évolution de la jurisprudence française*, p. 13, 21 et 23 (*supra*, n° 274).

Pour les raisons qui viennent d’être dites, et parce qu’en décider autrement reviendrait à méconnaître la lettre et l’esprit de cette jurisprudence, de ces décisions, envisagées chacune individuellement et dans l’ensemble qu’elle forme avec les autres et dans l’ensemble collectif et supranational que forme la réunion de ces ensembles nationaux, il est permis de conclure – et c’est la vérité – que la *bilatéralité des normes de conflit de renvoi que ces décisions comportent et des critères positivement développés et mis en œuvre par les tribunaux qui les ont rendues, a été, en tout pays et en tout temps, de droit positif*. Et il est, par conséquent, permis de conclure également qu’aucune des théories traditionnelles du renvoi – qui sont toutes fondées sur un principe qui ne parvient à la coordination entre les États, au règlement du conflit international de lois et par là du conflit entre les hommes, que si les autres États ne l’adoptent pas, c’est-à-dire sur un principe que la Justice, prise dans sa composante formelle et partant universelle, impose de regarder comme « inadmissible »¹⁹⁰⁹ – n’a jamais vraiment été, dans les pays et pour les matières envisagées, de droit positif.

435. La teneur des critères : un récapitulatif. S’agissant du *fond* de ces critères, notons d’abord qu’aucune décision n’a tranché le conflit de renvoi en faveur de la loi autre que celle – du for ou étrangère – dont se réclamaient conjointement les plaideurs, d’où il est permis de déduire la positivité de l’autonomie des parties comme facteur de solution du renvoi. Pour ce qui est des affaires, bien plus nombreuses, dans lesquelles une partie invoquait une des lois en conflit de renvoi et l’autre partie invoquait l’autre loi, un certain nombre de décisions, pour justifier la prépondérance qu’elles ont donnée à l’une ou à l’autre loi et par là à la prétention individuelle qui prenait appui sur celle-ci, s’en réfèrent aux « principes généraux du droit », à l’importance des « intérêts naissant sur le territoire du for », à la « meilleure justice des intérêts en jeu », au constat que la « totalité des autres éléments de contact » pointe vers l’une ou l’autre loi, à « la plus grande proximité » de l’affaire avec les milieux d’un ou de l’autre des États en présence. En matière successorale, sont également citées la conformité de la mise en œuvre de la loi retenue à « la volonté » et « aux attentes du *de cujus* » et l’« unité de la loi applicable à la succession », et, à propos de la responsabilité extracontractuelle, la faveur pour la victime. D’autres décisions encore font, souvent bien discrètement mais en s’y attardant parfois assez, dans ce qui a l’allure d’exposé conjoint des faits et des motifs, et en les reprenant parfois dans le dispositif, le bilan des éléments de fait pointant vers l’une ou l’autre loi, spécialement vers la loi qu’elles ont retenue. Or à défaut de texte légal et afin de combler la lacune laissée par celui-ci, c’est bien en éri-

¹⁹⁰⁹ Cf. J. Rawls, *A Theory of Justice*, p. 114, qui, parmi les « contraintes formelles du concept de droit » (« formal constraints of the concept of right »), indique l’universalité d’application (« principles are to be universal in application »), de telle sorte qu’« a principle is ruled out if it would be self-contradictory, or self-defeating, for everyone to act upon it » et, semblablement, « *should a principle be reasonable to follow only when others conform to a different one, it is also inadmissible* » (c’est nous qui soulignons).

geant un élément ou plusieurs éléments de fait à facteurs de *droit* que procède naturellement le juge, c'est-à-dire en identifiant, parmi les circonstances de l'affaire, celles, susceptibles de caractériser un nombre indéfini d'espèces, dont il estime qu'elles peuvent influencer sur le règlement de la question qui lui est soumise. En ce qu'elles motivent par appel aux faits autres que ceux que « juridifient » les règles de conflit de lois, c'est-à-dire autres que les rattachements que celles-ci retiennent, il est permis de penser que ces décisions *juridifient ces faits ultérieurs*, c'est-à-dire leur confèrent une portée normative. Il n'est dès lors pas surprenant que les motifs soient mélangés aux faits, qu'ils fassent corps avec ceux-ci, car les *motifs sont dans les faits*, dans certains d'entre eux en tout cas, qui s'en trouvent ainsi promus à la dignité de faits juridiquement pertinents, à l'instar des rattachements en conflit négatif, lesquels constituent tout à la fois des circonstances de fait et des circonstances de droit.

En décidant comme ils l'ont fait, les tribunaux ont accompli un travail de spécialisation judiciaire au point qu'il est possible de dégager – et nous nous y sommes attardés à propos de la jurisprudence en matière successorale – plusieurs configurations-type de situations donnant lieu à un conflit de renvoi, c'est-à-dire plusieurs sous-catégories qui, pour être nées de la dissociation de la catégorie plus large que compose dans chaque matière l'ensemble des relations frappées du conflit négatif de rattachements, n'en sont pas moins générales, c'est-à-dire qui sont elles aussi abstraitement définies, et ce en fonction de la répartition des contacts et l'orientation des attentes des personnes concernées. Si bien que dans bon nombre de situations génératrices de renvoi, il est d'ores et déjà assez aisé de prévoir que si les juges de l'un ou de l'autre État sont saisis, le conflit de renvoi sera résolu par les uns et les autres au profit de la même loi. Voilà qui, moyennant la recherche d'une justice plus affinée parce que prenant en compte un nombre plus important de circonstances pertinentes, a pour effet de déjudiciariser le contentieux transfrontalier entre les hommes, c'est-à-dire de décourager la saisine effective des tribunaux et par voie de conséquence d'encourager la création des relations privées internationales et la mise en œuvre paisible des droits subjectifs et des obligations qui les constituent, et ce pour le plus grand profit des particuliers et des collectivités étatiques responsables de l'ordre, de la stabilité et de la fécondité des rapports humains qui se nouent et se développent en leur sein¹⁹¹⁰.

¹⁹¹⁰ D'après A. Davi, « Le renvoi en droit international privé contemporain », p. 206-207, « l'idée suivant laquelle il serait possible d'atteindre un haut niveau d'harmonie juridique internationale grâce à l'emploi coordonné du renvoi par les États, pouvant constituer le fruit... d'une convergence spontanée des divers systèmes nationaux de conflit sur des principes communs élaborés en matière par la doctrine, relève, du moins de nos jours, beaucoup plus du domaine de l'utopie que du terrain de la réalité » ; nous pensons qu'une telle convergence relève de la réalité mais il est vrai que – et c'est pour cela qu'au fond nous ne sommes pas en désaccord avec M. Davi – c'est essentiellement grâce à l'action des tribunaux.

436. Errance de l'esprit. Ce qui peut frapper dans la conclusion qu'impose de tirer notre enquête, c'est qu'à la suivre, force serait d'admettre que les règles positives de conflit de renvoi n'ont été, pendant longtemps, guère accessibles. Rappelons tout de même que les systèmes pour lesquels l'investigation jurisprudentielle a été menée n'ont pas codifié – ou pas de manière inflexible – les solutions qu'ils apportent aux conflits négatifs de règles de conflit, la manière dont ils proposent d'arbitrer le jeu des désignations croisées, si bien qu'il n'est pas surprenant, parce qu'il est naturel et à la vérité inévitable, que le droit positif se déduise pour ces pays de ce qu'ont fait les tribunaux. Et rappelons ensuite que bien des commentateurs des décisions rapportées, et notamment ceux qui se sont employés plus longuement à saisir la pensée intime qui les sous-tend, ont, pour expliquer les principes de droit positif se déduisant d'elles, tour à tour évoqué le renvoi-équité, le renvoi-règlement subsidiaire, le renvoi-validité, le renvoi-intérêt prépondérant, le renvoi-proximité, sans compter le renvoi conditionnel consacré par les arrêts plus récents. Le fait est que, pour la comprendre, il faut lire cette jurisprudence en se libérant de la servitude conceptuelle à laquelle astreint l'énoncé du problème comme consistant à rechercher si la règle de conflit de lois d'un État, lorsqu'elle désigne la loi étrangère, se réfère uniquement à la loi matérielle ou bien aussi à la règle de conflit de lois, formulation qui est telle que les réponses alternatives qu'elle suggère sont toutes irrémédiablement contraires à la quintessence du droit international privé, parce que contraires aux tréfonds rationnels du Droit. Les expressions *Kollisionsnormverweisung*, *Sachnormverweisung* et *Gesamtverweisung* auront traduit une longue errance de l'esprit.

Synthèse

437. Trois étapes. De l'aveu unanime, la question du renvoi engage les fondements du droit international privé et il nous a paru impossible d'y voir clair sans avoir à l'esprit les fondements du droit privé et notamment le rôle qu'exerce l'État dans les rapports interindividuels ; c'est au risque d'énoncer une suite de truismes que nous nous sommes attachés à les rappeler (1). La nature et la mission du droit privé ne changent pas lorsqu'une relation entre particuliers s'inscrit au sein de deux communautés étatiques ; la fonction qu'y exerce l'État doit cependant être aménagée du fait que deux sujets étatiques sont appelés à la remplir, chacun pouvant entretenir sa propre vision de la justice des rapports privés. Commandée par la nature et la mission du Droit, la bilatéralité de ce que nous avons appelé *règle de conflit de renvoi* est tout aussi nécessaire que la bilatéralité des règles de *conflit de lois* et ne fait que prolonger la bilatéralité de la règle de droit *tout court* (2). Le droit positif souscrit largement à une telle forme bilatérale et nous a paru également adhérer, pour lui donner substance, aux critères de la proximité, concrétisée au besoin par des présomptions, et de l'autonomie individuelle, l'un et l'autre puisant eux aussi leur justification dans les racines premières du phénomène juridique (3).

438. 1. Nature et mission du droit privé et rôle de l'État dans les relations privées. 1.1. Ainsi que le suggère l'étymologie, la règle de droit (*diritto*, *Recht*, *derecho*, *right*) a pour mission de *diriger* les conduites des sujets qu'elle se donne pour destinataires ; ces sujets sont, en droit privé, pour l'essentiel des particuliers, personnes physiques ou morales. La portée exacte d'une telle *direction* varie selon la phase de la « vie » d'un rapport de droit à laquelle on se place. La création de celui-ci dépend, entre autres conditions en tout cas, de la déclaration de volonté ou du comportement volontaire d'au moins une personne privée. Le caractère « hypothétique » de la règle de droit apparaît avec netteté au stade « prénatal » de la relation, car elle renseigne le sujet sur ce qu'il peut vouloir, à quelles conditions et avec quelles conséquences, et suppose dès lors son *autonomie*, c'est-à-dire la liberté qui lui est reconnue, et qui s'exerce par ses déclarations de volonté ou ses actes, de donner ou de ne pas donner naissance à la relation juridique, d'en déterminer le moment de naissance et souvent la personne qu'elle « co-intéressera », etc. Saisi à un tel instant, le droit privé semble bien mettre à la disposition des particuliers un instrument, dont l'emploi est pour eux *disponible*, optionnel, comme l'est la poursuite des projets auxquels il est asservi, lesquels dépendent en effet de leur choix, de l'exercice de leur liberté (matrimoniale, contractuelle, testamentaire etc.). Une fois la relation née, la règle de droit astreint l'une des personnes qui y participe à un comportement – qui nourrit l'*obligation* qui lui incombe et consiste, en schématisant un peu, à payer, livrer, faire, ne pas faire, tolérer quelque chose – au profit d'une autre personne, à laquelle la règle de droit accorde le *droit subjectif* correspondant, c'est-à-dire le pouvoir d'exiger un tel comportement et de profiter du bénéfice qui en résulte pour elle ; un tel bénéfice est de nature à subvenir à l'un des besoins qui jaillissent des différentes strates de son être – corporel, rationnel, affectif et spirituel – et concourt à son bien-être en élargissant les possibilités de son épanouissement. La bilatéralité de la relation juridique traduit la corrélation entre ces deux sujets, désormais *parties* à la relation – à savoir *liés* l'un à l'autre –, et la corrélation entre droits subjectifs (et autres prérogatives) et obligations (et autres charges) qui en forment la trame. L'*impératif* qui se dégage de la règle de droit n'est plus hypothétique puisqu'il n'est plus remis à la

volonté du destinataire, celui-ci s'étant auparavant obligé par ses déclarations et ses actes. Un tel impératif est cependant encore conditionné à la volonté individuelle, mais il s'agit à présent de celle du bénéficiaire du comportement commandé. Car l'exercice du droit subjectif suppose la volonté du titulaire de s'en prévaloir ; celui-ci est libre de renoncer à un tel exercice, y compris en négligeant d'engager une action en justice, laquelle, tout comme la saisine des organes de contrainte, repose aussi sur l'autonomie individuelle ; et le créancier est libre de restituer immédiatement au débiteur la somme que les autorités d'exécution auront, à sa requête et avec la force, prélevé du patrimoine de celui-ci. Aussi bien, la réalisation du droit privé – la création d'un rapport de droit et sa mise en œuvre, spontanée, contentieuse ou contraignante – fait appel à l'impulsion constante de la volonté et de l'initiative des personnes privées : tantôt des deux sujets qui sont ou seront parties au rapport de droit, tantôt de l'un ou de l'autre.

1.2. La règle de droit privé visée par ce travail est d'origine étatique (par opposition à supra-étatique). La direction qu'elle établit ou, selon les facteurs et aux conditions vus plus haut, le commandement qu'elle adresse aux particuliers, et notamment au débiteur du comportement qu'elle prescrit, émanent et bénéficient de l'appui d'un État. C'est à travers ses organes – législatifs, juridictionnels et d'exécution – que l'État, *sujet* (de droit international) et *personne* (morale), dirige, prescrit, ordonne et au besoin agit et réalise avec la force ; la direction, la prescription, l'ordre et la mise à exécution de celui-ci sous-tendent la *volonté étatique*. L'affirmation d'après laquelle l'État forme et manifeste une volonté à propos des relations privées est parfaitement compatible avec le constat suivant lequel l'État ne « veut » et ne prescrit à leur endroit que, d'une part, lorsqu'au moins un particulier a voulu la création du rapport juridique ou le comportement dont celui-ci a pris naissance, et que, d'autre part, un particulier – souvent l'autre partie – veut exercer le droit subjectif qui en a résulté dans sa sphère juridique. La volonté *subjective* étatique – la volonté du sujet-Etat – est *normative* dans la mesure où l'État exerce une autorité légitime sur les destinataires de ses impératifs et détient le pouvoir de réaliser une telle volonté *objectivement*, de vaincre les résistances que serait tentée de lui opposer la volonté individuelle, notamment celle du débiteur du comportement prescrit, et d'effectuer au besoin avec la force une modification du réel que l'État tient pour équivalente à la conduite non spontanément exécutée. Et il faut que la communauté étatique dispose également de moyens pour protéger, au besoin avec la force, un tel résultat en empêchant notamment le débiteur de provoquer et maintenir une contre-modification du réel qui l'anéantirait.

1.3. Comportant un modèle de conduite, la règle de droit étatique est d'abord *générale* et *abstraite*. C'est un organe législatif qui l'édicte ou bien une autorité juridictionnelle ayant compétence, quoiqu'au départ d'une espèce concrète, pour fixer des principes valant pour l'avenir. Au moyen des règles générales, l'État et ses organes aspirent à trancher par avance, c'est-à-dire à *prévenir*, un conflit entre les membres de la communauté, c'est-à-dire un conflit de prétentions privées ou de volontés individuelles. Envisagée sous cet angle, la règle de droit privé est une *règle de conflit* puisqu'elle est destinée à « régler » de manière anticipée, en conjurant sa survenance, un conflit entre particuliers et les intérêts antagonistes dont ils peuvent avoir l'un et l'autre *a priori* vocation à réclamer satisfaction. De façon quelque peu tautologique, on peut affirmer qu'un conflit entre personnes privées surgit de l'impossibilité matérielle, *de rerum natura*, d'exaucer simultanément les prétentions incompatibles qu'elles sont susceptibles d'avancer à l'égard de l'objet potentiel d'un litige et du bénéfice – notamment du domaine de liberté – qu'il est capable de procurer : une somme d'argent, un bien déterminé, une activité ou prestation de faire, un enfant, etc. Le *sacrifice* d'une des prétentions incompatibles – ou le sacrifice partiel de l'une et de l'autre – est un élément constitutif du Droit. Un tel sacrifice s'opère moyennant le *choix* et

la désignation par les auteurs de la règle – et par la communauté étatique dont ils sont les organes –, parmi les prétentions que peuvent avancer les sujets « en présence », de celle qui est à leurs yeux la plus légitime, de l'intérêt prépondérant, qui pèse « plus lourd » sur la balance et du côté duquel se positionne le « centre de gravité » de celle-ci, le *Schwerpunkt* ; la règle de droit privé est sous cet angle une *règle de désignation*. Un tel facteur de désignation consiste souvent à attribuer l'objet potentiel du litige à celui des sujets impliqués qui entretient avec lui le *lien le plus significatif* : la succession *ab intestat* s'ouvre en faveur des parents les plus proches, dont la vocation exclut celle des parents les moins proches ; la garde d'un enfant est confiée aux parents plutôt qu'aux grands-parents en raison du lien plus significatif qui rattache l'enfant à ses ascendants directs et, en cas de désaccord entre ces derniers, c'est le parent, père ou mère, avec qui l'enfant a développé l'attachement prépondérant qui, normalement, le prendra en charge ; l'usucapion récompense le lien que le détenteur d'un bien a établi avec celui-ci en l'utilisant, lien qui, une fois le délai écoulé, est jugé désormais plus significatif que celui qui rattache le bien à son propriétaire. Il s'agit souvent d'une proximité *abstraite*, évaluée par les auteurs de la règle sur la base de leur perception, et de l'expérience nécessairement limitée qu'ils ont accumulée jusqu'au moment où une telle règle est édictée, de ce qui se passe d'ordinaire dans les rapports entre les hommes, du *quod plerumque fit*. La règle de droit est donc aussi une *règle de rattachement*, et ce dans le double sens du terme : rattachement en tant qu'*effet* de l'attribution de l'objet potentiel du litige à la partie qui a la vocation la plus significative à se l'approprier, à le « rattacher » à sa sphère juridique, et rattachement en tant que lien préexistant à une telle attribution et qui est alors la *cause*, exclusive ou concurrente, de celle-ci.

1.4. La règle générale et abstraite poursuit des valeurs et des politiques sociales, économiques et familiales qui, d'après ceux qui la posent, méritent d'être poursuivies et qui rendent compte de son bien-fondé en constituant la *ratio legis*. Envisagé à un moment où la relation a été créée, le modèle de justice que traduit la règle générale et abstraite consiste à déterminer ce qui revient à chacun de ceux que pourrait opposer un litige (*suum cuique tribuere*), et repose sur la vue majoritaire qu'exprime la communauté étatique à l'époque où la règle est posée sans être exempt d'une composante irréductible d'arbitraire et d'accidentel. La règle de droit est alors également une *règle de répartition*, puisqu'elle partage et distribue les bénéfices et les charges parmi les membres de la société, après en avoir mesuré la vocation respective à réclamer les uns et à supporter les autres. Le bénéfice d'une personne supposant la charge d'une autre personne, le droit subjectif consistant en un espace de liberté qui se réalise par la compression de l'espace de liberté d'une autre personne, qui est ce en quoi consiste l'obligation, la règle de droit est aussi une *règle de coordination* puisqu'elle ajuste les unes aux autres les sphères d'activités des personnes privées et assure la coexistence des domaines à l'intérieur desquels s'exerce leur pouvoir de vouloir et de réaliser leur volonté et les projets qu'elle conçoit.

1.5. Il résulte de ce qui précède que la *justice* dont est vecteur la règle de droit privé est *conflictuelle*, en ce sens que sa mission consiste à trancher par avance, et pour cela à conjurer, un conflit entre personnes privées. Mais une telle justice est également *matérielle*, en ce sens que le moyen qu'elle se donne pour y parvenir consiste à fixer les droits et les obligations, à répartir les bénéfices et les charges entre les personnes en présence – il s'agit donc d'une *justice distributive* ou de *répartition* et aussi, pour les raisons que l'on a vues, d'une *justice de coordination* – selon un facteur qui ne cesse d'être matériel alors même qu'il repose sur la pesée des liens qui rattachent l'objet du litige à chacun des sujets ayant vocation à se l'adjuger : sous cet angle, c'est l'allure d'une *justice de proximité* ou, si l'on veut, de *rattachement*, qu'elle se donne. La justice que traduit la règle posée par une communauté étatique est, enfin, dans une bonne mesure, *relative* car elle peut différer de celle

qu'exprime la règle que se donne une autre communauté, et une telle diversité est au demeurant la manifestation palpable de la liberté d'un État et de son indépendance des autres, de l'autonomie de la volonté collective de la société qui le constitue. Ainsi, différents sujets-États peuvent entretenir des vues divergentes quant à l'appréciation de la force respective des liens qui rattachent les sujets-personnes privées à l'objet de leurs convoitises : l'État A peut estimer que le lien rattachant les ascendants au *de cujus* et par là leur vocation à lui succéder est plus forte que le lien qui l'unit aux collatéraux et l'État B peut penser le contraire ; l'État A peut estimer que la durée de l'usage nécessaire pour que le lien se nouant entre un bien et son détenteur dépasse en intensité celui qui l'unit à son propriétaire soit de cinq ans, l'État B de sept, l'État C encore de dix, l'État A peut estimer qu'il faut à cet effet la bonne foi, l'État B que celle-ci n'est pas nécessaire, etc.

1.6. Les conflits pouvant surgir entre les membres d'une communauté risquent d'en affecter l'ordre, l'harmonie, la stabilité et la paix. Les régler, et d'abord les prévenir, représentent la mission constitutive de l'État. La menace de la force publique que celui-ci est autorisé à exercer aspire à éviter que les personnes privées se fassent justice elles-mêmes, qu'elles aient « recours aux armes » pour mettre un terme à leurs différends (*ne cives ad arma ruant*). Dans la mesure où elle est couronnée de succès, la démarche de prévention des litiges assure la fécondité des relations qui se nouent entre les membres de la communauté de même que leur épanouissement, lequel rejaillit positivement sur la collectivité tout entière et concourt au bien-être global de celle-ci, à son progrès matériel et spirituel. La règle de droit privé remplit donc une fonction *anticoncontentieuse* et *facilitatrice* consistant à encourager l'établissement par les particuliers de relations conformes à leurs projets, tout autant que la mise en œuvre spontanée, extrajudiciaire, de telles relations. Lorsqu'elle leur est dispensée à un degré suffisant par les règles générales, la *prévisibilité du droit* permet notamment aux membres de la communauté, avant la naissance d'un rapport de droit, de connaître avec une certitude raisonnable ce qu'ils peuvent vouloir, à quelles conditions et avec quelles conséquences et, une fois le rapport de droit instauré, d'être renseignés sur les droits et obligations que leurs déclarations et leurs actes ont générés dans leur sphère juridique. Chacun est informé de ce qui est attendu de lui pour satisfaire aux besoins des autres et de ce qu'il peut attendre des autres pour satisfaire à ses besoins à lui, autrement dit chacun sait quelles sont les *attentes légitimes* – bénéficiant de la couverture et de l'appui de la *loi* – qu'il peut former envers autrui, et dont il peut prétendre d'autrui le respect, et quelles sont les attentes qu'autrui peut légitimement former à son encontre et dont autrui peut exiger de lui qu'il coopère à les réaliser. La prévisibilité du droit procure par conséquent aux justiciables la *sécurité juridique*, qui est une sécurité *assurée par le droit*. C'est plus exactement d'une sécurité *préjudiciaire* dont il s'agit, d'une sécurité antérieure à tout éventuel procès et de nature précisément à épargner aux justiciables la nécessité de saisir *effectivement* des tribunaux pour être fixés sur leurs propres droits et obligations, en faisant en sorte que la façon dont les juges trancheraient s'ils étaient saisis soit suffisamment déterminable à l'avance. Le procès comme moyen de composition du litige peut bien demeurer virtuel, latent. Prévenir les litiges signifie prévenir la saisine des juges, *déjudiciariser* les relations privées en assurant leur développement sûr et harmonieux.

1.7. Ce n'est que dans une minorité de cas que les membres d'une communauté étatique tiennent la conduite qu'ils doivent observer d'une norme individuelle qui leur est spécifiquement adressée par l'État, et notamment par un juge qui en est l'organe et qui l'inscrit dans le dispositif de la décision de justice qu'il rend et par laquelle s'achève le procès engagé devant lui. Par la conflictualité qui s'y déploie et les ressources communautaires souvent considérables qu'il mobilise, par l'incertitude qu'il laisse persister pendant sa durée et la paralysie qu'il inflige au rapport litigieux et à ceux qui dépendent de lui, tout procès

– concret par opposition à virtuel – provoque une secousse dans l’édifice social, ouvre une déchirure dans la trame de la vie en commun et marque l’échec à l’égard de la relation qui en fait l’objet de l’ambition première de l’État qui est de favoriser des rapports pacifiques et fluides. Mais les maux du procès sont tolérables et nécessaires, à la manière de ces infirmités qui n’affectent qu’une partie circonscrite de l’organisme et qui, par la réaction qu’ils déclenchent chez lui, aboutissent à le fortifier. Tolérables, le sont-ils d’abord car les relations sociales qui mobilisent effectivement les tribunaux sont en nombre infime comparées à celles qui ne les mobilisent que virtuellement et, surtout, car le procès exorcise l’atteinte bien plus grave à la stabilité de la vie en société que provoquerait le recours à des formes de justice privée se ramenant à la loi du plus fort et à ses autres expressions, la loi du plus endurant, du plus menaçant, du plus puissant, du plus rapide, du plus malin ou du plus fortuné. Nécessaires, les maux du procès le sont car l’ordre juridique en sort mûri. L’aptitude des intelligences normatives à appréhender la variété des relations humaines pouvant se nouer à l’avenir est naturellement limitée du fait de l’expérience tronquée du réel qu’elles ont accumulée jusqu’au moment de l’élaboration de la règle. Aussi une telle variété est-elle vouée à prendre parfois en défaut ces règles, dont peut ne pas se dégager une réponse claire à l’égard d’un certain nombre d’espèces que n’avaient pas directement envisagées les autorités législatives. Les particuliers qui, en dépit de telles incertitudes objectives du droit, se sont engagés dans une relation au régime incertain seront, à défaut d’accepter un règlement non-juridictionnel de celle-ci, incités à saisir un juge. La prévisibilité du droit ne leur est pas dispensée, la règle de conduite – le contenu de la prescription, de l’impératif – ne se laisse pas encore déduire de la règle abstraite et générale, qui n’est pas encore suffisamment univoque, pas suffisamment « règle », chacune des parties ayant vocation à se réclamer d’une vision de celle-ci incompatible avec la vision *a priori* également légitime dont peut se réclamer l’autre partie. Il faut dès lors qu’une norme concrète en vienne à fixer de manière définitive la volonté normative et, avec elle, les droits et obligations des intéressés en leur assurant une sécurité juridique qui ne sera que *postjudiciaire*, c’est-à-dire toujours garantie par le droit, mais non pas par une règle générale et abstraite œuvrant au *préjudiciaire* et visant à éviter le judiciaire, mais bien par une « disposition individuelle » résultant du *judiciaire*, du « dispositif », justement, d’une décision de justice. C’est là l’office de la « chose jugée », laquelle suppose que l’État détienne les moyens de réaliser, au besoin avec la force, la modification du réel qu’elle prescrit et d’empêcher celle dont la décision dénie qu’elle soit conforme au droit. La conscience de la possibilité de l’utilisation de la force, la perception de la menace d’une telle utilisation, suffit, dans l’immense majorité des cas, à inciter le débiteur à se plier spontanément au comportement que la décision lui ordonne en épargnant au créancier la nécessité d’avoir recours aux organes de contrainte, dont la saisine peut, elle, demeurer latente. Corollaire de la chose jugée, conséquence de son intangibilité, le principe du *ne bis in idem* entraîne que le particulier qui a dû subir la modification du réel qui lui est défavorable ne pourra plus, après avoir notamment dû à son corps défendant prêter son concours à la mettre en œuvre, solliciter des organes de l’État une deuxième décision sur la même affaire, dont il peut espérer qu’elle ordonnera une contre-modification du réel qui anéantira le résultat voulu par la première décision et mis en œuvre par la première exécution. À défaut, une spirale potentiellement infinie de procès et contre-procès, de décisions et contre-décisions, d’exécutions et contre-exécutions se déclencherait, qui épuiserait à la longue les ressources de la société et maintiendrait les particuliers dans l’incertitude quant à la conduite qu’ils peuvent réciproquement prétendre et qu’ils doivent réciproquement observer. Il n’y aurait pas de « chose jugée » mais de « chose » perpétuellement non-jugée ; l’État se rendrait coupable envers les membres de la communauté étatique d’un déni de justice, qui est un *déni de droit* (*Rechtsverweigerung*) ; et le conflit entre les prétentions avancées par les particuliers,

livrés à eux-mêmes, spoliés de la dignité de « justiciables » au sens de méritant justice, ne pourrait alors se résoudre qu'au moyen d'une irruption de la justice privée, une résurgence de la loi de nature, qui s'en trouverait presque légitimée du fait de la carence de la justice publique, de la loi civile. La sécurité qu'elle apporterait ne serait le plus souvent que provisoire et, en tout cas, ne serait pas apportée par le droit, il s'agirait d'une sécurité *non juridique* et même *anti-juridique* parce le *coup de pince* qui la procure peut en définitive reposer sur un *coup de force*. Ce serait la négation, la corruption de l'État et de son droit, l'État perdrait sa qualité, son identité d'État par rapport à de telles relations.

1.8. Le juge tranche un conflit *actuel* d'intérêts, de prétentions privées effectivement formulées devant lui et qui se présente à lui souvent sous la forme de conflit entre les interprétations qu'avancent les deux parties, désormais plaideurs, à propos des règles applicables, sous la forme de *conflit* donc – si l'on veut – *de lois* ou *de règles*, dont chacune n'existe cependant que dans la représentation subjective du « litigant » qui la développe et la soumet au tribunal. Celui-ci statuera en faveur de la prétention qui lui paraît la plus légitime, compte tenu du cadre normatif préexistant que lui ont livré les autorités législatives et juridictionnelles dont il prolonge le travail. Aussi bien, une telle prétention est celle qui, à la lumière d'un tel cadre, des valeurs qu'il exprime et des choix qu'il sous-tend, paraît au juge en épouser le mieux l'esprit, celle qui lui paraît peser le plus lourd sur la balance de la justice ainsi calibrée et remise entre ses mains, celle du côté de laquelle se situe le centre de gravité, le *Schwerpunkt* apprécié *in concreto*, du rapport litigieux, et souvent, pour les raisons que l'on a dites, celle avancée par le sujet qui, compte tenu de la configuration de l'affaire, entretient le lien que le juge estime le plus significatif avec l'objet disputé. Dans l'aire d'incertitude objective du droit qu'il constate au moment où il tranche, le juge exerce sa « discrétion », c'est-à-dire en substance sa liberté, de manière analogue à ce que ferait un législateur. Une telle liberté entraîne la possibilité que la décision prise par un juge soit différente de celle prise par le juge saisi en appel pour réformer la décision du premier ; les juges formant un collège judiciaire sont en nombre impair et ce précisément pour que puisse être surmonté le désaccord entre eux, possible parce que raisonnable. La norme individuelle que comporte la décision de justice est une norme de conflit en ce sens qu'elle tranche un conflit de prétentions individuelles en désignant celle dont la vocation à être retenue est regardée comme la plus significative, et par là même une *norme de coordination*, *d'harmonie*, *de répartition* et *de rattachement* de la même manière que l'est la règle de droit générale et abstraite.

1.9. Si sa tâche première est de trancher rétrospectivement un litige, la décision de justice remplit également une mission prospective, qui est précisément celle de prévenir le retour des futurs litiges du même type. Particulièrement manifeste chez les cours suprêmes, celle-ci n'en est pas moins propre à l'activité de toute juridiction. Le juge arbitre un conflit de prétentions privées en travaillant dans l'abstraction, en ce qu'il développe et met en œuvre un principe pouvant être utilisé à l'avenir par d'autres juges en vue de régler des espèces analogues ; il est de l'essence du travail du juge de tendre à la généralité et même à la vocation universelle du principe de solution du conflit d'intérêts individuels porté devant lui, car c'est l'égalité qui, en tant que principe formel et universel de justice, le requiert. Bien sûr, le facteur de solution positivement retenu par le juge, la *ratio decidendi*, doit parfois être découvert, dégagé par une activité d'interprétation – généralement confiée à la doctrine – de la décision comme ensemble des faits et des motifs, tout comme doit l'être parfois la *ratio legis*. La relation interindividuelle portée à l'attention des organes de l'État enrichit l'expérience de la communauté en mettant celle-ci en contact avec des situations imprévisibles ou en tout cas imprévues au moment de l'édiction de la règle générale et abstraite. Ce faisant, s'accroît le nombre de questions à la réponse suffisamment cer-

taine et prévisible à l'avance pour qu'un procès soulevant la même question puisse à l'avenir reprendre sa consistance virtuelle, un peu comme l'organisme qui, une fois affecté par une maladie infectieuse, développe des défenses qui vont prévenir d'autres manifestations du même mal. La norme individuelle travaille à la formation progressive d'une règle générale ; la judiciarisation d'une relation particulière contribue à la déjudiciarisation d'une classe de rapports de droit à naître ; la résolution d'un litige concret concourt à la prévention d'une série de litiges qui se maintiendront à l'état latent ; la sécurité juridique postjudiciaire alimente la sécurité juridique préjudiciaire ; une justice abstraite plus rudimentaire – parce que fondée sur une observation plus réduite du réel – contribue à garantir une justice abstraite plus sophistiquée parce que se prévalant d'une vision plus large et moins incomplète de l'extrême et ineffable variété des relations humaines. Aussi l'ordre juridique étatique nous apparaît-il en perpétuel mouvement, porté par une espèce d'auto-alimentation à cycle continu, par un processus naturel et invincible d'auto-perfectionnement sous l'angle de la prévisibilité et de la qualité des solutions qu'il apporte aux problèmes qu'entraîne la vie en commun.

1.10. Il est inhérent à la forme universelle de la Justice que le responsable du choix du critère d'attribution des espaces de liberté pouvant être réclamés par plusieurs sujets – c'est-à-dire du critère destiné à prévenir ou trancher le litige – soit impartial. C'est la *neutralité* de la règle de droit privé en tant que règle de conflit, neutralité qui reflète la « tierceté » de l'auteur de la règle générale ou de la norme individuelle. La neutralité est, à son tour, une manifestation de la *bilatéralité*, de la *vocation bilatérale* de la règle et traduit la nécessité que le critère employé pour trancher le conflit entre deux sujets A et B réclamant le même domaine de liberté puisse, *a priori*, fonctionner en faveur de l'un et de l'autre. Si bien que si le sujet A est désigné dans une espèce donnée comme ayant la plus forte vocation à s'adjudger un tel bénéfice, c'est non pas parce qu'il est A mais parce qu'il se trouve dans une position – notamment de proximité au sens vu plus haut par rapport à un tel objet – qui est telle que B aurait pu s'y trouver lui aussi et pourrait s'y trouver à l'avenir¹⁹¹¹. Aussi bien, la neutralité et la bilatéralité de la règle de droit privé sont l'expression du principe de l'*égalité formelle*, qui appelle au traitement égal de situations égales. La règle de droit privé ne cesse pas à cet égard d'être neutre du fait qu'elle protège une partie qu'elle estime plus vulnérable ou que le *Schwerpunkt* de la balance est identifié du côté du particulier qui n'a pas de contrôle sur la naissance de la relation qui l'implique.

1.11. Il résulte de ce qui précède que la règle de droit privé suppose que le comportement qu'elle prescrit et le bénéfice qu'elle accorde soient *réalisables* dans le monde réel. Visant à orienter le *Sein*, le Droit comme *Sollen* se doit d'évoluer en-deçà des limites de plasticité du *Sein* qu'il ne peut prétendre transgresser sans perdre sa nature et défaillir. Aussi bien, le Droit et ceux qui le posent sont tenus de respecter les lois immuables de l'être, les lois physiques qui gouvernent la constitution des choses et des humains, les données physiologiques, biologiques et anthropologiques antérieures au Droit, qui s'imposent à celui-ci et déterminent le cercle de ses manifestations possibles. Une de ces lois est le principe de

¹⁹¹¹ « Dans le sens que tout acte accompli par un sujet vis-à-vis d'autres implique l'autorisation virtuelle d'un acte analogue entre les mêmes sujets qui, par hypothèse, auraient interverti leurs rôles » : G. Del Vecchio, *La justice – la vérité : essais de philosophie juridique et morale*, Paris, 1955, p. 67. C'est justement, pour l'auteur, une des conséquences de la « bilatéralité » de la règle de droit sur laquelle il insiste tant (« le droit est... bilatéral » : p. 276 ; « on peut dire que ce concept de bilatéralité est la clef de voûte de tout l'édifice juridique » ; p. 277 : « Les caractères propres du droit au sens objectif, autrement dit de la norme juridique sont : la *bilatéralité*, la *généralité*, l'*impérativité* et la *coercibilité* » : p. 280). Cf. S. Vrellis, « Conflit ou coordination des valeurs en droit international privé – À la recherche de la justice », p. 246-247 ; cf. l'idée de « correlativity », souvent exprimée comme « bilaterality », émise par E.J. Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge (Mass.), 1995 et « Correlativity, Personality and the Emerging Consensus on Corrective Justice », 2 *Theoretical Inq. L.* 107 (2001).

non-contradiction, qualifié parfois de fondement de l'ontologie juridique, qui entraîne que le comportement prescrit et le bénéfice accordé par la règle de droit ne peuvent être incompatibles avec le comportement prescrit et le bénéfice accordé par une autre règle de droit se donnant les mêmes destinataires et réclamant une autorité également légitime sur eux. Aussi la règle de droit doit-elle être « univoque » au sens d'exclusive de toute autre incompatible avec elle. C'est là le postulat fondamental de l'*unité de l'ordre juridique*, ou de la non-contradiction de celui-ci, qui ne fait qu'obéir aux lois régissant le monde dans lequel s'inscrit l'action du Droit ; c'est là également une condition du caractère normatif de la volonté subjective étatique. Et d'ailleurs, dès lors que celle-ci est une règle de répartition, c'est que l'objet potentiel du litige et le bénéfice qu'il procure ne peuvent être attribués aux deux sujets susceptibles de le réclamer : le bien successoral ne peut revenir en propriété exclusive à la fois à l'épouse et à l'enfant du *de cujus*, le mineur ne saurait être à la fois confié exclusivement aux soins de la mère et exclusivement aux soins du père, la somme réclamée à titre de réparation ne peut pas être à la fois versée et retenue par le prétendu auteur du dommage (*donner et retenir ne vaut*). C'est bien une telle impossibilité qui est génératrice des contestations entre les hommes que le Droit a pour mission de prévenir et de régler.

1.12. Il s'ensuit qu'aussi longtemps que deux ou plusieurs organes d'un État – ou le même organe, identiquement ou différemment composé – adressent aux particuliers deux ou plusieurs règles ou normes engendrant deux couples de soi-disant droits subjectifs et obligations tels que la réalisation d'un de ces couples suppose la non-réalisation de l'autre, c'est-à-dire aussi longtemps que la communauté étatique laisse subsister une telle *antinomie interne* ou *conflit interne de lois* ou de *normes individuelles*, le litige entre les particuliers n'est pas prévenu ni tranché par le Droit, il n'y a pas encore de droits subjectifs et d'obligations dignes de ce nom, et les relations interindividuelles qu'affecte un tel conflit ne sont pas *juridiques* car elles ne sont pas gouvernées par le Droit. Aussi les particuliers seront-ils tentés de se tourner vers des formes de justice privée pour départager ces deux règles ou normes et les prétentions incompatibles qu'elles fondent. Pour ne pas faillir à sa mission, l'État est dès lors tenu d'élaborer des critères de solution de telles antinomies visant à rétablir la *coordination* entre ses organes et l'*harmonie* entre les règles et normes qu'ils posent, c'est-à-dire l'*harmonie des solutions* qui se dégagent de leur application à la relation privée. S'agissant d'un conflit interne de règles générales, celui-ci est prévenu lorsque le principe de solution que mettrait en œuvre un juge est suffisamment prévisible, comme c'est souvent le cas des critères hiérarchique, chronologique et de spécialité. Un tel critère est alors consacré par ce qu'on peut appeler une règle de conflit interne de lois posée par le législateur ou s'induisant de la jurisprudence. Le critère pour trancher le conflit interne de lois est tout à la fois un critère de *désignation* de celle des règles en conflit à retenir, de *coordination* des étendues d'application des lois concurrentes, et de *répartition* du domaine d'action pouvant être revendiqué par l'une et l'autre. Lorsqu'elle n'est pas prévenue, l'antinomie interne peut encore être tranchée par un juge à la faveur d'un procès concret. Mais la solution du conflit de lois qu'adopte l'organe judiciaire vise naturellement à orienter la conduite future des particuliers se trouvant dans la même situation, c'est-à-dire à trancher une classe abstraite de situations indéfinies susceptibles d'être affectées par le même conflit interne. Parmi les critères de solution de l'antinomie de lois – qui visent aussi à résoudre un conflit entre interprétations *a priori* légitimes de la même disposition législative – l'on cite volontiers celui consistant à privilégier la politique législative jugée la plus importante ou protégeant l'intérêt prépondérant (*lex magis fundamentalis*), la loi la plus conforme aux attentes des parties, notamment à propos de la validité des actes et des transactions (*res magis valeat quam pereat*), la loi protectrice de la partie vulnérable ou, en tout cas, celle du côté de laquelle se situe le centre de gravité de la relation (*interpre-*

tatio contra proferentem), la loi permissive de préférence à la loi prohibitive, c'est-à-dire la loi conférant une plus large part à l'autonomie individuelle. Il se peut que plusieurs critères aient *a priori* vocation à s'appliquer simultanément, qu'ils tranchent l'un au profit d'une loi et l'autre de l'autre loi. Voilà qui génère des conflits entre critères de solution du conflit interne de lois, c'est-à-dire des conflits internes à la *deuxième puissance* ou *antonomies au deuxième degré*, lesquels réclament de nouveaux efforts de conciliation. Il se peut également que le conflit interne de lois se prolonge en un conflit interne de *décisions*, qui a lieu lorsque des normes individuelles incompatibles sont adressées aux mêmes sujets par deux organes judiciaires. Rare, en raison des dispositifs de prévention qu'offrent la litispendance interne et la chose jugée doublée du *ne bis in idem*, un tel conflit interne entre les juridictions et les normes individuelles qu'elles prononcent entraîne ici de nouveau qu'il n'existe pas encore de Droit aussi longtemps que l'État ne précise pas quelle est la décision dont la conduite qu'elle prescrit doit être observée par les particuliers et quelle est celle que les particuliers peuvent ignorer et qui perd de ce fait la validité normative, en cessant d'être une règle de conduite. La solution du conflit interne de décisions et le choix du critère pour le résoudre peuvent résulter d'une règle générale de conflit de normes individuelles ou être confiés à un troisième juge statuant en tribunal des conflits ou encore remis à la discrétion des organes de contrainte.

439. 2. La réalisation du droit dans les relations privées internationales et la bilatéralité de la règle de conflit de renvoi.

2.1. Ni la raison d'être du droit privé et des règles qui l'expriment, ni le rôle respectif qu'exercent dans sa production et sa mise en œuvre les volontés individuelles et étatiques, ne changent fondamentalement lorsque les éléments constitutifs d'une relation privée se dispersent au sein des sociétés dont ont la charge deux États souverains. Précisons seulement que les particuliers auxquels le droit assigne le pouvoir de créer un rapport juridique maintiennent en général aussi, par leurs manifestations de volonté ou leurs actes, la maîtrise des facteurs susceptibles de le rendre transfrontière. Aussi l'internationalité d'une relation privée dépend-elle, tout comme sa création, de l'autonomie individuelle.

2.2. Il relève de la mission dont est investi pour son propre compte chacun des États que met en cause une relation privée, de garantir à celle-ci ordre et stabilité car, laissée sans règlement, maintenue dans l'anarchie, elle menace d'ébranler l'intégrité de ses milieux sociaux et économiques. Bien sûr, le potentiel perturbateur que renferme un rapport international, dès lors que les particuliers qu'il implique sont livrés à eux-mêmes, n'est, du point de vue de chaque communauté étatique, pas aussi nocif que celui d'une relation privée qui se déroule entièrement à l'intérieur d'elle. Mais il est permis de penser que la tâche ordonnatrice et pacificatrice de l'État s'étende à toute relation privée qui affecte dans une mesure significative sa communauté. On peut tout au plus considérer que l'urgence de l'accomplissement d'une telle mission à l'égard d'une relation donnée est directement proportionnelle, d'une part, à l'importance du lien par lequel cette relation est intégrée à son milieu et, d'autre part, au nombre des relations du même type qui se développent au sein de celle-ci. Aussi bien, il incombe d'abord à chacun des États de renseigner les personnes privées qui seraient tentées de s'engager dans des relations humaines se rattachant simultanément à leurs milieux sociaux et économiques sur ce qu'elles peuvent vouloir, à quelles conditions et avec quelles conséquences. Et il incombe surtout à l'un et à l'autre État, d'une part, de prévenir, au moyen de règles générales et abstraites, les litiges ayant vocation à surgir entre les particuliers en les encourageant à mettre spontanément en œuvre les relations qu'ils ont nouées, et, d'autre part, de trancher les contestations concrètes que ne parviennent pas à leur épargner les règles générales, tout en veillant à ce que les décisions de justice ainsi prononcées par leurs tribunaux contribuent à la

formation de règles plus affinées et plus prévisibles et par là susceptibles de concourir à la prévention des litiges futurs. L'un et l'autre État achèvent par là d'empêcher, en premier lieu, que les particuliers ne soient dissuadés de créer une relation de type transfrontière pour ne pas tomber dans l'anarchie, dans le non-Droit, alors pourtant qu'une telle relation pourrait contribuer à leur épanouissement et au bien commun des collectivités étatiques ; et, ensuite, et surtout, qu'ils ne se tournent vers des modes de justice privée pour mettre un terme aux différends qui surgissent des relations auxquelles ils auraient accepté de donner naissance. Il est assurément justifié de parler à cet égard d'*intérêt étatique*, au sens – incontestable – de l'intérêt de l'État à l'accomplissement de son devoir. Il ne s'agit pas là de *conflit* d'intérêts étatiques, mais de *communauté* d'intérêts, car les deux États, qui sont l'un et l'autre intéressés – au sens de mis en cause ensemble – *par* une telle relation privée, sont « co-intéressés » à son règlement, ils en portent une responsabilité conjointe, « co-étatique ».

2.3. Seulement, les lois physiques qui gouvernent tout à la fois ce monde et les êtres humains qui l'habitent en fixant les limites infranchissables de ce que leurs représentants peuvent prétendre d'eux et de ce qu'ils peuvent se réclamer réciproquement, sont vérité en-deçà de la frontière et également au-delà, et pour tout dire se moquent des frontières – qui ne sont qu'un produit artificiel et continuellement changeant de l'histoire – et s'imposent quelle que soit la nature, interne ou internationale, des activités humaines. Les hommes n'acquièrent pas l'ubiquité, et les bénéfices qu'ils convoitent – une somme d'argent, un bien, une prestation de faire, le contrôle et la compagnie d'un enfant – ne se multiplient pas par miracle du fait de la multiplication des États qu'affecte la relation qu'ils nouent. Pour être à cheval sur deux communautés étatiques, celle-ci forme une unité insécable en ce sens du moins que le droit subjectif d'une personne suppose la coopération – sous forme d'action ou abstention – d'une autre personne, peu importe que l'une se localise dans un État et l'autre dans un autre État. Aussi, les lois de l'être empêchent les deux communautés « co-intéressés » et leurs organes de prévenir ou résoudre un litige privé international en prétendant l'une et l'autre mettre en œuvre simultanément le modèle de justice qui lui paraît le meilleur et qu'il inscrit dans sa loi. En effet, lorsque le résultat de la mise en œuvre de la loi d'un État à l'égard d'une relation internationale est différent de celui qu'entraîne la mise en œuvre de la loi de l'autre État (et que l'un et l'autre disposent des moyens de réaliser provisoirement leur propre vision de la justice sur leur propre territoire), il semble bien qu'aussi longtemps que chacun des deux États prescrit l'application de sa propre loi à une telle relation, la disposition par laquelle il s'exprime ainsi, quand bien même elle s'autoproclamerait « loi », n'est pas encore pourvue de juridicité, n'accède pas encore à la dignité de règle de droit et la volonté étatique subjective dont elle procède ne constitue pas encore une volonté normative au sens objectif ; aussi longtemps qu'un État entend attacher à une manifestation de volonté ou un acte volontaire individuels l'effet de créer un couple de droits et obligations incompatible avec celui qu'entend y attacher l'autre État, il n'existe pas encore de droits et obligations ; aussi longtemps qu'un État astreint une partie à un comportement en faveur de l'autre partie et que l'autre État prescrit à celle-ci de cesser de prétendre de celle-là un tel comportement car il n'est pas dû de son point de vue, il n'y a pas encore de règle de conduite digne de ce nom ; aussi longtemps que chaque communauté persiste à vouloir prévenir le conflit de prétentions privées par son propre critère de prévention, un tel conflit interindividuel est destiné non seulement à ne pas être prévenu mais non plus à être tranché, et les deux États auront l'un et l'autre failli à leur responsabilité de garants de la paix et la stabilité des relations privées qui engagent leurs sociétés respectives et auront presque perdu à l'égard de telles relations leur identité d'États en tant que producteurs de Droit.

2.4. Il s'ensuit que les personnes privées qui, par leurs manifestations de volonté ou leurs actes volontaires, donnent naissance à une relation dont elles ont voulu qu'elle soit, ou œuvré pour qu'elle soit, transfrontière, mettent de ce fait en rapport, en contact, les États – appelons-les A et B – au sein desquels elles déploient leurs activités : c'est-à-dire qu'elles aboutissent, que cela leur plaise ou non, à créer un lien, une relation, entre ces communautés étatiques. Parallèle à la relation interindividuelle dont elle tire son origine, cette relation distincte est donc interétatique, ses « parties » étant bien les États A et B, car les déterminations et les actions de l'État A quant au règlement d'une telle relation privée rejailissent sur les déterminations et les actions de l'autre État B et qu'en somme, l'un et l'autre doivent veiller, s'ils souhaitent faire profiter du Droit les particuliers et préserver leur identité d'État envers ceux-ci, à ne pas se marcher sur les pieds, à trouver un mode de coexistence, de coordination, sous peine non seulement de ne pas décourager l'éclatement des différends entre les membres de leurs communautés mais, tout au contraire, d'en favoriser la naissance et la pérennisation. Il en résulte que la prévention ou la résolution des conflits entre personnes privées suppose la prévention ou la résolution du *conflit international* – par opposition à interne – ou *antinomie internationale de lois*.

Le conflit international de lois s'analyse alors en conflit entre les « vocations » des lois et des États qui les édictent à soumettre à leur empire la relation privée qui affecte chacun d'eux de manière significative, autrement dit en conflit de volontés étatiques ayant pour objet la réalisation d'une telle vocation, en conflit de revendications étatiques dont chacune prétendrait adresser aux justiciables le modèle de justice des rapports privés que l'État qui l'avance consacre dans sa loi. Une telle analyse du conflit de lois ne saurait cependant faire oublier le rôle respectif que jouent la volonté et l'initiative individuelles et la volonté et l'initiative étatiques dans la réalisation du droit privé, rôle que la nature transfrontière de la relation, on l'a souligné, ne modifie pas. Une telle analyse ne saurait notamment faire oublier qu'en droit privé, la volonté et l'initiative étatique ne se déclenchent qu'à l'instigation de la volonté et de l'initiative individuelle, qu'un État ne veut que si au moins une personne privée veut qu'il veuille, qu'un État ne revendique que si au moins une personne privée réclame de lui, dans son intérêt à elle, qu'il réclame, et notamment si au moins une partie a voulu donner naissance à la relation privée ou le comportement dont celle-ci a pris naissance et que le titulaire du droit subjectif qui en a résulté veut s'en prévaloir. En somme, chacune des prétentions étatiques en conflit a pour objet une prétention privée, c'est-à-dire qu'elle consiste à protéger la prétention fondée sur sa loi dont se réclame un particulier, et c'est donc une prétention privée qui donne naissance à la prétention étatique. Autrement dit, le conflit international de lois ne se manifeste réellement que lorsqu'une personne privée se réclame de la protection de la loi de l'État A et se déclare préjudiciairement prête à solliciter le concours des organes de l'État A à la réalisation des droits et obligations qu'une telle loi consacre, et l'autre personne privée s'y oppose préjudiciairement en se réclamant de la protection de la loi de l'autre État B, étant à son tour prête à requérir l'intervention des organes de cet autre État B pour mettre en œuvre les droits et obligations que la loi de cet autre État consacre, qui lui sont par hypothèse plus favorables. Il en est, sur ce point, un peu comme lorsque deux enfants se disputent l'utilisation d'un studio appartenant à leurs parents : aussi longtemps que ces derniers ne s'accorderont pas sur la façon de régler le litige entre les enfants – le père estime que le garçon a une plus forte vocation à se voir attribuer le bien objet du litige en raison de ses meilleurs résultats scolaires, tandis que la mère considère que c'est à la fille qu'il devrait revenir parce qu'elle intégrera l'université –, le conflit entre les enfants sera voué à persister.

2.5. Pour que le conflit de lois ainsi conçu soit résolu par avance, c'est-à-dire prévenu, pour qu'il reste virtuel, en puissance, au stade de vocation non concrétisée, il faut qu'un des États A et B aux milieux socio-économiques desquels la relation est significativement intégrée, renonce à prétendre la soumettre à sa loi alors même qu'un particulier s'en réclamerait, et qu'il soit prêt à coopérer à la mise en œuvre de la loi de l'autre État dont se réclame, par hypothèse, l'autre particulier. Et il faut, plus exactement, qu'une telle renonciation et une telle disponibilité se révèlent dans la mesure du possible à un stade précontentieux, c'est-à-dire à un stade où la conduite des justiciables est dirigée par des règles générales, de source législative ou jurisprudentielle. Il faut notamment qu'à tout moment pertinent auquel le droit privé vise à leur donner une *direction* puis à leur adresser une *prescription*, il soit loisible aux particuliers d'identifier quelles sont cette direction et cette prescription, c'est-à-dire quelle est la loi qu'ils peuvent et doivent prendre pour base de leur conduite et donc comment, au profit de quelle loi, le conflit international de lois est résolu par les États qu'il « co-intéresse ». Se résigner à l'existence du conflit de lois, et du conflit de prétentions privées qu'elle favorise, au stade de règles générales et abstraites, ne s'en inquiéter que lorsqu'il aura été porté devant le juge de l'un des États, A ou B, et se contenter de prévenir le *conflit international de décisions* par le biais de la reconnaissance dans un État de la norme individuelle prononcée par l'autre, revient à négliger la prévention des litiges que tout législateur se donne pour mission de poursuivre. Mais il y a davantage. Dans la mesure où le conflit entre les lois de A et de B, et par là le conflit entre les prétentions privées dont l'une prend appui sur la loi de A et l'autre sur la loi de B, est résolu par la partie qui court le plus rapidement vers le juge de son choix – car par hypothèse l'on sait d'avance que le juge de l'État A trancherait le conflit de lois en faveur de la loi de A et que le juge de l'État B le trancherait en faveur de la loi de B –, les États A et B auront fini par donner leur aval à un mode de solution du litige qui tient en échec l'élément universel inhérent à la Justice qui exige la neutralité, c'est-à-dire l'impartialité de celui qui tranche : car les deux États finissent par remettre la responsabilité de départager les deux lois en conflit, et les deux prétentions incompatibles qu'elles légitiment, entre les mains non pas d'une autorité judiciaire mais bien d'un des plaideurs, et c'est là une sorte de conflit d'intérêts à la puissance maximale. Le procès se voit dépossédé de sa fonction naturelle, puisqu'au lieu de dispenser justice, il finit par se transformer en un instrument d'injustice. Du même coup, puisque le conflit international de lois est résolu au moyen de la saisine, au moment de la saisine et par l'auteur de la saisine et non pas au moyen de la décision de justice et par le juge qui la prononce, la tendance naturelle de tout ordre juridique – ici de ceux dont ont la charge les États A et B – à tirer les leçons des procès qui s'ouvrent devant ses juges et à s'en servir comme laboratoires où se précisent et s'affinent les règles de conduite s'imposant aux justiciables à l'avenir, s'en trouve contrariée.

2.6. Or, il y a lieu de penser que la *règle de conflit de lois* a pour finalité quintessentielle de *prévenir* un conflit international de lois entendu de la manière qui vient d'être dite. Lorsqu'une telle prévention est menée avec succès, c'est que les États « co-intéressés » par la relation privée susceptible de le provoquer et, par conséquent, les particuliers qui l'ont nouée, sont à même de savoir avant tout procès au profit de quelle loi le conflit de lois est résolu. Si la teneur de la loi applicable est déterminable avec une précision suffisante, le procès peut demeurer virtuel, la relation interindividuelle peut être mise spontanément en œuvre par les personnes privées et, en amont, celles-ci peuvent la constituer en connaissance de cause, c'est-à-dire en se déterminant sur sa conformité à leurs projets à l'aune également du règlement qu'elle recevra. Le Droit privé remplit de ce fait la fonction facilitatrice qui lui est connotée. Tout comme la règle de droit privé, la règle de conflit de lois est donc une *règle de coordination*, puisqu'elle travaille à l'ajustement mutuel des domaines à l'intérieur desquels les communautés étatiques sont libres de résoudre les liti-

ges privés au moyen de leurs lois, à l'harmonie des solutions que celles-ci prescrivent, à la coexistence des espaces à l'intérieur desquels s'exerce le pouvoir des États de régler par avance, et selon leur propre vision de la justice, les conflits internationaux d'intérêts privés. De même, la règle de conflit de lois est une *règle de répartition*, en ce sens qu'elle détermine la « part » qui revient à chacun des États ayant vocation à prétendre régir par sa loi les relations privées qui l'affectent. Elle n'en est pas moins également une *règle de désignation*, car elle désigne l'État ayant le pouvoir de concrétiser la vocation de sa loi à gouverner de telles relations privées. Elle est aussi une *règle de rattachement*, selon la double signification – déjà évoquée – du mot : d'une part, car l'opération du critère de résolution du conflit de lois a pour *conséquence* de « rattacher » la relation à l'un des États en conflit, de l'englober dans sa sphère de contrôle, et, d'autre part et surtout, car la *cause* de la préférence accordée à la loi ainsi privilégiée repose sur le constat que c'est bien celle de l'État dans les milieux sociaux et économiques duquel la relation privée s'inscrit de la manière la plus significative. En effet, la prétention d'une communauté étatique à régir une relation privée au moyen de sa propre vision de la justice, c'est-à-dire à satisfaire la prétention du particulier qui s'en réclame et à rejeter la prétention incompatible du particulier qui se réclame de la loi de l'autre communauté étatique « co-intéressée », est d'autant plus naturellement justifiée que la relation touche plus significativement sa société, que c'est de son côté que penche le *Schwerpunkt* de la balance chargée de mesurer le poids des prétentions, intérêts et vocations de chacun des États à prévenir par sa propre loi le conflit d'intérêts privés, à fixer le critère d'attribution des bénéfices et des charges, de distribution entre les parties des droits et des obligations. Envisagé sur le plan de la coordination entre les États, le critère de *rattachement* et la *justice* de la règle de conflit qui l'adopte ne sont pas moins *matériels* que l'est, sur le plan de la coordination entre particuliers, le critère qu'adopte une règle de droit privé pour trancher, par exemple, entre les vocations successorales *ab intestat* des proches du *de cuius*.

2.7. La règle de conflit de lois achève de prévenir le conflit international entre les lois des États A et B qu'est susceptible de provoquer une relation privée les mettant en cause, dès lors que l'un et l'autre État y adhèrent, c'est-à-dire qu'ils adhèrent au même critère de résolution anticipée du conflit de lois qui, pour les raisons que l'on a vues, est tout à la fois un critère de coordination, de répartition, de désignation et de rattachement. Une telle concordance peut être, d'abord, le fruit d'une convention bilatérale ou multilatérale : ce sont alors les communautés étatiques A et B qui, par un accord *interétatique* entre elles, et le cas échéant avec d'autres communautés étatiques, règlent les conditions de leur coexistence et de la coexistence entre leurs membres, fixent le principe de coordination de leurs espaces de liberté ayant pour objet le règlement des relations privées qui affectent concomitamment leur tissu social et économique. Une telle concordance peut également être la conséquence de la remise par les deux États – et d'autres le plus souvent – à une entité tierce du pouvoir d'établir le critère de la coordination moyennant un transfert de souveraineté. Dans un cas comme dans l'autre, la règle de conflit de lois est de *source bilatérale* ou *multilatérale* et notamment, dans le premier cas, *conventionnelle* et, dans le second, *supra-étatique*. Dans un cas comme dans l'autre, les communautés étatiques « co-affectées » par la relation privée s'engagent réciproquement à respecter le critère de coordination, de désignation, de répartition et de rattachement que pose la règle qu'elles ont négociée et élaborée ensemble, directement en cas de convention internationale, indirectement, c'est-à-dire par l'intermédiaire de l'instance supra-étatique qu'elles ont instaurée à cet effet, en cas de règlement supranational. La règle de conflit se charge, dans toutes ces hypothèses, du *suum cuique tribuere* en accordant aux États qui s'y sont soumis des droits subjectifs étatiques et en imposant des obligations étatiques correspondantes. Et de fait, lorsque la règle de conflit à laquelle souscrivent réciproquement les États A et B tranche le conflit

international entre les lois des États A et B au profit, par exemple, de la loi de l'État A, elle confère à l'État A à l'encontre de l'État B le *droit* de mettre en œuvre sa loi et donner satisfaction à la prétention du particulier qui s'en réclame ; un tel droit subjectif *étatique* suppose l'*obligation* de l'État B de coopérer à sa réalisation et par là à la réalisation effective du droit subjectif *individuel* – du particulier qui se fonde sur la loi de A. Une telle obligation à la charge de l'État B peut notamment prendre la forme d'un *facere*, consistant à mettre ses organes de contrainte à disposition de la partie privée qui les sollicite, afin d'exécuter sur son territoire la décision rendue par les organes de A conformément à la loi de A ; une telle obligation peut également prendre la forme d'un *ne facere* consistant à empêcher les autorités judiciaires puis d'exécution de l'État B, respectivement, de prononcer, à la requête de la partie privée qui la leur demanderait, une *contre-décision* sur le fondement de la loi de B, et de réaliser sur son territoire une *contre-exécution* qui neutraliserait la décision rendue par les organes de l'État A conformément à la loi de A et exécutée sur le territoire de A.

2.8. À défaut d'être réalisée par le canal de conventions internationales ou de règlements supranationaux, la coordination entre les États ne peut que faire l'objet d'une quête spontanée de chacun pour son propre compte. Le premier pas vers la réussite de l'entreprise, vers la mise en place du Droit au profit des relations privées affectant simultanément deux communautés étatiques, c'est-à-dire au profit des particuliers qui nouent de telles relations, consiste pour chacun des États agissant unilatéralement à avancer un facteur de coordination qui est tel que son adoption par l'autre État également mis en cause parvient à conjurer le conflit international de lois et, par là, à trancher par avance le litige entre les personnes privées. C'est là le principe bien compris du *bilatéralisme* ou *multilatéralisme*, lequel prescrit, en effet, que la règle projetée par chacun des États qui en prend unilatéralement l'initiative soit telle qu'elle puisse être retenue par un législateur binational, multinational, supranational et même universel. Aussi la forme bilatérale ou multilatérale de la règle de conflit d'origine étatique est-elle exigée par l'impératif catégorique, lequel n'est qu'une expression de la loi immuable de non-contradiction des actions des sujets et du constat, joint au respect, de l'égalité formelle de ceux-ci. Un tel impératif prescrit à tout sujet – ici à tout sujet étatique – évoluant dans une phase préjuridique de ne commencer par prétendre vouloir et agir que d'après un principe pouvant être pris pour fondement de la volonté et de l'action universelle, et il empêche de prétendre vouloir et d'agir d'après un principe qui, adopté par autrui, aboutirait à une contradiction de la volonté et à l'impossibilité de l'action résultant de celle-ci. Il s'agit bien d'une « loi universelle du droit » en ce qu'elle gouverne la création du Droit et s'impose à tout sujet qui prétend le produire, qui prétend développer et énoncer une volonté *normative*. On comprend ainsi que chaque État tend, moyennant la règle bilatérale dite savignienne, à déclarer sa loi applicable aux relations privées qui sont liées à son milieu par un rattachement, un seul, ou un seul groupement de contacts, et s'abstient de prétendre en prescrire l'observation aux relations privées qui sont liées à son milieu par plusieurs rattachements, ou plusieurs ensembles de rattachements, alternatifs l'un à l'autre. En effet, si les autres États en font autant, s'ils déclarent eux aussi leur loi applicable sur le fondement de plusieurs rattachements alternatifs, la relation privée rattachée à plusieurs États s'en trouverait soumise à plusieurs lois ; cela aurait pour conséquence qu'un particulier pourrait légitimement invoquer la protection de la loi d'un État à l'encontre de l'autre particulier, qui pourrait tout aussi légitimement invoquer la protection de la loi de l'autre État : ce serait alors loi contre loi, prétention privée contre prétention privée, prétention étatique contre prétention étatique, et ce conflit entre prétentions étatiques déclenché par le conflit entre prétentions privées et le conflit entre prétentions privées qui le déclenche seraient, en Droit, voués à ne pas être résolus et ne pourraient être solutionnés que par des moyens non-juridiques et

même anti-juridiques. Ce serait, à l'égard de ces relations transfrontières, la faillite du Droit et des États qu'elles affectent en tant que « responsables » de l'ordre et de la justice.

2.9. Pour être nécessaire, le respect du principe du bilatéralisme dont témoigne la règle de conflit de lois à rattachement unique peut cependant ne pas être encore suffisant pour que soit atteinte la coordination entre les deux États que mettent en rapport deux particuliers s'engageant dans une relation privée transfrontalière. De *forme* l'une et l'autre bilatérale, c'est-à-dire ayant l'une et l'autre vocation universelle, mais de *source* l'une et l'autre unilatérale, c'est-à-dire posée l'une et l'autre par chacun des États en dehors d'un cadre « bilatéral » ou « multilatéral » de négociation entre eux, les règles de conflit posées par les deux États peuvent fort bien différer quant à leur *teneur*, c'est-à-dire quant à l'identité du critère de prévention du conflit de lois qu'elles retiennent. Or, que deux États puissent choisir deux rattachements différents, que la vision de la justice de coordination interétatique que développe l'État A puisse ne pas être la même que celle à laquelle souscrit l'État B, voilà qui n'est pas surprenant, une telle divergence ne constituant que le prolongement de celle qui se rencontre quant à la justice de coordination interindividuelle. En effet, non seulement la règle de droit privé posée par la communauté étatique A peut être différente de celle posée par la communauté étatique B, mais une telle différence constitue le postulat même du droit international privé. Aussi bien, le désaccord entre les États A et B quant à la façon de trancher entre les vocations qu'ont les personnes privées à réclamer un certain bénéfice n'est pas plus raisonnable et moral que le désaccord pouvant diviser les États quant à la façon de trancher entre leurs propres vocations à régler comme ils l'entendent, en le prévenant dans la mesure du possible, le conflit de prétentions privées. Et ce double désaccord tire souvent son origine de la différente appréciation des liens rattachant les deux sujets – personnes privées, dans le premier cas, et communautés étatiques, dans le second – à l'objet potentiel du litige et il est, en tout cas, sur un plan comme sur l'autre, le fruit de l'exercice de l'autonomie, c'est-à-dire de la liberté, du sujet-État. Seulement, la divergence quant à la substance du critère de rattachement retenu par les deux États entraîne la possibilité que les règles de conflit unilatéralement posées par chacun d'eux débouchent sur des *conflits positifs* ou *négatifs* de règles de conflit, auquel cas la coordination recherchée n'est pas encore atteinte.

2.10. Recouvrant un conflit négatif de règles de conflit, la situation dite de renvoi naît de la disponibilité parallèle de l'un et l'autre État à renoncer à régir par sa propre loi une relation privée internationale pourtant significativement rattachée à son milieu, et de sa disponibilité à déclarer applicable, et au besoin à mettre en œuvre avec la force, la loi de l'État « co-intéressé ». Le conflit international de lois n'est cependant pas encore prévenu car, si chacun des deux États renonce en faveur de l'autre et qu'ils arrêtent là leur recherche de la coordination, celle-ci n'est pas encore trouvée, les personnes privées demeurent soumises à deux lois, sauf que chacun des États désigne ici celle de l'autre État. Du point de vue de chacun des États, l'abstention qu'il consent dans sa règle de conflit de lois résulte déjà d'un effort de modération du champ d'application vocationnel de sa loi, lequel embrasse, de l'aveu général, toutes les relations interindividuelles présentant avec lui un lien significatif et donc assurément aussi celles qui sont touchées par un conflit de renvoi. Si la règle de conflit bilatérale posée unilatéralement par un État renferme bien une *renonciation*, il s'agit d'une renonciation *conditionnelle*, en ce sens qu'elle est asservie à la prévention d'une antinomie internationale. Il en résulte que la situation de renvoi est celle où chacun des États en présence s'est déclaré prêt à consentir un *sacrifice* plus important que celui qui s'avère nécessaire pour assurer, à l'égard de la relation interindividuelle litigieuse, la coexistence de son domaine de liberté – de l'étendue de sa vision de la justice

des rapports privés – avec celui de l'autre État, ceci dans le but d'exorciser la superposition des prétentions étatiques et prévenir un litige international entre prétentions privées. Aussi bien, la situation de renvoi invite chacun des États à se réapproprier une part, mais une part seulement, de la vocation de sa loi qu'il avait commencé par sacrifier en vue de prévenir un conflit de lois entre lui et l'État « co-intéressé » et à épargner aux personnes privées les conséquences qui découlent d'un tel conflit sous l'angle de la sécurité juridique et de l'équité.

La mission de la *règle de conflit de renvoi* – qui, puisqu'elle vise un conflit de règles de conflit, peut être qualifiée de règle de conflit au *deuxième degré* ou à la *deuxième puissance* – consiste précisément à organiser la réappropriation évoquée. Il s'agit, dès lors, d'une *règle de répartition*, puisqu'elle a pour objet le « partage » et la distribution entre les deux communautés étatiques se désignant mutuellement du pouvoir de régler par avance et d'après leur vision de la justice les relations interindividuelles prises dans l'état du conflit négatif de règles de conflit, en assurant le *suum cuique tribuere* entre les lois qu'elles édictent. Mais il s'agit également d'une *règle de coordination*, puisque les sphères de liberté des deux États pour ce qui est du règlement de telles relations transfrontalières doivent être ajustées les unes aux autres, de même que d'une *règle de désignation*, puisqu'elle désigne la loi qui, entre celles qu'oppose le conflit de renvoi, régira la relation frappée par celui-ci. Il s'agit, enfin, d'une *règle de rattachement*, mais, systématiquement, dans le seul sens que l'opération du critère qu'elle identifie a pour conséquence d'intégrer la relation privée à la sphère de détermination de l'État au profit duquel la désignation opère, ce facteur à la deuxième puissance pouvant ne pas être fondé sur un lien géographique, mais bien sur la teneur respective des lois en conflit de renvoi et les conséquences de leur application. L'organisation d'une telle réappropriation peut avoir lieu à la suite d'un *accord* interétatique prenant la forme d'une convention bilatérale ou multilatérale ne visant qu'à trancher les conflits négatifs de règles de conflit sans prétendre sacrifier la liberté des États qui y participent de se doter des règles de conflit de lois les plus conformes à la vision que chacun se fait de la meilleure coordination. La règle de conflit de renvoi est, dans ces cas, non seulement de *forme* bilatérale, mais aussi, et contrairement aux règles de conflit de lois en présence, de *source* bilatérale, puisque le critère de solution du conflit de renvoi est négocié et entériné par les deux États concernés, il est le fruit d'un accord de volontés étatiques. À défaut d'une règle de conflit de renvoi de source bilatérale ou multilatérale, le règlement du conflit de renvoi ne peut qu'être remis à l'initiative unilatérale de chacun des États. Toutefois, pour qu'il ait des chances d'être réellement résolu, il faut que chacun des États se dote d'une *règle de conflit de renvoi conforme au bilatéralisme*. C'est dire qu'il faut que le critère unilatéralement posé par chacun des États et visant la redistribution entre eux de la compétence législative qu'ils ont d'abord renoncé à exercer soit tel que l'autre État puisse l'adopter à son tour pour que le conflit de lois soit résolu *par avance*, dans la mesure du possible, et ce afin d'épargner aux justiciables le besoin de saisir un juge, ou à tout le moins qu'il soit tranché *par un juge* – et non pas par le plaideur saisissant le juge – et d'une manière telle que la solution judiciaire ainsi apportée au conflit de renvoi et la justice du cas concret qu'elle recouvre puissent contribuer à déjudiciariser dorénavant les relations interindividuelles génératrices du même conflit de renvoi. La *forme bilatérale* de la règle de conflit de renvoi posée par chaque État est tout aussi nécessaire que la forme bilatérale de la règle de conflit de lois en ce qu'elle est commandée par les lois prépositives tirées des lois de l'être et régissant à leur tour toute activité de production normative.

2.11. C'est le défaut de vocation bilatérale, « omnivalente »¹⁹¹², dont sont affectées les positions sur le renvoi héritées de la tradition qui explique pourquoi elles sont toutes intenable. Celle que nous avons appelée *thèse* et qui consiste pour un État à accepter le renvoi du fait que la désignation faite par sa règle de conflit engloberait également la règle de conflit de l'État étranger (*Kollisionsnormverweisung*) et celle que nous avons appelée *anti-thèse*, et qui consiste pour un État à refuser le renvoi au motif que sa règle de conflit de lois ferait référence uniquement à la loi matérielle étrangère et non pas également à la règle de conflit étrangère (*Sachnormverweisung*), sont l'une et l'autre également disqualifiées, et cela à cause du défaut rédhibitoire, et partout dénoncé, de ne pas pouvoir être retenues par l'autre État ainsi que de violer de cette manière la loi du bilatéralisme, de méconnaître l'impératif catégorique et même d'obéir à un *anti-impératif catégorique*, c'est-à-dire de n'aboutir à l'harmonie de solutions, à la résolution du conflit international de lois, que si l'autre État ne l'adopte pas. Cette attente d'un sujet à ce que l'autre agisse sur le fondement d'un principe opposé à celui qui inspire l'action qu'il projette et, pour ce qui est particulièrement de l'acceptation du renvoi, à ce que l'autre État ne réclame pas la liberté qu'il réclame lui-même – ici celle de récupérer la vocation de sa loi initialement sacrifiée à la suite du constat du conflit négatif – est contraire à la loi universelle du droit telle qu'appliquée aux situations de renvoi. Si deux États adhèrent l'un et l'autre soit à la thèse soit à l'antithèse – si tous deux acceptent le renvoi ou si tous deux le refusent –, le conflit international de lois en la forme ici du conflit de renvoi et, en conséquence, le conflit entre les parties privées, ne sont pas prévenus ; la saisine du juge est, dans le cas de la reconnaissance réciproque de la litispendance et de la décision rendue par le juge premier saisi, toujours nécessaire pour trancher de tels conflits, mais elle est également toujours suffisante. Il n'y a dès lors pas de sécurité juridique quant au règlement du conflit de lois, car il faut saisir pour savoir ; pas d'équité dans le mode de résolution du conflit, car la saisine, acte d'une partie, suffit ; pas de contribution du procès à la sécurité et à la justice des espèces semblables se présentant à l'avenir, le procès se voyant destitué de sa fonction de laboratoire de solutions plus affinées et plus prévisibles. Ne se réalisant que lorsque l'un d'eux se rallie à la thèse et l'autre à l'antithèse, la coordination entre les États A et B n'est qu'accidentelle, elle n'est pas directement recherchée ni assurée par l'emploi d'un facteur de justice, quel qu'il soit, par l'affinement de l'analyse des mérites respectifs de la vocation des deux lois prises dans le jeu des désignations croisées. Surtout, à supposer que la coordination entre les États A et B soit en effet garantie par cette voie fortuite, celle entre l'État C, s'il suit lui aussi la thèse ou l'antithèse, et les États A ou B, ne se réalise, à coup sûr, pas. Si elle montre sur le vif qu'un État A peut fort bien déclarer en définitive applicable tantôt la loi du for, tantôt la loi étrangère aux relations interindividuelles pourtant frappées par le même conflit de renvoi, et ce afin de s'ajuster aux préférences de chaque État, B, C etc. participant avec lui au jeu des désignations croisées, l'idée consistant à recopier la position du renvoi qu'adopte l'État étranger (renvoi intégral ou double renvoi ou *Gesamtverweisung*) est, dans la mesure où une telle position étrangère consiste à son tour dans l'acceptation ou le refus classiques, impropre à fournir la synthèse, car elle n'est pas non plus bilatéralisable. En somme, confiée à la diversité des positions sur le renvoi, l'harmonie n'est atteinte qu'au profit d'un nombre nécessairement limité de relations interindividuelles que touche un conflit de renvoi. La synthèse en revanche, en ce qu'elle préconise la bilatéralité de la règle de conflit de renvoi, poursuit bien de manière directe et ciblée la coordination et, par une analyse plus fine de la justice, promet de parvenir en principe, à l'égard de toute relation interindividuelle pouvant générer un conflit négatif, ou bien à la

¹⁹¹² Le mot nous a été suggéré par le Professeur Ancel : v. « Préface », p. VII.

prévention de ce conflit, ou bien à son règlement judiciaire au moyen de la décision d'un juge susceptible de contribuer à la résolution anticipée du conflit de renvoi pouvant frapper à l'avenir des relations transfrontalières analogues.

2.12. Quant au facteur bilatéral chargé de trancher le conflit de renvoi, chaque communauté étatique est *a priori* libre de retenir celui qui a ses préférences, mais aucune n'a cependant plus le loisir – parce qu'une telle attitude serait contraire au bilatéralisme et la liberté qu'elle prétendrait exercer ne serait qu'illusoire – d'élever à la dignité de principe de solution du conflit de renvoi le rattachement retenu par la règle de conflit de lois de l'autre communauté. Un État peut, en revanche, s'en remettre non seulement à un indice supplémentaire de localisation géographique, mais aussi à la teneur d'une des lois en présence et notamment à un comparatif des conséquences résultant de la mise en œuvre de l'une ou de l'autre loi. L'étude de la nature de la règle de droit privé, et des antinomies internes de lois, encourage à ne pas voir de contradiction en ceci que l'analyse du contenu de chacune des lois en conflit et des effets de leur application puisse bien servir à soupeser leur vocation respective à être retenues. La tâche d'une telle règle « matérielle » de conflit de renvoi n'en demeure pas moins « conflictuelle », car elle consiste à résoudre un conflit international de lois. Sa *neutralité* au sens d'impartialité de ceux qui l'édicte est assurée dans la mesure où l'État dont la loi n'est pas applicable doit y adhérer lui aussi et, surtout, dans la mesure où le critère est fixé par avance et d'une manière telle que les deux prétentions étatiques et, par là, les deux prétentions privées possèdent une chance *a priori* égale de l'emporter. La diversité des critères avancés par les deux États concernés pour trancher le conflit de renvoi qui les met en cause demeure en tout état de cause possible. Il se peut, notamment, que la règle de conflit de renvoi de l'État A désigne la loi de l'État A et la règle de conflit de renvoi de l'État B désigne la loi de l'État B. C'est là, pour emprunter à la terminologie traditionnelle, un *conflit positif de règles de conflit de renvoi*, qui se superpose à un conflit négatif de règles de conflit de lois. Il se peut aussi que la règle de conflit de renvoi de l'État A désigne la loi de l'État B, et que la règle de conflit de renvoi de l'État B désigne la loi de l'État A. C'est là un *conflit négatif de règles de conflit de renvoi* qui se superpose à un conflit également négatif de règles de conflit de lois. Dans un cas comme dans l'autre, la recherche de la coordination entre les États A et B, et pour cela de la prévisibilité et de la justice quant au mode de solution du conflit international de prétentions privées, impose à chacun des États de poursuivre la démarche selon le même schéma, c'est-à-dire en respectant les consignes du bilatéralisme. Chaque État sera ainsi conduit à se doter d'une règle de conflit bilatérale au troisième degré destinée à trancher le conflit entre règles de conflit de renvoi, le principe de solution qu'il adopte à ce niveau supérieur ne pouvant plus être celui qui a été retenu au premier ou au second degré ni par lui ni par l'État « co-intéressé ». On voit que la liberté dont jouit chaque communauté étatique de sélectionner le critère de solution du conflit est progressivement plus restreinte, à mesure que l'on se hisse à des étages plus élevés. Encore que dans des limites de plus en plus serrées, chaque État reste cependant « co-maître » du règlement du conflit international de lois qui l'implique. Il est dès lors possible que deux règles de conflit au troisième degré désignent l'une la loi de l'État A et l'autre la loi de l'État B, ce qui appelle le développement par chaque État d'une règle de conflit au quatrième degré. Les critères envisageables n'étant pas innombrables, la *regressio ad infinitum* n'est qu'une vue de l'esprit. Réalisable, une règle consacrant une suite « en cascade » de critères de solution du conflit de lois n'est d'ailleurs pas nouvelle, puisque toute codification moderne se nantit d'un certain nombre de dispositions consacrant des systèmes gradués de rattachements subsidiaires, sous-subsidiaires et sous-sous-subsidiaires, dits parfois « échelles de Kegel ».

Si la *pyramide* est l'image qui saisit au mieux la construction *par degrés* (*Stufenbau*) de l'ordre juridique, lequel est organisé de telle manière que l'*unité* qui fait défaut à un degré

donné en raison de la variété et de l'incompatibilité possible des normes qui y prennent place est assurée par celles qui se positionnent aux plans supérieurs, il n'est pas étonnant qu'une telle *hiérarchie des règles de conflit* soit édictée par deux ordres juridiques étatiques en quête de coordination. Exigée par les lois de l'être, qui empêchent la contradiction des actions humaines, l'*unité* de deux ordres juridiques, de deux systèmes normatifs étatiques prescrivant le devoir-être à l'égard des relations privées qui naissent et évoluent simultanément au sein de l'un et de l'autre, suppose pour que le Droit soit en place la création, à l'égard de ces relations « binationales », d'un ordre juridique « binational », « bi-étatique », « co-étatique ». Lorsque, comme c'est le cas des situations de renvoi, les règles de conflit au niveau inférieur laissent subsister la contradiction entre les deux ordres juridiques étatiques et, par conséquent, maintiennent les personnes privées dans le désordre juridique concernant la sphère de leurs droits et obligations, l'unité dont il est question ici ne peut qu'être recherchée à un étage plus élevé de l'ensemble hiérarchiquement ordonné des règles de conflit que construisent ensemble les organes des États en conflit de renvoi. Rien d'étonnant à ce que la coordination entre deux sujets requière un ensemble de démarches ; c'est même le propre de la coordination et tout un chacun en fait l'expérience lorsqu'il ne parvient à s'accorder avec son partenaire sur la teneur d'un règlement contractuel qu'à la suite de plusieurs « rounds » de négociations.

Ainsi, le conflit international de lois impliquant les États A et B est résolu – à la deuxième, troisième ou quatrième puissance – par le jeu de plusieurs couples de semi-règles unilatéralement posées par les deux États en conflit négatif et avancées par eux jusqu'à ce que les deux unilatéralités se rencontrent, s'harmonisent et fusionnent. C'est ainsi que prend naissance une règle de conflit de source véritablement bilatérale, c'est-à-dire une règle de conflit de lois à laquelle chacun des deux « côtés » (*latus*), chacune des deux communautés étatiques « co-affectées » par la relation interindividuelle – et « co-intéressées » à la résolution des litiges pouvant en résulter parce que « co-responsables » à l'égard des personnes privées qu'elle implique de l'ordre, de la paix, de la stabilité et de la fécondité d'une telle relation – contribue de manière paritaire, avec sa vision des choses, sa vision de la résolution du conflit de lois, certes tout aussi subjective mais tout aussi *a priori* légitime que celle de l'autre communauté. Une telle règle binationale, bi- et co-étatique, est respectueuse non seulement de la diversité des *lois matérielles* des deux États, c'est-à-dire de leur liberté de se doter de la vision de la justice des rapports privés qu'ils estiment être la meilleure, mais également de la diversité de leurs règles de *conflit de lois*, c'est-à-dire de leur liberté d'entretenir la vision de la justice de coordination interétatique qui leur semble la plus équitable ; et elle est respectueuse aussi de l'éventuelle diversité de leurs règles de *conflit de renvoi*, du facteur qui leur semble mieux apte à organiser le recouvrement par chaque communauté étatique d'une portion du domaine vocationnel de sa loi qu'il avait initialement sacrifié. Puisqu'une telle règle de conflit édictée bilatéralement peut aller jusqu'à mobiliser deux, quatre, six, huit règles de conflit de lois unilatéralement posées, elle prescrit la mise en œuvre d'un nombre progressivement plus important de *facteurs de justice*, en assurant de la sorte une pesée progressivement plus sophistiquée des titres respectifs des lois concurrentes à régir la relation privée frappée de renvoi et, par conséquent, une appréciation plus mesurée du bien-fondé des prétentions individuelles antagonistes.

2.13. Nous avons tenu à montrer qu'un État évoluerait dans la voie du progrès par rapport à la thèse et à l'antithèse s'il en appelait, pour trancher le conflit de renvoi, aux principes bilatéraux d'autonomie et de proximité, ce dernier pouvant être concrétisé par des présomptions susceptibles de varier selon les matières en cause. Les justifications du recours à de tels facteurs de solution pour arbitrer un conflit négatif de règles de conflit nous ont paru puissantes et jaillir des sources mêmes du droit privé.

L'autonomie individuelle prolongerait, d'abord, le rôle qu'elle remplit dans la vie du droit privé. La création d'un rapport juridique et la mise en œuvre des règles qui président à sa naissance est, avons-nous rappelé, le fruit de l'exercice de la liberté des justiciables, c'est-à-dire *disponible* pour ces derniers. L'autonomie individuelle est également responsable du caractère international du rapport de droit puisque ce sont les particuliers qui, par leurs manifestations de volonté ou leurs comportements volontaires, s'engagent dans une relation qui n'est pas interne à une communauté étatique, mais s'inscrit dans les milieux de deux communautés. La source de cette « mise en liaison » des deux États, la source de la relation interétatique qui se déroule parallèlement à la relation interindividuelle, est bien l'autonomie des personnes privées. C'est encore sur l'initiative de celles-ci que repose la mise en œuvre de la relation interindividuelle, étant entendu que le titulaire d'un droit subjectif est libre de ne pas l'exercer, et la saisine des organes judiciaires, puis des organes de contrainte, dépend aussi d'une action volontaire. La coordination des États, des volontés et actions étatiques, vise à prévenir un litige entre personnes privées, c'est-à-dire un conflit entre volontés privées, et suppose que celles-ci soient tentées de se réclamer l'une d'une loi et l'autre de l'autre loi. Il semble donc raisonnable, *zweckrational*, qu'après avoir constaté que leurs règles de conflit de lois se désignent mutuellement, les deux communautés étatiques, dans le but de prévenir le conflit de volontés privées qu'alimenterait le conflit de leurs propres volontés, autorisent les parties à s'engager à ne se réclamer que d'une seule et même loi en empêchant un particulier de se soustraire par la suite à son engagement en invoquant l'autre.

Les arguments que l'on brandit à l'encontre de l'autonomie sur le plan du conflit de lois non seulement perdent-ils l'essentiel de leur pertinence à l'égard des situations de conflit de renvoi, mais ils invitent précisément à y avoir recours. Il en va d'abord ainsi de celui qui consiste à opposer le caractère *impératif* des règles de droit et des matières concernées. En premier lieu, la volonté ne s'exerce ici qu'au profit d'une des lois en conflit de renvoi et pour trancher, dans la mesure où les deux États déclarent applicables deux lois antinomiques, ce qui a les allures d'un conflit d'impérativités, dont la persistance aboutit à faire perdre au Droit et aux lois en conflit toute force impérative. Loin de s'y opposer, l'autonomie, dans la mesure où elle réduit à l'unité la dualité de lois déclarées applicables, se met au contraire au service de l'autorité du Droit entendue comme capacité à réclamer obéissance, préjudiciairement dans la mesure du possible, de ceux à qui il prescrit une conduite déterminée. En second lieu, le propre d'une situation de renvoi tient en ce que chacun des États s'est déclaré prêt à renoncer à sa propre loi en faveur de l'autre, c'est-à-dire que chaque État a lui-même commencé par renoncer à l'impérativité de sa loi dans le but d'épargner aux justiciables un conflit international entre celle-ci et la loi de l'État « co-intéressé » ; si bien que remettre aux justiciables la désignation entre l'une et l'autre revient à faire récupérer à la loi de l'État ainsi désignée une part de l'impérativité à laquelle il avait abdicqué. C'est aussi la raison pour laquelle l'objection consistant à regretter que les personnes privées ne soient de cette manière autorisées à disposer des *droits* pourtant *indisponibles* devient inconsistante. D'une part, ce sont les deux États qui ont déjà « disposé » l'un en faveur de l'autre du pouvoir de créer des droits subjectifs et des obligations dans la sphère juridique des particuliers. D'autre part, et en raison de cette double, parallèle « disposition », ceux-ci ne détiennent pas encore, lorsque leur relation est touchée par un conflit de renvoi, de droits et d'obligations. Tout ce qu'ils peuvent revendiquer est, avant l'ouverture d'un procès, deux couples incompatibles de semi-droits et semi-obligations ; l'autonomie n'est qu'un moyen pour permettre aux parties de compter sur des droits et obligations véritables, de les exercer respectivement de s'en acquitter sans devoir engager une procédure judiciaire pour en connaître l'existence et la portée. Enfin, se refuser à résoudre le conflit négatif de règles de conflit en en appelant à l'autonomie

individuelle aboutit à ouvrir au plaideur le plus rapide le choix au moyen de la saisine du juge, laquelle saisine, on y a insisté, résulte aussi de l'exercice d'une telle autonomie. Sauf qu'ainsi aménagée, l'autonomie est unilatérale et risque d'être exploitée par la partie la plus forte, la plus aisée, la plus maline et renforcer un éventuel déséquilibre entre les particuliers ; dans tous les cas, elle ne peut être exercée que judiciairement, c'est-à-dire postérieurement à la naissance de la relation, postérieurement au moment où les justiciables sont censés en connaître la teneur et la mettre en œuvre. En somme, cette autonomie individuelle contrevient aux deux composantes du Droit que sont la prévisibilité et l'équité. Il est autrement plus conforme au Droit, à l'intérêt commun des États à en faire profiter les particuliers et favoriser le déroulement paisible des relations interindividuelles, que ce soient les deux parties qui, préjudiciairement, au moment même auquel elles lui donnent naissance, s'accordent sur la loi en conflit de renvoi qui régira leur relation, ou bien, le cas échéant, que la désignation, toujours préjudiciaire, soit réservée à l'une des parties, déterminée à l'avance, en vertu de la position objective qu'elle occupe dans la trame de la relation. L'on songe, dans le domaine délictuel, à la prétendue victime, qui subit les conséquences de l'exercice par le responsable de sa liberté de réaliser l'activité prétendument délictuelle ou de ne pas la réaliser, de même que de sa liberté de donner à une telle activité un caractère transfrontière ou interne, si bien que l'autonomie unilatérale qui serait accordée à la partie vulnérable ne ferait que contrebalancer une autonomie unilatérale de signe opposé, celle qui revient au responsable. L'on songe aussi au *de cuius*, qui se positionne au centre de gravité des relations successorales ayant pour objet son patrimoine, et dont il est sans doute plus conforme au sens universel du droit des successions de lui permettre de trancher lui-même préjudiciairement le conflit de renvoi qui affecte le sort de ses biens, plutôt que de permettre à l'héritier le plus rapide de le faire en agissant en justice. Il est en effet désirable que l'autonomie individuelle soit dissociée de la saisine du juge, qu'elle puisse être exercée à l'instant auquel la loi désignée autorise l'exercice des droits subjectifs qu'elle accorde et impose l'exécution des obligations qu'elle prescrit, afin que les particuliers puissent profiter des uns et s'acquitter des autres. On a également relevé, dans un contexte procédural, que toutes les perplexités que suscite chez bien des auteurs l'idée du caractère facultatif de la règle de conflit de lois – perte d'autorité de celle-ci, défaut d'harmonie de solutions, risque de non-reconnaissance de la décision – non seulement perdent-elles leur pertinence à l'égard de la facultativité de la règle de conflit de renvoi mais, bien au contraire, plaident également pour l'admission d'une telle « facultativité ». Et si le choix est admis au cours du procès, il est permis de se demander pourquoi il ne pourrait pas l'être avant tout procès et afin d'éviter celui-ci.

Quant au mode de manifestation, l'autonomie individuelle peut s'exprimer non seulement par la désignation de la loi au profit de laquelle le conflit de renvoi sera résolu, mais également par un *comportement concluant* révélant de manière suffisamment certaine et objectivement vérifiable les *attentes ou expectatives* des particuliers quant à l'applicabilité d'une des lois en conflit, sans par ailleurs qu'il ne soit nécessaire que la volonté ou l'attente ainsi exprimée ou révélée procède de la conscience chez eux de la faculté de choix pas plus que de celle d'évoluer dans une situation génératrice de renvoi. Lorsque les parties se sont *spontanément* soumises à une des lois en conflit de renvoi, qu'elles l'ont déjà à quelques égards *observée et mise en œuvre*, et notamment que la personne privée qui, d'après l'une de ces lois, est débitrice d'une prestation, l'a déjà spontanément effectuée, c'est bien que cette loi a été plus *effective*, qu'elle a déjà été, consciemment ou non, prise pour modèle de l'action, que les personnes privées ont établi avec elle un *lien* à l'instar de celui qu'établit avec le bien son utilisateur, lien qui s'ajoute au rattachement géographique par lequel leur relation est insérée dans le milieu de l'État édictant la loi dont il est question. Or si le propre du Droit est de prescrire une règle de *conduite*, celle des deux lois concur-

rentes qui a déjà façonné la conduite de ses destinataires possède un surcroît de vocation à l'emporter par rapport à celle qui prescrivait une conduite incompatible avec la première et qui n'a pas été suivie. De même, si le Droit est un *instrument* d'épanouissement des hommes, de réalisation de leurs projets et plus largement de leur humanité, celle des deux lois qui a déjà été employée, utilisée, exploitée par eux dans la situation concrète possède par rapport à l'autre un supplément de légitimité pour régir la relation interindividuelle suscitant un conflit de renvoi. Autrement dit, lorsque les attentes individuelles sont *concordantes* (dans la mesure où les parties dont les attentes sont pertinentes sont plusieurs), *légitimes*, puisqu'elles sont ajustées à la loi d'un État désignée par une des règles de conflit en présence, c'est-à-dire bénéficiant d'une « loi de couverture », et *objectivement vérifiables*, notamment parce que révélées par un comportement concluant, elles semblent bien à même de départager les deux lois en conflit de renvoi.

L'autonomie – envisagée dans sa double composante : déclaration de volonté et comportement concluant – trouve un terrain d'élection en matière de *validité*, notamment *formelle*, des actes juridiques. Lorsque le conflit de règles de conflit met aux prises deux lois dont l'une valide un acte juridique et l'autre l'invalidé, trancher au profit de la loi validante revient à s'en remettre à un facteur qui est parfaitement bilatéral et repose sur les attentes de l'auteur ou des auteurs de l'acte révélées par leurs démarches, lesquelles suggèrent en effet qu'ils escomptent que l'acte soit formellement valable. Un tel principe est, à son tour, au fondement de l'idée largement répandue d'après laquelle, en cas d'antinomie normative, y compris interprétative, la règle ou l'interprétation validante l'emporte (*res magis valeat quam pereat*). Observée à un stade antérieur à l'accomplissement de l'acte, une telle solution aboutit à autoriser les potentiels auteurs de l'acte à choisir entre les formalités prescrites par l'une des lois en conflit de renvoi et les formalités prescrites par l'autre loi, en s'ajustant aux formalités sélectionnées. Appréciée à un moment postérieur, lors duquel une personne privée, auteur de l'acte ou tiers, s'interroge sur la validité en souhaitant notamment la remettre en cause, c'est un critère *matériel* de solution du conflit de renvoi qui apparaît, bien que la *règle matérielle de conflit de renvoi* qui le consacre remplisse une fonction *conflictuelle*, celle de trancher un conflit international de lois, ici en la forme d'un conflit de renvoi, c'est-à-dire celle de garantir l'harmonie préjudiciaire des solutions, l'une et l'autre non encore atteintes du fait de la diversité des rattachements retenus par les États « co-intéressés ».

2.14. Quant au principe de proximité, la mesure de la force des attaches respectives que deux sujets entretiennent avec l'objet des prétentions concurrentes et incompatibles qu'ils avancent est – a-t-on déjà relevé – un critère universellement répandu de justice distributive. Ainsi, la prétention d'un État en conflit de renvoi à se réapproprier la vocation initialement sacrifiée de sa loi, c'est-à-dire à satisfaire la prétention de la partie privée qui se réclame de sa loi et dans la mesure où elle s'en réclame, est d'autant plus justifiée que le lien par lequel la relation interindividuelle en cause s'inscrit dans son milieu est plus significatif que celui qui la rattache à l'autre État. Il s'ensuit que la prétention qu'avance une partie privée à ce que le litige susceptible de l'opposer à l'autre partie privée soit résolu et prévenu par la préférence donnée à la loi de l'État en conflit de renvoi avec lequel la relation présente globalement l'attache la plus forte bénéficie d'un surcroît de légitimité par rapport à la prétention qu'avance la partie privée qui se réclame de la loi de l'État en conflit de renvoi avec lequel la relation, pour être significativement rattachée, l'est cependant moins qu'avec l'autre État. Puisque les rattachements inscrits dans les règles de conflit étatiques qu'oppose le conflit négatif traduisent une vision de la proximité, qui est tout à la fois subjective, unilatérale et abstraite, chacun des États qui les édictent peut fort bien faire appel à une appréciation de la justice de proximité qui, pour être encore subjective et unilatérale, est néanmoins plus concrète parce que fondée sur la localisation d'attaches

topographiques que sa règle de conflit avait négligées. L'objection communément adressée au principe de proximité – imprévisibilité des résultats sur lesquels débouche sa mise en œuvre et possibilité que deux sujets parviennent à une évaluation divergente du lien le plus significatif – tourne ici à vide. D'une part, le recours à la proximité a lieu afin d'épargner aux justiciables l'imprévisibilité et l'incertitude dans laquelle les plonge le conflit de renvoi du fait précisément que deux États ont apprécié différemment la proximité abstraite qui sous-tend un rattachement unique. D'autre part, comme la jurisprudence l'atteste, dans un certain nombre de situations génératrices de renvoi, les justiciables peuvent raisonnablement prévoir à l'avance au profit de quelle loi penche la pesée de la proximité car l'essentiel des facteurs autres que ceux qu'adoptent les règles en conflit de renvoi se concentre au sein d'une des communautés étatiques « co-intéressées », si bien que l'on peut aisément pronostiquer que les juges de l'une et de l'autre parviendraient à la même conclusion. Le conflit international de lois est ici de nouveau prévenu. Le progrès sous l'angle tout à la fois de la prévisibilité et de la justice individuelle est alors peu discutable. À l'égard d'un certain nombre de rapports qu'elles nouent, les personnes concernées peuvent nourrir un doute légitime sur la façon dont un juge trancherait à l'aide de la proximité le conflit de renvoi qui les frappent, les attaches en principe non dénuées de pertinence étant distribuées de manière *a priori* équilibrée entre les deux sociétés étatiques. À défaut de s'accorder eux-mêmes sur la mise en œuvre d'une des lois en conflit, les justiciables seront obligés de saisir le juge d'un des États pour savoir comment le conflit de renvoi est tranché et connaître la loi qui détermine leurs droits et leurs obligations. L'avancée que l'emploi de la proximité ouvre à la justice et à la prévisibilité est ici de nouveau appréciable. Adhérant à l'acceptation ou au refus du renvoi, les États aboutissent à remettre entre les mains de la partie qui court le plus rapidement vers le for le pouvoir de trancher le conflit de renvoi et rien ne l'empêche de le faire en s'inspirant de son plus grand profit et du plus grand détriment de l'autre partie. C'est donc la saisine du juge, acte d'une partie, et non pas la décision du juge, acte de celui-ci, qui tranche en définitive le conflit de lois. Or, à ce facteur de solution fait défaut l'impartialité, c'est-à-dire la neutralité du responsable de sa détermination, élément universellement inhérent à l'idée de justice. Puisque ce n'est pas le juge qui tranche, sa décision est impuissante à contribuer à la sécurité juridique des relations se nouant à l'avenir et génératrices des mêmes conflits de renvoi. La mission préventive du procès et de la décision de justice qui en résulte est manquée. C'est là la stagnation des ordres juridiques dont les États ont la responsabilité car la même relation privée suscitant entre eux le même conflit de renvoi peut se produire d'innombrables fois et la saisine du juge de l'un des deux sera toujours nécessaire pour savoir quelle est la loi qui la régit. De telles conséquences, qui contrarient la tendance naturelle de tout ordre juridique et contreviennent aux intérêts, parce qu'aux devoirs, de tout État en tant que producteur du Droit, s'effacent dès lors que les deux États confient au principe de proximité la gestion du conflit de renvoi. Leurs juges se voient ainsi restituer la responsabilité de le trancher dans les cas incertains. Le procès retrouve son office de laboratoire de solutions mieux calquées sur les spécificités des affaires de renvoi et plus prévisibles. Les décisions par lesquelles les juges tranchent ces affaires contribuent à la formation de règles de conflit de renvoi générales autorisant peu à peu un pronostic sur la manière dont les tribunaux, s'ils sont saisis, trancheront les affaires à venir. Des critères de solution d'origine jurisprudentielle fondés sur la proximité acquièrent progressivement les caractères de la généralité et de l'abstraction. L'analyse de la jurisprudence en matière de renvoi montre qu'il est déjà, dans bien des cas, possible d'identifier des sous-catégories d'espèces dans lesquelles la configuration des liens pertinents autorise à présumer qu'une des lois en conflit est plus fortement rattachée que l'autre. Citons, à titre d'illustration, en matière successorale, les conflits négatifs entre deux règles de rattachement dont l'une adopte le

domicile et l'autre la nationalité du *de cujus*. Un État peut aller jusqu'à établir une présomption – et l'inscrire au besoin dans une disposition législative – selon laquelle, en cas de conflit négatif, la loi la plus proche est celle de l'État où se trouve, par exemple, en matière successorale, le lieu prépondérant du patrimoine héréditaire, ou bien celle de la communauté vers les milieux socio-économiques de laquelle pointent les attaches personnelles des successibles, par leur nationalité ou leur résidence. Certes, les règles générales de conflit de renvoi qu'induit l'affermissement de telles présomptions peuvent être différentes d'un État à l'autre et des conflits de règles sur le renvoi peuvent surgir. Ces conflits de lois à la troisième puissance réclament, on l'a vu, des règles bilatérales d'un degré supérieur et la proximité sera à même de continuer son œuvre de spécialisation, de création de sous-catégories d'affaires génératrices de renvoi de mieux et mieux délimitées et de plus en plus précises.

440. 3. Consécration par le droit positif. 3.1. *Droit législatif.* La lettre et l'esprit des dispositions que les lois et les codifications nationales contemporaines consacrent au renvoi – la *littera legis* et la *ratio legis* – et des autres dispositions ayant vocation à fonctionner en synergie avec elles pour trancher le conflit négatif de règles de conflit, nous ont paru compatibles avec la forme bilatérale dégagée par la synthèse et aussi avec les principes de proximité et d'autonomie qu'il nous est arrivé de proposer par défaut et par provision en vue d'en nourrir le fond.

3.2. La forme bilatérale est, d'abord, la seule à satisfaire la *voluntas legis* sous-jacente à tous les articles de loi ou code qui, d'une part, visent spécifiquement les situations de renvoi, et au moyen desquels, d'autre part, les législateurs ont aspiré à faire profiter ces situations, et les particuliers qu'elles impliquent, des bienfaits de la coordination des systèmes, de l'harmonie précontentieuse des solutions. Il semble que c'est là, en tout cas, la préoccupation de tous les législateurs qui n'ont pas refusé le renvoi de manière inconditionnelle sans prévoir, pour régler le conflit négatif, le jeu d'autres mécanismes pouvant tourner au profit tant de la loi du for que de la loi étrangère. Une telle forme bilatérale paraît ensuite en adéquation avec l'inspiration de la *Sinnklausel* de l'EGBGB et sa texture ouverte dès lors que le « sens » premier de la règle de conflit de lois est bien de « régler » par avance un « conflit de lois » au moyen d'un critère à vocation universelle ; or, c'est le mode bilatéral du facteur du règlement du conflit qui permet seul de saisir et de valoriser un tel fondement. Il en va de même de la formule prescrivant la « prise en compte du renvoi » qui figure dans le Code civil espagnol et dans la loi de réforme italienne, laquelle invite le juge à consulter la règle de conflit étrangère et, le conflit négatif de règles de conflit une fois constaté, à rechercher un principe satisfaisant de solution de celui-ci puisant dans l'esprit des règles de rattachement concourant à le provoquer. C'est bien, en tout cas, la lecture autorisée qu'en a donnée le Tribunal suprême espagnol qui s'est ouvertement engagé sur la voie de la mise au point des critères bilatéraux de solution du conflit de renvoi. C'est aussi la direction qui, en l'absence pour l'instant de jurisprudence significative, a été préconisée par la doctrine italienne la plus influente, laquelle a signalé que l'harmonie des solutions livre un principe « également pratique » qui devrait commander la mise en œuvre des dispositions législatives et que la souplesse de la disposition réformée sur le renvoi ouvre la voie à des « réflexions ultérieures » et à « une évolution éventuelle des idées en la matière ». Enfin, les textes consacrant un « renvoi-équité » ne se prononcent non plus pour ou contre l'admission du renvoi au sens traditionnel de l'alternative mais encouragent à se pencher sur les circonstances des affaires à trancher, et c'est alors tantôt au profit de la loi du for, tantôt au profit de la loi étrangère qu'elles prescrivent d'arbitrer le conflit de renvoi. Et c'est là la marque de la bilatéralité.

3.3. Quant au fond, la recherche du rattachement le plus significatif, à laquelle invite le principe de proximité pure, est conforme non seulement, d'une part, à la *Sinnklausel*, puis-que la règle de conflit remplit sa mission en jugeant les vocations concurrentes des lois et donnant préférence à celle de l'État au sein duquel la relation privée à régler est la plus significativement insérée, non seulement, d'autre part et pour les mêmes raisons, aux dispositions évoquées sur la « prise en compte » du renvoi et le renvoi-équité, mais également à toutes les législations qui connaissent et consacrent la clause dite échappatoire ou d'exception. L'origine historique de celle-ci est intimement liée au renvoi puisqu'elle a été proposée et accueillie au sein de l'Institut de droit international comme critère de résolution du conflit des règles de conflit, critère jugé – à raison – bien plus apte que l'acceptation pure et simple du renvoi pour atteindre un règlement satisfaisant du conflit de lois à la deuxième puissance et par là l'harmonie des solutions et la coordination des systèmes. C'est donc aux reproches que s'attire l'acceptation classique du renvoi comme dispositif de coordination qu'elle « échappe ». Si l'utilisation de la clause est justifiée par ce qu'on pourrait appeler les travaux préparatoires internationaux, elle prend également appui, notamment en Suisse, en Belgique et aux Pays-Bas, sur les travaux préparatoires nationaux, qui mettent en lumière l'apport qu'elle peut fournir au règlement approprié d'une situation de renvoi. Et il est édifiant de constater que la jurisprudence aime mieux prendre appui sur le principe bilatéral de proximité pure que sur la disposition non généralisable consacrant le principe de l'acceptation du renvoi.

3.4. Il semble aussi que s'en remettre à la désignation des parties est ce que commande le principe largement admis, et souvent fixé législativement, d'après lequel, si la loi étrangère désignée par la règle de conflit l'est en vertu de la volonté des parties, le renvoi qu'elle fait à la loi du for est en tous les cas refusé. Voilà qui revient en substance à trancher le conflit négatif de règles de conflit au profit de la loi qui a eu la préférence des parties et, par conséquent, à leur permettre de manifester une telle préférence, par déclaration expresse ou par comportement concluant, et notamment par soumission spontanée à l'une des lois en conflit, soumission qui peut ne pas résulter de la conscience d'une faculté de choix. Dans la mesure où la clause échappatoire est admise à jouer à l'avantage de la loi en conflit dont les parties se sont attendues qu'elle les régirait, et que de telles attentes se sont exprimées de manière non-équivoque, s'en remettre à celles-ci puise dans une telle clause une justification normative solide. Tous les arguments que l'on oppose à l'application facultative de la règle de conflit *de lois* plaident en faveur de l'application facultative de la règle de conflit *de renvoi*, notamment si elle prononce l'acceptation de celui-ci mais également si elle le refuse. Le jeu combiné de la disposition sur le renvoi, d'une part, et tout à la fois de l'idée contraire à la facultativité de la règle de conflit et de l'idée favorable à celle-ci, d'autre part, revient de nouveau à autoriser les plaideurs à désigner eux-mêmes, au cours du procès, la loi au profit de laquelle le conflit de renvoi doit être tranché, y compris par comportement concluant, c'est-à-dire en plaçant l'un et l'autre conformément à la même loi. Et l'on ne voit – insistons-y – pas de raisons valables de ne pas admettre les parties à trouver un accord sur le mode de solution du conflit de renvoi antérieurement au procès et pour permettre à celui-ci de demeurer virtuel. Les dispositions qui prescrivent de trancher le conflit de renvoi en faveur de la loi validante, qu'elle soit celle du for ou étrangère, attestent la positivité de la désignation de l'auteur ou des auteurs de l'acte ainsi que de ses attentes comme facteur de règlement du conflit négatif de règles de conflit.

3.5. Il convient, enfin, de ne pas perdre de vue que les dispositions sur le renvoi ont assez largement entendu recueillir les solutions admises en jurisprudence. Le travail des législateurs en la matière n'a souvent fait qu'entériner, en le « ratifiant », celui des tribunaux. En

un mot, la *ratio legis* a consisté, du point de vue des intelligences législatives qui ont formulé de telles dispositions, à faire sienne la *ratio decisionis*. C'est en dégageant celle-ci que l'on déduit un critère d'interprétation et de mise en œuvre des dispositions voulues par les législateurs, qui ont souvent voulu ce qu'ont voulu les juges.

3.6. *Droit jurisprudentiel*. Ce sont les domaines des successions et des actes illicites que nous avons privilégiés, les uns en raison de la richesse de l'expérience jurisprudentielle qu'ils ont suscitée, et les autres surtout parce que le grand et récent arrêt *Neilson* s'y rapporte.

3.7. C'est ici de nouveau la positivité de l'élément formel que recommande la synthèse qu'il a fallu d'abord mesurer. Il se dégage d'emblée de l'analyse de cette jurisprudence que les tribunaux ont en général été conscients des insuffisances de la thèse et de l'anti-thèse ; qu'ils n'ont, dans l'ensemble, pas été convaincus par l'idée que le renvoi doit être accepté parce que la règle de conflit du for désignerait la loi étrangère jusque dans ses règles de conflit, pas plus que par l'idée que le renvoi doit être refusé parce que la règle de conflit du for ne se référerait qu'à la loi matérielle. Aussi est-ce bien rare qu'ils aient motivé par appel à de telles explications la préférence qu'ils ont tantôt donnée à la loi du for, tantôt à la loi étrangère. Le résultat sur lequel débouche l'ensemble de ces arrêts – sous l'angle de l'alternative, tranchée par le dispositif, entre loi du for et loi étrangère – est compatible avec l'affirmation selon laquelle les tribunaux, pour venir à bout du conflit de renvoi, ont bien développé et mis en œuvre des principes de type bilatéral. Prétendre conclure du constat, dressé *a posteriori*, d'une simple compatibilité, à la mise en lumière de la démarche suivie par la jurisprudence, c'est franchir un pas de taille auquel invitent plusieurs considérations.

3.8. Adressant au premier chef des normes individuelles aux protagonistes historiques des espèces qui les ont sollicités, ces jugements ont également eu pour ambition de concourir à la mise au point des principes généraux et abstraits destinés à régir des espèces analogues se matérialisant à l'avenir, en épargnant de la sorte aux personnes privées concernées les désagréments du conflit international de lois. C'est bien ce volet prospectif qu'il a fallu interpréter, en vue de préciser la nature et la portée du critère de solution du renvoi positivement retenu par les tribunaux. Il nous a paru judicieux, tout autant que légitime, pour démêler justement la *ratio* de ces normes individuelles visant également la formation des règles générales – la *ratio decidendi* ou *decisionis* –, d'exploiter les méthodes d'interprétation dont on se sert d'ordinaire pour découvrir et tracer la portée d'une règle générale d'origine législative, la *ratio legis*. Ce qu'on pourrait appeler l'interprétation *systématique* engage, pour chaque volet national d'abord, à appréhender le corpus des décisions qui le composent dans sa globalité, à replacer toute norme individuelle à l'intérieur du réseau des jugements voisins qui en forme le contexte historique, à les éclairer, s'il y a lieu, les uns au moyen des autres. Or, d'une part, dans tous les pays objets de l'investigation, à côté des décisions ayant tranché le conflit de renvoi en donnant prépondérance à la loi du for, on en repère d'autres qui ont statué au profit de la loi étrangère ; d'autre part, les décisions d'un groupe ne sont dans aucun pays en nombre négligeable comparées à celles figurant dans l'autre ; enfin, et surtout, les juges qui ont retenu la loi du for n'ont pas eu l'impression de s'opposer à leurs homologues qui avaient opté pour la loi étrangère à l'occasion d'autres espèces. C'est dire que les tribunaux de tout pays ont eu beaucoup plus le sentiment d'une continuité que de multiples revirements, de cohérence plutôt que d'anarchie. La forme bilatérale du principe de solution du conflit de renvoi permet seule d'épouser la conviction, partagée par nos tribunaux, que les arrêts par lesquels ils ont tranché des espèces de renvoi en faveur tantôt de la loi du for tantôt de la loi étrangère, sont mûs par une unité d'inspiration beaucoup plus que par une contrariété d'inspiration,

par une communauté de *ratio decidendi* beaucoup plus que par une antinomie de *ratio decidendi*. Conclusion qui est au demeurant corroborée par une interprétation *comparative*, qui invite à étudier les arrêts rendus par les tribunaux d'un pays à la lumière de ceux rendus dans d'autres pays, et interprétation qui est à son tour autorisée ici par la conscience, palpable chez les juges de tous horizons, de l'universalité du problème et par l'effort général de coordination qu'ils ont collectivement fourni. C'est ce qui conduit à l'interprétation *téléologique*, sans doute la plus révélatrice. Il semble bien qu'en résolvant le conflit de renvoi comme elle l'a fait, la jurisprudence de tout pays a entendu « supprimer un conflit de lois » en la forme d'un conflit négatif de règles de conflit dont elle a eu globalement conscience, que l'objectif qu'elle a recherché en complétant la règle de conflit de l'État du for d'un principe qu'elle a chargé de trancher le conflit de renvoi était bien de se coordonner avec l'État étranger désigné par sa règle de conflit. Affirmer que le principe qu'elle a retenu est de forme bilatérale revient à satisfaire une telle *voluntas iudicis*, à conclure que les tribunaux sont parvenus à faire ce qu'ils avaient l'intention manifeste de faire, c'est-à-dire en substance à conclure que les tribunaux ne se sont pas trompés, qu'en décidant comme ils l'ont fait, ils ont bel et bien accompli, comme ils en ont eu dans l'ensemble le sentiment lucide, ce qui incombait à chacun pour poursuivre la coordination, la résolution véritable du conflit de règles de conflit.

3.9. Mais il y a davantage. La forme généralisable du critère de solution du conflit de renvoi développé par les tribunaux ne fait, en définitive, que refléter la forme structurelle du travail du juge et de son mode de pensée, la vocation générale de la *ratio decidendi*, de l'intuition de la justice qui lui inspire sa décision. Voilà qui pourrait bien expliquer pourquoi une telle forme est souvent demeurée implicite. C'est là ce qu'on est tenté d'appeler interprétation *logique* et *ontologique* de cette jurisprudence. Il incombe au juge de trancher un litige qui propose un problème nouveau à l'aide d'un principe susceptible de régir la classe de situations à laquelle appartient l'espèce qui lui a été soumise, et d'être adopté par tout juge potentiel saisi d'une situation entrant dans la catégorie ainsi identifiée. Or, il suffit de prêter aux tribunaux qui ont rendu les décisions analysées d'avoir supposé comme pouvant être à l'avenir saisis d'une affaire analogue, non seulement les autres juges du for, mais également les juges de l'État étranger désigné par la règle de conflit du for, pour que l'on soit contraint de conclure que les critères de solution qu'ils ont retenus, quelle que soit leur teneur, revêtent la forme bilatérale. Leur prêter une telle représentation est bien raisonnable si l'on garde en mémoire la finalité de la mission que nous avons appelée prospective, qui consiste à épargner aux justiciables la nécessité de se faire un procès à l'avenir, dans notre cas pour connaître le droit qui est applicable aux relations interindividuelles touchées par un conflit de renvoi. Aussi bien, il ne s'agirait que de supposer que les juges ont effectivement fait leur travail, qui consiste à prolonger celui des organes législatifs. Il est en effet communément admis qu'un législateur national doit poser des règles de droit international privé susceptibles d'être retenues par d'autres législateurs nationaux et par un législateur international. Il s'ensuit que le juge national, quand il fait office de législateur national et qu'il est appelé à suppléer aux lacunes laissées par celui-ci – et la solution du conflit du renvoi en a été une pour bien des pays et pendant longtemps – doit se représenter en organe de la justice internationale et trancher le conflit de règles de conflit par un principe pouvant être adopté tout à la fois par les juges nationaux des autres pays, par un juge international et par un législateur international, et d'abord par le législateur et le juge de l'autre État en conflit de renvoi. Enfin, reconnaître, comme beaucoup semblent enclins à le faire, que les juges qui ont tranché le conflit de renvoi en faveur de la *loi du for* en ont décidé ainsi non pas *du seul fait* que la loi du for était désignée par la règle de conflit étrangère, mais en raison aussi d'autres *facteurs de justice*, quels qu'ils soient, c'est reconnaître que l'existence d'une situation de renvoi a constitué une raison *né-*

cessaire des décisions dites favorables au renvoi, mais non pas encore une raison *suffisante* de celles-ci, c'est – autrement dit – admettre que c'est le concours de ces deux éléments qui constitue la *ratio decisionis*. Aussi est-ce déjà s'astreindre à reconnaître la bilatéralité de la démarche et du principe de solution retenu. Semblablement, admettre que les juges qui ont tranché le conflit de renvoi en faveur de la loi étrangère l'ont fait non pas uniquement parce que la règle de conflit du for la désignait, mais aussi, le conflit de renvoi une fois établi, en raison d'autres *facteurs de justice*, qui confirmaient la vocation de la loi du for à l'emporter, voilà qui implique que ces autres facteurs auraient pu dans une autre espèce orienter les mêmes juges vers la loi du for, et cela revient de nouveau à leur prêter un raisonnement bilatéral.

3.10. Enfin, si l'interprétation *littérale* du dispositif des premiers arrêts, les plus controversés – l'exégèse de la *littera decisionis* –, paraît assez peu probante, et c'est d'ailleurs en raison de l'absence de motivation ou de son exigüité qu'ils se sont attirés de multiples critiques, dans un nombre important de décisions, surtout au cours des quarante dernières années, les critères qui ont inspiré aux juges la solution du conflit négatif de règles de conflit sont formulés de manière explicite : et il s'agit bien de critères pouvant opérer au profit de la loi du for et de la loi étrangère, c'est-à-dire des critères bilatéraux au sens ici retenu.

3.11. Les raisons qui viennent d'être énumérées autorisent la conclusion que la forme bilatérale des principes développés et mis en œuvre par la jurisprudence pour trancher le conflit de renvoi, quelle que soit leur teneur, a été, en tout pays et à tout moment, de droit *positif*, parce que sous-jacente aux normes individuelles *posées* par les juges et aux règles générales de conflit de renvoi se dégageant progressivement d'elles.

3.12. Quant à la substance des principes retenus, aucune des décisions répertoriées n'a tranché le conflit de renvoi au profit de la loi autre que celle à laquelle les plaideurs avaient spontanément adhéré. C'est dire que jamais les juges confrontés à une situation génératrice de renvoi ne sont allés à l'encontre de l'accord des parties au litige sur la manière de le trancher. Leur désignation ou soumission volontaire à l'une des lois en conflit négatif a été, par des tribunaux de tous horizons, jugée à même de résoudre celui-ci. Ce sont les affaires lors desquelles l'un des plaideurs se réclamait d'une des lois en conflit et l'autre plaideur de la loi concurrente qui ont, pour l'essentiel, posé problème. Certaines des décisions, parmi les plus explicites et les mieux motivées, évoquent, comme justification de la mise en œuvre de la loi vers laquelle elles ont penché, en sus de la coordination et de la suppression du conflit, les « principes généraux » de justice, la prépondérance des « intérêts qui naissent sur le territoire du for », les « meilleurs intérêts en jeu », et bon nombre d'elles vont jusqu'à énumérer, dans le corps des « attendus », les contacts que la relation interindividuelle en cause entretient avec chaque pays et spécialement avec celui dont la loi a été retenue : les arrêts espagnols *Lowenthal*, *Denney* et *François-Marie*, et toutes les opinions séparées figurant dans l'arrêt *Neilson*, n'en sont que les plus caractéristiques. En matière successorale, le principe de l'unité de la loi applicable à la succession est évoqué par des arrêts importants, de *Duc of Wellington* à *Riley*, en passant par *Lowenthal* ; s'il l'est rarement seul et qu'il se rapproche de la proximité dans sa logique et dans ses résultats, sa vocation bilatérale marque, dans tous les cas, une rupture avec la dichotomie traditionnelle. L'on constate, certes, que la loi du for a été statistiquement plus sollicitée que la loi étrangère en France, Angleterre et Allemagne, mais il y a lieu de penser que c'est en raison de la vocation prépondérante de la loi de ces pays, dont les attaches, plus significatives, avaient naturellement conduit les plaideurs à en saisir les juges. La vocation de la loi étrangère a en revanche prévalu en Espagne, dont les ressortissants étrangers qui y résident ou y possèdent des biens immeubles conservent souvent des liens plus tenaces

avec leur pays national, en raison du type d'immigration caractéristique de ce pays, dite du troisième âge.

3.13. C'est ainsi qu'il nous a paru possible de distinguer, au sein de la catégorie des successions internationales frappées par un conflit de renvoi, des sous-catégories, des cas de figure-types, spéciaux par rapport à la catégorie générale, mais pouvant faire l'objet d'un règlement tout aussi général et abstrait de conflit de renvoi ou en tout cas autorisant, par une technique semblable au groupement des points de contact, que l'on en déduise des *présomptions du rattachement de renvoi le plus étroit*. Une configuration récurrente a pour objet la succession d'un *de cujus* domicilié dans un État dont il tient la nationalité et ne laissant qu'un immeuble à l'étranger, et c'est alors la loi de l'État au sein duquel se concentrent ses attaches personnelles – qui est souvent aussi celle du siège de sa fortune – qui l'a emporté assez régulièrement s'agissant du conflit de renvoi opposant cette loi personnelle et la *lex rei sitae*. Un deuxième cas de figure est celui du *de cujus* qui décède dans un pays dans lequel il a acquis sa résidence à une époque tardive et notamment la retraite venue, dont les descendants demeurent rattachés de manière prépondérante à son pays d'origine, au sein duquel il a conservé une part importante de ses biens : c'est encore au profit de la loi de sa nationalité – qui est celle de son avant-dernier domicile – que les juges tendent à trancher le conflit de renvoi opposant la loi de sa nationalité, d'une part, à la loi de son domicile et souvent aussi la loi de situation immobilière, d'autre part. La troisième catégorie d'hypothèses a pour protagoniste un *de cujus* qui s'installe dans un pays étranger dès sa jeunesse, ou du moins assez tôt, qui s'y marie avec une ressortissante de ce pays et y enracine sa famille et ses biens ; c'est alors la loi de son domicile qui a en général les préférences des tribunaux confrontés à un conflit de renvoi entre, ici de nouveau, la loi nationale et la loi de son domicile. Aussi bien, l'étude de la jurisprudence révèle des constantes à travers les pays, qui autorisent souvent une prévisibilité raisonnable. On discerne chez maints juges, non seulement l'intention de poser les jalons d'une coordination abstraite, mais aussi la recherche d'une coordination concrète au travers de la prise en compte de la façon dont les juges étrangers ont tranché le conflit de renvoi. C'est donc une espèce de dialogue silencieux, à distance et étalé dans le temps, qui s'est noué entre eux pour élaborer et mettre au point un principe de solution du conflit qui n'est pas seulement bilatéral quant à sa forme mais également quant à sa source, puisqu'il est mis au point par l'œuvre conjointe des deux États, c'est-à-dire de leurs organes judiciaires. Il en va ainsi notamment des tribunaux anglais et espagnols qui, depuis un demi-siècle, travaillent à la mise au point de règles anglo-espagnoles de conflit de renvoi.

3.14. L'interprétation ici avancée de l'inspiration de cette jurisprudence est moins novatrice qu'elle n'y paraît de prime abord. Pour bon nombre de grands arrêts – à commencer par *Forgo* et *Soulié*, en passant par la triade espagnole *Lowenthal*, *Denney*, *François-Marie J.W.* jusqu'à la retentissante décision australienne *Neilson* – ainsi que pour la totalité des affaires britanniques qui mettent en cause la validité des testaments, *Collier v. Rivaz* en tête, mais également pour bien des jugements mineurs qui ont fait l'objet d'une attention plus sélective, l'explication proposée n'est qu'une reformulation de celle qu'ont professée certains auteurs, souvent ceux qui se sont attardés plus longuement à rechercher la pensée intime des tribunaux, la cause explicative des dispositifs qu'ils ont prononcés. Alors même que ces commentateurs n'ont pas expressément évoqué la bilatéralité du principe de solution du conflit retenu, les facteurs de justice qui, pour eux, forment la *ratio decidendi*, qui éclairent la *voluntas iudicis* et alimentent l'*esprit* de cette jurisprudence, le sont tout naturellement et la proximité-équité ainsi que la désignation de la loi par les particuliers sont ceux qui reviennent le plus souvent. La lecture dont il est ici question réconcilie au demeurant les thèses du règlement-subsidiaire, du renvoi-coordination et du renvoi-

intérêt prépondérant émises et présentées en France comme capables d'expliquer le droit positif, et celles du renvoi « casuistique » et du double renvoi qui agitent la doctrine anglaise, laquelle s'interroge encore aujourd'hui sur ce qu'ont réellement fait les tribunaux.

Bibliographie

- ABARCA JUNCO A.P. (et al.) (dir.), *Derecho internacional privado*, Madrid, 2008, vol. I.
- ABBOT E.H., « Is the Renvoi Part of the Common Law? », *L.Q.Rev.*, 1908, p. 133 s.
- AGO R., « Règles générales de conflits de lois », *Rec. cours*, 1936, t. 58, p. 243 s.
- AGO R., *Lezioni di diritto internazionale privato (Parte generale)*, Milano, 1948.
- AGOSTINI É., *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, th. Bordeaux, 1975.
- AGOSTINI É., « Le mécanisme du renvoi », *Rev. crit.*, 2013, p. 545 s.
- AGUILAR BENITEZ DE LUGO M. / ZAMORA CABOT F.J., « Anotaciones a los recientes textos centroeuropeos de derecho internacional », *R.E.D.I.*, 1980, p. 97 s.
- AGUILAR NAVARRO M., *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, *Parte segunda*, Madrid, 1979.
- AGUILAR NAVARRO M., *Lecciones de Derecho internacional privado*, vol. II, t. II, *Parte segunda*, 3^a ed., Madrid, 1975.
- ALFONSÍN Q., *Teoría del Derecho privado internacional*, Montevideo, 1955.
- ALLORIO E., « La certezza del diritto dell'economia », *Rivista del diritto dell'economia*, 1956, p. 1198 s.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ S., « Dos cuestiones de actualidad en el reciente derecho internacional privado español de sucesiones : los derechos del conyuge supérstite y el reenvío », *Estudios de derecho civil – Homenaje F.J. Serrano García*, Valladolid, 2005, p. 130 s.
- AMORES CONRADI M.A., note sous STS, 21 mai 1999, *Denney*, *Cuadernos civitas Jurispr. civil*, 1999, p. 1125 s.
- ANCEL B. / LEQUETTE Y., *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Paris, 2006.
- ANCEL B., « Le principe de bonne foi et les conflits de lois », *Homenaje J. González-Campos*, Madrid, 2005, p. 1217 s.
- ANCEL B., *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1975.
- ANCEL B., « Destinées de l'art. 3 du Code civil », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 1 s.
- ANCEL B., « L'objet de la qualification », *Clunet*, 1980, p. 227 s.
- ANCEL B., « Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères », *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1992, p. 201 s.
- ANCEL B., *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel*, *Cours de droit international privé (2005-2006)*, Master 2 Recherche en Droit international privé et droit du commerce international de l'Université Panthéon-Assas Paris 2, 2006, polycopié.
- ANCEL B., « Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel », *Cursos de Derecho internacional y de relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2005*, Vizcaya, 2006, p. 345 s.
- ANCEL B. / MUIR WATT H., « Le jugement étranger et les conflits de lois : chronique d'une séparation », *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 133.
- ANCEL B., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel et Cass.* (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Ettehadieh*, *Rev. crit.*, 2011, p. 53 s.
- ANCEL B., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, *Rev. crit.*, 2009, p. 512 s.
- ANCEL B., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 20 juin 2006, *Wildenstein*, *Rev. crit.*, 2007, p. 383 s.
- ANCEL B., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit.*, 2000, p. 399 s.
- ANCEL B., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 7 janv. 1983, *Le Van Chau*, *Rev. crit.*, 1983, p. 97 s.
- ANCEL B., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 24 janv. 1984, *Mari Magni*, *Rev. crit.*, 1984, p. 637 s.
- ANCEL B., note sous Paris, 3 mars 1994, *Rev. crit.*, 1995, p. 542 s.
- ANCEL M.-É., note sous Cass. (1^e Ch. civ.) 20 juin 2006, *Wildenstein*, *Dr. et patrimoine*, 2006, n° 154, p. 83 s.
- ANCEL M.-É., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, *Dr. et patrimoine*, 2009, p. 187 s.

- ANDERSON R., « International Torts in the High Court of Australia », 10 *Torts L.J.* 1 (2002).
- ANZILOTTI D., « La codificazione del diritto internazionale privato », *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca San Casciano, 1898, p. 13 s.
- ANZILOTTI D., « La questione del rinvio ed i conflitti fra le disposizioni legislative di diritto internazionale privato », *Studi critici di diritto internazionale privato*, Rocca S. Casciano, 1898, p. 268 s.
- ARCHER E.G., « Gibraltarians, Cultural Bonding and Sports », *Sports in Society*, 2003.
- ARCHER E.G., *Gibraltar : Identity and Empire*, Abindgon, 2006.
- ARMINJON P., *Précis de droit international privé*, t. I., *Les notions fondamentales du droit international privé*, 3^e éd., Paris, 1947.
- ASSER T.M.C. / RIVIER A., *Eléments de droit international privé ou du Conflit de lois*, Paris, 1884.
- AUBERT J.-F., « Une révision du droit international privé : la théorie du renvoi de M. Francescakis », *A.S.D.I.*, 1958, p. 187 s.
- AUDINET E., note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Soulié*, S. 1910.1.105.
- AUDINET E., note sous Cass. (Req.), 7 nov. 1933, *Guez c. Ben Attar*, S. 1934.1.321.
- AUDINET E., note sous Pau, 11 juin 1906, *Knowles*, S. 1908.2.263.
- AUDINET E., note sous Paris, 1^{er} août 1905, S. 1908.2.257.
- AUDIT B., « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *Rec. cours*, 1984, t. 186, p. 219 s.
- AUDIT B., « Le droit international privé en quête d'universalité – Cours général », *Rec. cours*, 2003, t. 305, p. 9 s.
- AUDIT B., *Droit international privé*, 4^e éd., Paris, 2006, 7^e éd. (avec la collaboration de L. D'AVOUT), Paris, 2013.
- AUDIT B., *La fraude à la loi*, Paris, 1974.
- AUER Ch., *Deutsches internationales Deliktsrecht im Spannungsfeld zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit*, München, 2003.
- AYALA CADINANOS I., note sous SAP Málaga, 18 déc. 1996, *R.E.D.I.*, 1998, p. 244 s.
- BACH L., « Fondement de la responsabilité civile en droit français », *R.T.D.C.*, 1977, p. 221 s.
- BALLARINO T. / ROMANO G.P., « Le principe de proximité chez P. Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 37 s.
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato*, 1^a éd., Padova, 1982, 2^a éd., Padova, 1996, 3^a éd., Padova, 1999 (con la collaborazione di A. BONOMI).
- BALLARINO T., *Diritto internazionale privato italiano*, 7^a éd., Padova, 2011.
- BALLARINO T., *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Padova, 1970.
- BALLARINO T., « Sul progetto di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato », *Riv. dir. int.*, 1990, p. 525 s.
- BALLARINO T., « Metodo e insegnamento del diritto internazionale privato », *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1983, p. 26 s.
- BALLARINO T., « Le codificazioni recenti del diritto internazionale privato in Europa », *Il nuovo diritto internazionale privato in Svizzera*, Milano, 1990, p. 361 s.
- BALLARINO T., « Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien », *Rev. crit.*, 1996, p. 21 s.
- BALLARINO T., « Problemi di diritto internazionale privato dopo la riforma », *Liber amicorum G.F. Campobasso*, Torino, 2006, vol. I, p. 147 s.
- BALLARINO T. / UBERTAZZI B., « On Avello and other judgments : A new point of departure in the conflict of laws? », *Yearbook P.I.L.*, 2004, p. 85 s.
- BALOGH E., « Le rôle du droit comparé dans le droit international privé », *Rec. cours*, 1936, t. 57, p. 571 s.
- BAPTISTA MACHADO J., « Les faits, le droit de conflit et les questions préalables », *Festschrift W. Wengler*, Berlin, 1973, p. 443 s.
- BAPTISTA MACHADO J., *Lições de direito internacional privado*, Coimbra, 1974.
- BARAZETTI C., *Einführung in das französische Civilrecht und das badische Landrecht*, 2. Aufl., Heidelberg, 1894.

- BARISH R.S., « Comment : Renvoi and the Modern Approaches to Choice-of-Law », 30 *Am. U. L. Rev.* 1049 (1980-1981).
- BARNICH L., « Union libre et cohabitation légale », *Mélanges De Valkeener*, Bruxelles, 2000, p. 1 s.
- BARNICH L., « La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé », *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruxelles, 2004, p. 59 s.
- BARTIN É., « Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé – Théorie du renvoi », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1898, p. 129 s. et p. 272 s.
- BARTIN É., *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence*, Paris, 1930.
- BATE P., *Notes on the doctrine of renvoi in private international law*, London, 1904.
- BATIFFOL H. / LAGARDE P., « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *Rev. crit.*, 1972, p. 1 s.
- BATIFFOL H. / LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, t. I, 8^e éd., Paris, 1993 ; t. II, 7^e éd., Paris, 1983.
- BATIFFOL H., « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Rec. cours*, 1973, t. 139, p. 75 s.
- BATIFFOL H., « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », *Mélanges Kollewijn et Offerhaus*, Leyde, 1962, p. 55 s.
- BATIFFOL H., « Préface » à P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1959.
- BATIFFOL H., « Principes de droit international privé », *Rec. cours*, 1959, t. 97, p. 431 s.
- BATIFFOL H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, réimpr. Paris, 2002 (Préface Y. LEQUETTE).
- BATIFFOL H., note sous Cass. (civ.), 7 mars 1938, *de Marchi della Costa*, *Rev. crit.*, 1938, p. 474 s.
- BATIFFOL H., note sous Trib. civ. Orléans, 27 févr. 1951, *Rev. crit.*, 1953, p. 358 s.
- BATIFFOL H., *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, 1979.
- BATIFFOL H., *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, 1949 ; 2^e éd., Paris, 1955 ; 4^e éd., Paris, 1967.
- BATY T., *Polarized Law*, London, 1914 ; réimpr. Littleton, 1986.
- BAUER W., *Renvoi im internationalen Schuld- und Sachenrecht*, Pfaffenweiler, 1985.
- BAUMBACH A. / LAUTERBACH W. / ALBERS J. / HARTMANN P., *Zivilprozessordnung*, 66. Aufl., München, 2007.
- BAXI U., « Mass Torts, Multinational Enterprise Liability », *Rec. cours*, 1999, t. 276, p. 272 s.
- BAYART A., « Leibniz et les antinomies en droit », *Rev. int. de phil.*, 1966, p. 257 s.
- BEALE J.H., *A Treatise on the Conflict of Laws*, vol. II, New York / Boston, 1935.
- BEER L., « Die Verweisung : Eine kritische Studie zum internationalen Privatrecht », *Festschrift E. Zitelmann*, München / Leipzig, 1913, p. 5 s.
- BEITZKE G., « Alternative Anknüpfungen », *Festschrift M. Ferid*, München, 1978, p. 39 s.
- BEITZKE G., « Die 11. Haager Konferenz und das Kollisionsrecht der Strassenverkehrsunfälle », *RabelsZ.*, 1969, p. 204 s.
- BEITZKE G., « Les obligations délictuelles en droit international privé », *Rec. cours*, 1965, t. 115, p. 63 s.
- BEITZKE G., « Rück- und Weiterverweisung im internationalen Deliktsrecht », *Festschrift W. Wilburg*, 1975, p. 31 s.
- BÉNABENT A., *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Paris, 2005.
- BENFEY Ch., *Degas in New Orleans*, Berkeley, 1997.
- BENTWICH N., « De la théorie du renvoi dans la jurisprudence anglaise », *Clunet*, 1912, p. 712 s.
- BENTWICH N., « Recent Application of the Renvoi in Matters of Personal Status », *Can. Bar Rev.*, 1936, p. 379 s.
- BENTWICH N., « The Development of the Doctrine of Renvoi in England in Cases of Succession », *RabelsZ.*, 1930, p. 433 s.
- BENTWICH N., *The Law of Domicile in Its Relation to Succession and the Doctrine of Renvoi*, London, 1911.

- BERGEL J.-L., *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Paris, 1999.
- BERKEMANN J., « Zum Prinzip der Widerspruchsfreiheit in der deontischen Logik », in LENK H. (Hrsg.), *Normenlogik*, Pullach bei München, 1974, p. 166 s.
- BILLARANT S., *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales, Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris, 2004.
- BIRK R., *MünchKommBGB* (Red. H.-J. Sonnenberger), Bd. 10, 4. Aufl., München, 2006.
- BISCHOFF J.-M., note sous Cass. (1^e Ch. civ.) 15 juin 1982, *Zagha, Rev. crit.*, p. 307
- BLANCO-MORALES LIMONES P., note sous SAP Badajoz, 11 juill. 1995, « ¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la ley española a la sucesión de un inglés domiciliado en España? », *RGD*, 1995, p. 11341 s.
- BOBBIO N., « Antinomia », *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, p. 667 s.
- BOBBIO N., « Des critères pour résoudre les antinomies », in PERELMAN Ch. (ed.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 237 s.
- BOBBIO N., « La logica giuridica di Eduardo Garcia Maynez », *Riv. int. fil. dir.*, 1954, p. 644 s.
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico, Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1979.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993.
- BODEN D., *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Paris I, 2002.
- BODEN D., « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. dr.*, 2005, p. 275 s.
- BODENHORN H., c.r. de la seconde édition de *The History of Black Business in America : Capitalism, Race, Entrepreneurship*, *Journal of Southern History*, 2011, p. 689 s.
- BÖHM F., *Handbuch der internationalen Nachlassbehandlung mit besonderer Rücksicht auf das deutsche Reich und die einzelnen Bundesstaaten einschliesslich Elsass-Lothringen*, Augsburg, 1895.
- BOLLÉE S., « La méthode de la reconnaissance unilatérale en droit international privé », *Rev. crit.*, 2007, p. 307 s.
- BONIFAZ ALFONZO L., *El problema de la eficacia en el derecho*, Mexico, 1993.
- BONOMI A., « Successions internationales : conflits de lois et conflits de juridictions », *Rec. cours*, 2010, t. 350, p. 71 s.
- BONOMI A., « La compétence des juridictions des États membres de l'Union européenne dans les relations avec les États tiers à l'aune des récentes propositions en matière de droit de la famille et des successions », *Festschrift I. Schwander*, Sankt Gallen, 2011, p. 665 s.
- BONOMI A., « Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur Règlement européen ? », *Tr. com. fr. DIP*, Années 2008-2010, Paris, 2011, p. 263 s.
- BONOMI A., « Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 875 s.
- BONOMI A., *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Zurigo, 1998.
- BONOMI A., « Le nouveau droit européen des successions internationales », *L'Observateur de Bruxelles* 91, 2013/01, p. 8 s.
- BONOMI A., « Il regolamento europeo sulle successioni », *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2013, p. 293 s.
- BONOMI A., « The Interaction among the Future EU Instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions », *Yearbook P.I.L.*, 2011, p. 217 s.
- BONOMI A., « Testamentary freedom or forced heirship ? Balancing party autonomy and the protection of family members », *NIPR*, 2010, p. 605 s.
- BONOMI A. / WAUTELET P., *Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n° 650 / 2012 du 4 juillet 2012*, Bruxelles, 2013.
- BORIOLI E., *La notion du renvoi en droit positif suisse*, Genève, 1967.
- BORRÁS A., « L'approche du renvoi dans un système d'unité de la succession », *Mélanges M. Révillard*, Paris, 2007, p. 1 s.
- BOSCHIERO N., *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996.

- BOSCHIERO N., « Norme di diritto internazionale privato facoltative », *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1993, p. 541 s.
- BÖSE O., *Karl II. Herzog zu Braunschweig und Lüneburg*, Braunschweig, 1956.
- BOUCKAERT F., « Werd renvoi uit het nieuw ontwerp van I.P.R.wetboek volledig verbannen? », *Liber Amicorum J. Herbots*, Leuven, 2002, p. 15 s.
- BOUCKAERT F., « *Professio juris* dans le projet de code de droit international privé belge », <http://www.dnoti.de/DOC/2004/Bruessel/Bouckaert_2004-04-08.pdf>.
- BOUCKAERT F., note sous Termonde, 27 juin 1997, *T. Not.*, 1997, p. 410 s.
- BOULANGER F., *Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*, Paris, 1964.
- BOULANGER F., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, JCP 2009.II.10068.
- BOULANGER F., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, *D.* 2000, p. 539 s.
- BOUREL P., « L'état actuel des travaux dans la C.E.E. sur les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles », in *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Bruxelles, 1981, p. 97 s.
- BOUREL P., « Responsabilité civile », *Enc. Dalloz*, t. II, Paris, 1969, n° 28.
- BOUREL P., *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*, Paris, 1961.
- BRANDT G., *Die Sonderanknüpfung im internationalen Deliktsrecht*, Göttingen, 1993.
- BRAUN J., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Tübingen, 1997.
- BREHM W., in STEIN/JONAS, *ZPO - Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. Aufl., Band 1, Tübingen, 2002, p. 76 s.
- BRIÈRE C., « Faut-il faire jouer le renvoi en matière de succession immobilière », *Gaz. Pal.*, 1-3 oct. 2000, p. 17 s.
- BRIÈRE C., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Gaz. Pal.*, 30 oct. 2000, p. 17 s.
- BRIGGS A., « In Praise and Defence of Renvoi », 47 *I.C.L.Q.* 877 (1998).
- BRIGGS E.W., « Renvoi in the Succession of Tangibles: False Issue Based on Faulty Analysis », 64 *Yale L. J.* 195 (1954-1955).
- BRIGGS E.W., « Utility of the Jurisdictional Principle in A Policy Centered Conflict of Laws », 6 *Vand. L. Rev.* 667 (1952-1953).
- BROWN J., « In Re Johnson », *L.Q.Rev.*, 1909, p. 145 s.
- BUCHER A. / BONOMI A., *Droit international privé*, Bâle (etc.), 2^e éd., 2004 ; 3^e éd., 2013.
- BUCHER A., « La dimension sociale du droit international privé - Cours général », *Rec. cours*, 2009, t. 341, p. 9 s.
- BUCHER A., « La famille en droit international privé », *Rec. cours*, 2000, t. 283, p. 9 s.
- BUCHER A., « Le for de raisonnement », *Liber amicorum G.A.L. Droz*, The Hague (etc.), 1996, p. 41 s.
- BUCHER A., « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel », *Liber amicorum A.F. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 37 s.
- BUCHER A., *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht*, Basel, 1975.
- BUCHER A., « L'attente légitime des parties », *Festschrift A. Heini*, Zurich, 1995, p. 95 s.
- BUCHER A., « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Rec. cours*, 1993, t. 239, p. 9 s.
- BUCHER A., « Über die räumlichen Grenzen der Kollisionsnormen », *Festschrift F. Vischer*, Zürich, 1983, p. 93 s.
- BUCHER, *L'enfant en droit international privé*, Genève / Bâle / Munich, 2003.
- BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Genève / Bâle / Munich, 2004.
- BULYGIN E. / ALCHOURRÓN C.E., « Unvollständigkeit, Widersprüchlichkeit und Unbestimmtheit der Normenordnungen », in CONTE A.G. / HILPINEN R. / VON WRIGHT G.H. (eds.), *Deontische Logik und Semantik*, Wiesbaden, 1977, p. 20 s.
- BULYGIN E., « Das Problem der Geltung bei Kelsen », in PAULSON S. L. / STOLLEIS M., *Hans Kelsen - Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, 2005, p. 80 s.

- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (Hrsg.), *Bundesgesetz über das IPR – Darstellung der Stellungnahmen auf Grund de Gesetzesentwurfs der Expertenkommission*, Bern, 1980.
- BUREAU D. / MUIR WATT H., *Droit international privé*, 2^e éd., Paris, 2010.
- BUREAU D. / MUIR WATT H., *Que sais-je ? Droit international privé*, Paris, 2009.
- BUREAU D., « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *Mélanges F. Terré*, Paris, 1999, p. 285 s.
- BUZZATI G.C. / LAINÉ A., « Des conflits entre les dispositions législatives de droit international privé », *Ann. IDI*, 1898, p. 14 s.
- BUZZATI G.C., *Il rinvio nel diritto internazionale privato*, Milano, 1898.
- BYSTRICKY R., « Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en droit international privé », *Rec. cours*, 1968, t. 123, p. 409 s.
- CALAMANDREI P., « La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina », *Riv. dir. comm.*, 1942, I, p. 341 s.
- CALLÉ P., *L'acte public en droit international privé*, Paris, 2003.
- CALLÉ P., note sous Cass (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel, Defrénois*, 2010, p. 1805.
- CALVO CARAVACA A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho de familia internacional*, 4^a ed., Granada, 2008.
- CALVO CARAVACA A.L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 5^a ed., Granada, 2004 ; 7^a, Granada, 2006.
- CALVO CARAVACA A.L., « Art. 9.8 del C.c. », *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. II, 2^a ed., Madrid, 1995, p. 350 s.
- CALVO VIDAL I.A., note sous RDGRN, 18 janv. 2005, *R.E.D.I.*, 2005, p. 1023 s.
- CAMPIGLIO C., « Versatilità e ambiguità del meccanismo del rinvio », *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 367 s.
- CARBONNIER J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *L'année sociol.*, 1958, p. 3 s.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, vol. II, *Les biens et les obligations*, Paris, 2004.
- CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Paris, 1994.
- CARLIER J.-Y., « Le renvoi fonctionnel au service de l'adoption internationale », note sous Civ. Liège (3^e Ch.), 23 janv. 1998 et 27 mars 1998, *Rev. tr. dr. fam.*, 1998, p. 672 s.
- CARLIER J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, 1992.
- CARNELUTTI F., « Certezza del diritto », *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 81 s.
- CARNELUTTI F., « Dei rapporti giuridici processuali », *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 349 s.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ J., note sous SAP Badajoz, 11 juill. 1995, *R.E.D.I.*, 1996, n° 1, p. 316 s.
- CARRILLO SALCEDO J.A., *Derecho internacional privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, 2^a ed., Madrid, 1976 ; 3^a ed., Madrid, 1983.
- CARTER P.B., « Torts in English Private International Law », 52 *B.Y.I.L.* 9 (1981).
- CASTELLANOS RUIZ E., « Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio antes y después de la STS de 23 septiembre 2002 », in A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANO RUIZ (dir.), *El derecho de familia ante el siglo XXI : aspectos internacionales*, Madrid, 2004, p. 239 s.
- CASTELLANOS RUIZ E., « Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio », *Revista colombiana de Derecho internacional*, 2003, p. 211 s.
- CASTELLANOS RUIZ E., « Sucesión hereditaria », in A. CALVO CARAVACA / J.C. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, 4^a ed., Granada, 2008, p. 425 s.
- CASTELLANOS RUIZ E., *Unidad vs. pluralidad de la sucesión internacional*, Granada, 2001.
- CAVERS D., *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, 1965.
- CHAIT M., « Renvoi in Multinational Cases in New York Courts : Does its Past Preclude Its Future ? », 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 143 (2003-2004).
- CHASE P., « The Uniform International Will : The Next Step in the Evolution of Testamentary Disposition », 6 *B.U. Int'l L.J.* 317 (1988).
- CHAUVEAU P., note sous Alger, 12 janv. 1931, *D.P.* 1933.2.101.

- CHEATHAM E. / GOODRICH H. / GRISWOLD E. / REESE W., *Cases and Materials on Conflict of Laws*, 4th ed., Brooklyn, 1957.
- CHEATHAM E. / REESE W., « Choice of the Applicable Law », 52 *Colum. L. Rev.* 959 (1952).
- CHEDLY L., « Le rejet inopiné du renvoi par le Code de droit international privé », *Mélanges S. Belaïd*, Tunis, 2003, p. 295 s.
- CHEN W., *Rück- und Weiterverweisung in staatsvertraglichen Kollisionsnormen*, Frankfurt a.M. (etc.), 2004.
- CHESHIRE G.C. / NORTH P., *Private International Law*, 13th ed. (NORTH P. / FAWCETT J.J. eds.), London, 1999 ; 14th ed. (FAWCETT J.J. / CARRUTHERS J.M. eds.), Oxford, 2008.
- CHESHIRE G.C., « Private International Law, 1885-1935 », *L.Q.Rev.*, 1935, p. 76 s.
- CHESHIRE G.C., *Private International Law*, Oxford, 1935 ; 2nd ed., Oxford, 1938 ; 3rd ed., Oxford, 1947.
- CHEVALIER P., « Successions morcelées et renvoi législatif : une nouvelle occasion de simplification saisie par la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, 11-12 août 2010, p. 13 s.
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, 3^a éd., 1923 ; rist., Napoli, 1980 (pref. V. ANDRIOLI).
- CLARKSON C.M.V. / HILL J. (ed.), *Jaffey on the Conflict of Laws*, London, 1997 ; 2nd ed., Oxford, 2005 ; 3rd ed., Oxford, 2006.
- CLARO Ch., note sous Paris, 1^{er} août 1905, *D.P.* 1906.2.169.
- CLIFTON D.J. / HARDY F. / TURNER B., « Les archives des francophones de la Louisiane », 36 *Archives 2* (2004-2005), p. 23 s.
- COING H., « Signification de la notion de droit subjectif », *Arch. phi. dr.* 1964, p. 1 s.
- COLIN A., note sous Pau, 2 juin 1906, *Knowles*, *D.P.* 1907.2.1.
- COLLIER J.G., *Conflict of Laws*, 3rd ed., Cambridge, 2001.
- COMTE DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Synthèse du droit international privé*, Paris, 1897.
- CONSO G., « La certezza del diritto : ieri, oggi, domani », *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 547 s.
- CONSOLO C., *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova, 1989.
- CONTAMINE-RAYNAUD M., « L'inconciliabilité de jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire », *Mélanges P. Raynaud*, Paris, 1985.
- CORMACK J.M., « Renvoi, characterization, localization and preliminary question in the conflict of laws », 14 *S. Cal. L. Rev.* 221 (1940-1941).
- CORNU E., note sous Cass (1^{er} Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, « Le renvoi fonctionnel en matière de succession immobilière internationale. Acte 2 : l'unité du for et du jus », *JCP*, 5 juill. 2010, p. 748 s.
- CORNU E., note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, *JCP G*, 2009, act. 106.
- COURBE P., « Retour sur le renvoi », *Mélanges J. Foyer*, Paris, 2008, p. 241 s.
- COURBE P., *Les objectifs temporels des règles de droit international privé*, Paris, 1981.
- COURBE P., note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.) 20 juin 2006, *Wildenstein*, *D.* 2007, p. 1710 s.
- COURBE P., note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, *D.* 2010, p. 1585 s.
- COWES J. H., *Supreme Council 33rd Degree Or Mother Council of the World of the Ancient and Accepted Scottish Rite of Freemasonry*, Southern Jurisdiction, United States of America, Montana, 2003.
- CURRIE B., « Review of Ehrenzweig, Conflict of Laws », 1964 *Duke L.J.* 424.
- CURRIE B., « The Disinterested Third State », 28 *L. & Contemp. Probs.* 754 (1963).
- CZEMPIEL B., *Das Bestimmbare Deliktstatut*, Berlin, 1991.
- D'AVOUT L., note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, *D.* 2010, p. 2955 s.
- D'AVOUT L., *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Paris, 2006.
- DANE P., « Vested Rights, Vestedness and Choice of Law », 89 *Yale L. J.* 1011 (1985).
- DANZER M. (Hrsg.), *Das Bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis) vom Jahre 1756 in seiner heutigen Geltung, Text mit Anmerkungen und Sachregister*, München, 1894.

- DAVÌ A., « Le renvoi en droit international privé contemporain », *Rec. cours*, 2003, 2010, t. 352, p. 9 s.
- DAVÌ A., « Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma », *Studi E. Vitta*, Milano, 1994, p. 45 s.
- DAVID R., *Le droit du commerce international. Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, 1987.
- DAVIES D.J.L., « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours*, 1937, t. 62, p. 423 s.
- DAVIES M., « Renvoi and Presumption of Foreign Law », 30 *Melb. Univ. L. R.* 244 (2006).
- DAVIES M., « Exactly What is the Australian Choice of Law Rule in Tort Cases ? », 70 *ALJ* 711 (1996).
- DAVIS G., « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson*, Choice of Law in Tort at the Dawning of the 21st Century », 24 *Melb. U. L. Rev.* 982 (2000).
- DAYANT R., « Sources extracontractuelles des obligations en droit international privé », *Jurisl.-Internat.*, Fasc. 553, 1958.
- DAYANT R., note sous TGI Seine, 21 juin 1969, *Clunet*, 1970, p. 723 s.
- DE BOER Th. M., « Facultative Choice of Law – The Procedural Status of Choice-of-Law Rules and Foreign Law », *Rec. cours*, 1996, t. 234, p. 223 s.
- DE BOER Th., *Beyond Lex Loci Delicti*, Deventer (etc.), 1987.
- DE BUSSCHERE C., note sous Termonde, 27 juin 1997, *Rev. gén. dr. civ.*, 1998, p. 140 s.
- DE LASALA LLANAS M., *Sistema español de derecho civil internacional y interregional*, Madrid, 1933.
- DE NOVA R., « Il caso in re O'Keefe e la determinazione della lex patriae di un cittadino britannico domiciliato all'estero », *Festschrift L. Raape*, Hamburg, 1948, p. 67 s. et in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1977, p. 311 s.
- DE NOVA R., « Considerazioni sul rinvio in diritto inglese », *Riv. dir. int.*, 1938, p. 388 s. ; repr. in *Scritti di diritto internazionale privato*, Padova, 1976, p. 61 s.
- DE NOVA R., *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi. Studio di diritto interlocale ed internazionale privato*, Pavia, 1940.
- DE NOVA R., « Il rinvio in Froland e Boullenois », *Dir. int.*, 1966, p. 361 s.
- DE NOVA R., « Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws », *Rec. cours*, 1966, t. 118, p. 435 s.
- DE NOVA R.-PILENKO A., « Una corrispondenza su un nuovo metodo per la soluzione dei conflitti di leggi », *Dir. int.*, 1959, p. 198 s.
- DE VAREILLES SOMMIÈRES P., *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Paris, 1997.
- DE YANGUAS MESSÍA J., *Derecho internacional privado, Parte general*, Madrid, 1944 ; 3^a ed., Madrid, 1971.
- DEGAND H., note sous Trib. cant. Rosheim, 23 avr. 1927, et Trib. civ. de Saverne, 4 mai 1927, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1927, p. 475 s.
- DEL VECCHIO G., *Philosophie du droit*, Paris, 1953 ; rééd. Paris, 2004 (présentation de D. GUTMANN).
- DELACHAUX J.L., *Die Anknüpfung der Obligationen aus Delikt und Quasi-Delikt im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1960.
- DELAUME G., *Les conflits de lois à la veille du Code civil. Contribution à l'histoire du droit international privé français*, Paris, 1947.
- DERNBURG H., *Pandette*, trad. it., Torino, 1906, vol. I.
- DERRUPPÉ J. / AGOSTINI É., « Renvoi dans la jurisprudence française », *Jurisl. dr. int.*, Fasc. 532-1, 1993, n° 3.
- DERRUPPÉ J., « Étude théorique du renvoi », *Jurisl. dr. int.*, Fasc. 532-1, 1993, n° 2.
- DERRUPPÉ J., « Plaidoyer pour le renvoi », *Tr. com. fr. DIP*, Paris, 1966, p. 189 s.
- DERRUPPÉ J., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 27 janv. 1969, *Lardans, Rev. crit.*, 1969, p. 710 s.
- DERRUPPÉ J., note sous TGI Paris, 20 avr. 1982, *Rev. crit.*, p. 594 s.

- DESPAGNET F., *Précis de droit international privé*, 2^e éd., Paris, 1891 ; 5^e éd., revue par Ch. DE BOECK, Paris, 1909.
- DESSAUER J.E., « Zum renvoi im internationalen Deliktsrecht », *ZvglRWiss.*, 1982, p. 215 s.
- DEVERS A., note sous Cass (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, JCP N 2010, p. 1308 s.
- DICEY A.V. / MORRIS J.H.C. / COLLINS L., *The Conflict of Laws*, 14th ed., London, 2006, vol. I.
- DICEY A.V. / MORRIS J.H.C., *The Conflict of Laws*, 6th ed., London, 1949 ; 13th ed., London, 2000.
- DICEY A.V., *A Digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws*, London, 1896 ; 2nd ed., London, 1908 ; 3rd ed. (KEITH A.B. ed.), London, 1922 ; 4th ed. (KEITH A.B. ed.), London, 1927.
- DICKINSON A., « Renvoi : The Comeback Kid ? », *L.Q.Rev.*, 2006, p. 183 s.
- DIETZI H., « Zur Einführung einer generellen Ausweichklausel im schweizerischen IPR », *Festgabe zum schweizerischen Juristentag*, 1973, p. 49 s.
- DONNEDIEU DE VABRES H., « De l'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive des conflits de lois », *Clunet*, 1905, p. 1231 s.
- DONNEDIEU DE VABRES H., *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois*, Paris, 1905.
- DONNEDIEU DE VABRES J., « Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa », *Rev. dr. int. lég. comp.*, 1939, p. 167 s.
- DONNEDIEU DE VABRES J., *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois depuis le début du XX^e siècle*, Paris, 1937.
- DÖRNER H., « Alte und neue Probleme des Internationalen Deliktsrechts », *Festschrift H. Stoll*, Tübingen, 2001.
- DÖRNER H., note sous LG Nürnberg-Fürth 31.1.1980, *VersR.*, 1980, p. 955 s.
- DOVGERT A., « Codification of Private International Law in Ukraine », *Yearbook P.I.L.*, 2005, p. 131 s.
- DROZ G., « Regards sur le droit international privé comparé », *Rec. cours*, 1991, t. 229, p. 9 s.
- DUBLER C., *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983.
- DUTOIT B., *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^e éd., Bâle / Francfort, 2005.
- DUTOIT B., « L'ordre public: caméléon du droit international privé? Un survol de la jurisprudence suisse », *Mélanges G. Flattet*, Lausanne, 1985, p. 110 s.
- DUTOIT B., *Le droit international privé ou le respect de l'altérité*, Genève, 2006.
- ECKSTEIN F., « Die Frage des anzuwendenden Kollisionsrechts », *RabelsZ.*, 1934, p. 121 s.
- EGEA V., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley, AJ.*, p. 562.
- EGNAL J.D., « The Essential Role of Modern Renvoi in the Governmental Interest Analysis Approach to Choice of Law », 54 *Temp. L. Q.* 237 (1981).
- EHRENZWEIG A., « Interstate and International Conflicts Law : A Plea for Segregation », 41 *Minn. L. Rev.* 717 (1957).
- EHRENZWEIG A., *A Treatise on the Conflict of Laws*, Leyden, 1962.
- EHRENZWEIG A.A., « The Place of Acting in Intentional Multistate Torts : Law and Reason versus the Restatement », 36 *Minn. L. Rev.* 1 (1951).
- EHRENZWEIG A.A., « Conflict, Crisis and Confusion in Pennsylvania », 9 *Duq. L. Rev.* 459 (1970-1971).
- EHRENZWEIG A.A., « Guest Statutes in the Conflict of Laws », 69 *Yale L.J.* 595 (1960).
- EHRENZWEIG A.A., « Products Liability in the Conflict of Laws », 69 *Yale L.J.* 694 (1960).
- EHRENZWEIG A.A., « Specific Principles of Private Transnational Law », *Rec. cours*, 1968, t. 124, p. 167 s.
- EHRENZWEIG A.A., « Vicarious Liability in the Conflict of Laws », 69 *Yale L.J.* 978 (1960).
- EHRENZWEIG A.A., *Conflict of Laws*, St. Paul, 1962.
- EHRENZWEIG A.A., *Private International Law – A Comparative Treatise on American International Conflicts Law*, Leyden, 1967.
- ERAUW J., *De onrechtmatige daad in het internationaal privaatrecht*, Antwerpen / Bruxelles, 1982.
- ERMAN / K. ARNDT, BGB, II, 7. Aufl., Münster, 1981, ad Art. 27 EGBGB.

- ESPLUGUES MOTA C. / IGLESIAS BUHIGUES J. L., *Derecho internacional privado*, Valencia, 2008.
- CASTRO Y BRAVO F., « El Convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930, destinado a reglamentar ciertos conflictos de las leyes, en materia de letra de cambio y de pagaré a la orden », *Discurso de apertura del curso académico 1939-1940 en la Universidad Central*, Madrid, 1939.
- FADLALLAH I., note sous Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit.*, 1977, p. 113 s.
- FALCONBRIDGE J., « Le renvoi et la loi du domicile », *Rev. crit.*, 1947, p. 187 s.
- FALCONBRIDGE J., « Renvoi in New York and Elsewhere », 6 *Vand. Law Rev.* 708 (1953).
- FALCONBRIDGE J., « Renvoi and succession to movables », *L.Q.Rev.*, 1930, p. 465, 1931, p. 271 s.
- FALCONBRIDGE J., « Renvoi and the Law of Domicile », *Can. Bar Rev.*, 1941, tr. par Ph. FRANCES-CAKIS, *Rev. crit.*, 1947, p. 45 s.
- FALCONBRIDGE J., « Renvoi et succession mobilière », *Rev. dr. int. pr.*, 1932, p. 254 s.
- FALCONBRIDGE J., « Renvoi in New York and Elsewhere », 6 *Vand. L. Rev.* 708 (1953).
- FALCONBRIDGE J.D., *Essays on the Conflict of Laws*, Toronto, 1947 ; 2nd ed., Toronto, 1954.
- FALLON M., « L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle », *Mélanges O. Dalcq*, Bruxelles, 1994, p. 159 s.
- FALLON M., « Une consolidation de la technique du renvoi par la Cour de cassation : la bonne voie ? », note sous Cass. (Belgique), 17 oct. 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, p. 347 s.
- FALZEA A., *Introduzione alle scienze giuridiche*, 2^a ed., Milano, 1979.
- FARRELL M. D., *Hacia un criterio empirico de validez*, Buenos Aires, 1972.
- FAWCETT J.J., « Policy Considerations in Tort Choice of Law », 47 *Mod. L. Rev.* 650 (1984).
- FAZZALARI E., *Introduzione alla giurisprudenza*, Padova, 1984.
- FERID M. / SONNENBERGER H.-J., *Das französische Zivilrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., München, 1994.
- FERID M., *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1975.
- FERNÁNDEZ ROZAS J.C. / SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho Internacional Privado*, 3^a ed., Madrid, 2004 ; 5^a, Madrid, 2009 ; 6^a, Madrid, 2011.
- FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *Rec. cours*, 2008, t. 323, p. 9 s.
- FERNÁNDEZ ARROYO D.P., *Private International Law and Public International Law – A Necessary Meeting* (ed. with C. LIMA MARQUES), Asunción, 2011.
- FERNÁNDEZ ARROYO D.P., « Réflexions autour du besoin réciproque entre le droit international privé et le droit international public », *The 90th Birthday of Boutros Boutros-Ghali. Tribute of the Curatorium to its President*, The Hague, 2012, p. 113 s.
- FERRARI V., *La funzione del diritto*, Bari, 1989.
- FIGLIORE P., « Du conflit entre les dispositions législatives de droit international privé », *Clunet*, 1901, p. 424 s., p. 681 s.
- FLESSNER A., « Fakultatives Kollisionsrecht », *RabelsZ*, 1970, p. 547 s.
- FLESSNER A., *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1990.
- FLIKSCHUH K., « Freedom and constraint in Kant's *Metaphysical Elements of Justice* », *History of Political Thought*, 1999, p. 250 s.
- FONGARO É., note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley, Dr. fam.*, n° 5, mai 2009.
- FONGARO É., note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero, Dr. fam.*, n° 70, 2000.
- FONGARO É., « Succession immobilière : l'admission du renvoi est conditionnée à l'unité successorale », *Defrénois*, 2009, p. 1709 s.
- FORGET L., *Les conflits de lois en matière d'accidents de la circulation routière*, Paris, 1973.
- FORNER DELAYGUA J.J., « Sucesión testamentaria de una belga sujeta por reenvío a la ley catalana », *R.E.D.I.*, 2007, p. 131 s.
- FÖRSTER F. / ECCIUS M.E., *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts*, 4. Aufl., Berlin, 1880, Bd. 1.
- FOYER J., « Requiem pour le renvoi », *Tr. com. fr. DIP*, Paris, 1980-1981, p. 104 s.
- FOYER J., note sous TGI Paris, 20 avr. 1982 et Paris (1^{er} Ch. suppl.), 8 mars 1983, *Rev. crit.*, 1983, p. 301 s.

- FRANDESCAKIS Ph., « Renvoi », *Rép. dr. int.* Dalloz, Paris, 1968-1969.
- FRANDESCAKIS Ph., c.r. de B. ANCEL, *Le conflit de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, 1976, *Rev. crit.*, 1978, p. 805 s.
- FRANDESCAKIS Ph., *La pensée des autres en droit international privé*, Thessalonique, 1985.
- FRANDESCAKIS Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958.
- FRANDESCAKIS Ph., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 4 nov. 1952, *Rev. crit.*, 1953, p. 729.
- FRANDESCAKIS Ph., « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960, t. I, p. 113 s.
- FRANDESCAKIS Ph., « La Convention de la Haye de 1955 pour régler les conflits entre la loi nationale et la loi du domicile », *Tr. com. fr. DIP*, Années 1958-1959, Paris, 1960, p. 151 s.
- FRANKENSTEIN E., *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, Berlin, 1926, Bd. 1.
- FREITAG R. / LEIBLE S., « Das Bestimmungsrecht des Art. 40 Abs. 1 EGBGB im Gefüge der Parteiautonomie im Internationalen Deliktsrecht », *ZuglRWiss.*, 2000, p. 101 s.
- FREUND P.A., « Chief Justice Stone and the Conflict of Laws », 59 *Harv. L. Rev.* 1210 (1946).
- FREYRIA Ch., *La loi applicable aux successions mobilières en droit international privé français*, Lille, 1946.
- FRUEHWALD E.S., *Choice of Law for American Courts – A Multilateralist Method*, Westport / London, 2001.
- FURTAK O., « Deliktsstatut und Rückverweisung bei Persönlichkeitsverletzungen unter US-Truppenangehörigen und US-Zivilangestellten in Deutschland », note sous LG Heidelberg 4.12.1990, *IPRax.*, 1992, p. 78 s.
- GAMILLSCHEG O., « Schwerpunkt und mutmasslicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht », *AcP*, 1958/1959, p. 303 s.
- GANNAGÉ L., *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, Paris, 2001.
- GANNAGÉ P., « Égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications internationales de droit international privé – Rapport », *Ann. IDI*, 1990, p. 293 s.
- GANNAGÉ P., « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit.*, 1992, p. 425 s.
- GARA N., note Cass. Civ n° 60562-97, du 26 janv. 1999, *Rev. tunis. dr.*, 1999, p. 539 s.
- GARCÍA MAYNEZ E., « Some considerations on the problems of antinomies in the law », *ARSP*, 1963, p. 1 s.,
- GARCÍA MAYNEZ E., « Die höchsten Prinzipien der formalen Rechtsontologie und der juristischen Logik », in KAUFMANN A. (Hrs.), *Die ontologische Begründung des Rechts*, 1965, p. 193 s.
- GARCIMARTÍN ÁLFEREZ F., *La racionalidad económica del derecho internacional privado*, Vitória-Gasteiz, 2001.
- GARNETT R., « Renault v. Zhang : A Job Half Done ? », 10 *Tort L. Rev.* 145 (2002).
- GAUDEMET-TALLON H., « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye) », *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1994, p. 181 s.
- GAUDEMET-TALLON H., « De nouvelles fonction pour l'équivalence en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 303 s.
- GAUDEMET-TALLON H., « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *Rec. cours*, 2006, t. 312, p. 4 s.
- GAUDEMET-TALLON H., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 20 juin 2006, *Wildenstein, Clunet*, 2007, p. 124 s.
- GAVAZZI G., *Delle antinomie*, Torino, 1959.
- GEBAUER M., « Gesamtverweisung und ordre public », *Festschrift E. Jayme*, München, 2004, p. 223 s.
- GEISLER, *Die engste Verbindung im IPR*, Berlin, 2001.
- GÉNY F., *La technique législative dans la codification civile moderne*, Paris, 1904.

- GESTOSO Y TUDELA L., « La teoría de la referencia en Derecho internacional privado », *Anales de la Universidad de Murcia*, Curso 1946-1947, p. 137 s.
- GLASYRIN V.W. (etc.), *Effektivität der Rechtsnormen – Theorie und Forschungsmethoden*, Berlin, 1982.
- GOLDSCHMIDT W., *Sistema y filosofía del Derecho internacional privado*, 2^e ed., Buenos Aires, 1952.
- GOLDSTEIN G. / GROFFIER E., *Droit international privé*, t. I, Cowansville, 1998.
- GÖNCZI K., *Die europäischen Fundamente der ungarischen Rechtskultur Juristischer Wissenstransfer und nationale Rechtswissenschaft in Ungarn zur Zeit der Aufklärung und im Vormärz*, Frankfurt a.M., 2008.
- GONZÁLEZ CAMPOS J., « Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Rec. cours*, 2000, t. 287, p. 9 s.
- GONZÁLEZ CAMPOS J. / FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *Derecho Internacional Privado, Materiales y Prácticas*, Madrid, 1983.
- GONZÁLEZ CAMPOS J. / FERNÁNDEZ ROZAS J.C., *Prácticas de derecho internacional privado*, 6^a ed., Oviedo, 1978, vol. I.
- GONZÁLEZ CAMPOS J. (et al.), *Derecho internacional privado, Parte especial*, 6^a ed., Madrid, 1995.
- GORÉ M., « De la mode... dans les successions internationales : contre les prétentions de la *pro-fessio iuris* », *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1993, p. 193 s.
- GOSEWINKEL D., *Einbürgern und Ausschliessen, Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit, vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschlands*, Bonn, 2001.
- GOSSELIN-GORAND A., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, JCP N. 2009, p. 1196 s.
- GOTHOT P., « La méthode unilatéraliste et le droit international privé des contrats », *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1979, p. 5 s.
- GOTHOT P., « La place d'Henri Batiffol dans la doctrine », *Tr. com. fr. DIP*, Années 1991-1992, p. 21 s.
- GOTHOT P., « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.*, 1971, p. 1 s., p. 209 s., p. 417 s.
- GOTHOT P., « Phocion Francescakis et 'La pensée des autres' », *Rev. crit.*, 1987, p. 711 s.
- GOTHOT P., « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 343 s.
- GOYARD-FABRE S., *Les fondements de l'ordre juridique*, Paris, 1992.
- GRARE CL., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Préface LEQUETTE Y., Paris, 2005.
- GRASSETTI C., « La dottrina del rinvio in diritto internazionale privato e la 'common law' americana », *Riv. dir. int.*, 1933, p. 6 s.
- GRAUE E.D., « Rück- und Weiterverweisung (renvoi) in den Haager Abkommen », *RabelsZ.*, 1993, p. 26 s.
- GRAVESON R.H., *Conflict of Laws*, London, 1954.
- GRAVESON R.H., « The Fuld Case », *Int'l & Comp. L.Q.*, 1966, p. 937 s.
- GRAVESON R.H., « Le renvoi dans le droit anglais actuel », *Rev. crit.*, 1968, p. 259 s.
- GRAY A., « The Rise of Renvoi in Australia : Creating the Theoretical Framework », 30 *Univ. New South Wales L. J.* 1 (2007).
- GREENE J., « Choice of Law in Tort – The Song that Never Ends », 26 *Fed. L. Rev.* 349 (1998).
- GRISWOLD E., « Renvoi revisited », 51 *Harv. L. Rev.* 1165 (1937-1938).
- GRUNDWALD-DELITZ S., *Die Lehre von der Rückverweisung im englischen und nordamerikanischen internationalen Privatrecht*, Leipzig, 1932.
- GUASTINI R., « Antinomie e sistemazione del diritto », in BESSONE M. (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, Vol. I, Torino, 1999, p. 151 s.
- GUASTINI R., « Préface » de N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Paris, 1998.
- GUINCHARD S. / FERRAND F., *Procédure civile – Droit interne et droit communautaire*, Paris, 2006.
- HACHEM M.-L., « Nouvelles réflexions sur le renvoi », *Rev. tunis. droit*, 1995, p. 185 s.

- HANCOCK M., « Policy Controlled State Interest Analysis in Choice of Law, Measure of Damages, Tort Cases », 26 *Int. Comp. L.Q.* 799 (1977).
- HANCOCK M., *Torts in the Conflict of Laws*, Ann Arbor, 1942.
- HANISCH H., « Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil », *Mélanges G. Flattet*, Lausanne, 1986, p. 47 s.
- HANOTIAU B., « The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking », 30 *Am. J. Comp. L.* 73 (1982).
- HANOTIAU B., *Le droit international privé américain*, Bruxelles, 1979.
- HARRIS J.W., « Kelsen and Normative Consistency », in TUR R. / TWINING W. (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, p. 201 s.
- HART H.L.A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983.
- HART H.L.A., *Le concept du droit*, trad. VAN DE KERCHOVE M., Buxelles, 1976.
- HART H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd ed., Oxford, 1994.
- HARTNEY M., « Introduction : The Final Form of The Pure Theory of Law », Foreword to Kelsen H., *General Theory of Norms*, Oxford, 1991, p. ix s.
- HARTWIEG O., *Der Renvoi im deutschen internationalen Vertragsrecht*, Frankfurt a.M. / Berlin, 1967.
- HARTWIEG O., « International Trade Law und die deutsche Justiz – Nebst Case Study zum renvoi durch Qualifikation im Rechtsvergleich », *ZVglRWiss.*, 2002, p. 434 s.
- HAY P. / WEINTRAUB R. J. / BORCHERS P. J., *Conflict of Laws, Cases and Materials*, 11th ed., New York, 2000.
- HAYWARD R., *Conflict of Laws*, 4th ed., Sydney / London, 2006.
- HELDRIICH A., *Internationales Zuständigkeit und Anwendbares Recht*, Berlin / Tübingen, 1969.
- HENKEL H., *Einführung in die Rechtsphilosophie : Grundlagen des Rechts*, München, 1964 ; 2. Aufl., München, 1977.
- HÉRON J., *Droit judiciaire privé*, 2^e éd., Paris, 2002.
- HÉRON J., *Principes de droit transitoire*, Paris, 1996.
- HERRERO RUBIO A., *Derecho internacional privado*, 3^a ed., Valladolid, 1974.
- HERSCHEL W., « Rechtssicherheit und Rechtsklarheit », *JZ*, 1967, p. 727 s.
- HEUZÉ V., « La volonté en droit international privé », *Droits*, 1999, p. 113 s.
- HEUZÉ V., *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, 1990.
- HILLGENBERG H., *Das IPR der Gefährdung für Atomschäden*, Diss. Bonn, 1963.
- HOHLOCH G., note sous BGH 8 mars 1983, « Grenzen der Auflockerung des Tatortprinzips im internationalen Deliktsrecht », *IPRax.*, 1984, p. 14 s.
- HOHLOCH G., *Das Deliktsstatut – Grundlagen und Grundlinien des internationalen Deliktsrechts*, Frankfurt a. M., 1984.
- HOLLAND A.T., *The Elements of Jurisprudence*, 10th ed., Oxford, 1906.
- HOLLEAUX D. / FOYER J. / GEOUFFRE DE LA PRADELLE G., *Droit international privé*, Paris, 1987.
- HRUSCHKA J., « Kant and Human Dignity », in BYRD B. S. / HRUSCHKA J. (eds.), *Kant and the Law*, London, 2005, p. 69 s.
- HUBER A., « Los jubilados suizos en la urbanización de Ciudad Quesada (Alicante). Una investigación cualitativa », *Revista de Investigación del Bajo Seguro*, 2000, p. 437 s.
- HUBER A., *Heimat in der Postmoderne*, Zürich, 1999.
- HUBER A., *Vermeintliche Heimat: Über den Bedeutungswandel von Heimat in der Postmoderne am Beispiel einer Untersuchung über Schweizer Rentnerinnen und Rentner an der Costa Blanca*, diss. Zürich, 1997.
- HUBER E., *Recht und Rechtsverwirklichung*, Basel, 1921 ; 2. Aufl, Basel, 1925.
- HUBERLANT Ch., « Antinomies et recours aux principes généraux », in PERELMAN Ch. (ed.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 204 s.
- HUSSON L., « La dialectique de l'être et du devoir être », *Arch. phil. dr.*, 1968, p. 305 s.
- INGERSOLL Th. M., *Mammon and Manon Early New Orleans, The First Slave Society in the Deep South : 1718-1819*, Knoxville, 1999.

- IRIARTE ANGEL J. L., « Doble reenvío y unidad de tratamiento de las sucesiones: el caso *Adams* », *Rev. gen. der.*, 1989, p. 3561 s.
- ISENBIEL G., *Zur Lehre von der Rückverweisung* (Art. 27 EG z. BGG), Leipzig, 1909.
- JACQUET J.-M., « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *Rec. cours*, 2001, t. 292, p. 147 s.
- JACQUET J.-M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, 1983.
- JAFFEY J.E., « Choice of Law in Tort : A Justice-Based Approach », 2 *Legal Stud.* 98 (1982).
- JAGMETTI M.A., *Die Anwendung fremden Kollisionsrechts durch den inländischen Richter*, Zürich, 1961.
- JAMES E., « *John Pfeiffer Pty Ltd v. Rogerson* – The Certainty of 'Federal' Choice of Law Rules for Intranational Torts : Limitations, Implications and a Few Complications », 23 *Syd. L. Rev.* 145 (2001).
- JAYME E., « Rückverweisung durch im Ausland geltende Staatsverträge », *Festschrift G. Beitzke*, Berlin / New York, 1979, p. 541 s.
- JAYME E., « Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé », *Rec. cours*, 1982, t. 177, p. 9 s.
- JAYME E., « Dionisio Anzilotti und das deutsche Internationale Privatrecht », in *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin, 1990, p. 297 s.
- JAYME E., « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Rec. cours*, 1995, t. 251, p. 9 s.
- JAYME E., « Zur Rückverweisung durch staatsvertragliche Kollisionsnormen », *IPRax.*, 1981, p. 17 s.
- JAYME E., *Methoden der Konkretisierung des ordre public im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 1988.
- JAYME E., P.S. Mancini. *Internationales Privatrecht zwischen Risorgimento und praktischer Jurisprudenz*, Ebelsbach, 1980, P.S. Mancini. *Il diritto internazionale privato tra Risorgimento ed attività forense*, trad. A. Ruini, Padova, 1988.
- JAYME E., *Die Familie im Recht der unerlaubte Handlungen*, Frankfurt a.M. (etc.), 1971.
- JENNINGS R., note sous *in re Duke of Wellington*, *L.Q.Rev.*, 1948, p. 321 s.
- JEULAND E., « L'énigme du lien d'instance », *RTDciv.*, 2003, p. 455 s.
- JÍMENEZ BLANCO J.I., « Los Larios y la *Industria Corchera* : un caso de industrialización fallida en el Campo de Gibraltar », *Revista de História Industrial*, 2005, p. 49 s.
- JÍMENEZ BLANCO P., note sous SAP Málaga, 13 mars 2002, *R.E.D.I.*, 2003, p. 424 s.
- JÍMENEZ BLANCO P., note sous STS, 23 sept. 2002, *François Marie J.W.*, *R.E.D.I.*, 2003, p. 435 s.
- JIN H. / GUOMIN L., « New Developments in Chinese Private International Law », *Yearbook P.I.L.*, 1999, p. 135 s.
- JOHNSON W.S., *The Conflict of Laws with special reference to the law of the province of Quebec*, Montreal, 1933.
- JOSEF A.A., « Die Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte bei Sterbefällen von Ausländern », *Jur. Woch.*, 1912, p. 1024 s.
- JUENGER F., « Choice of Law in a Federal System », 19 *Syd. L.R.* 528 (1997).
- JUENGER F., *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht / Boston / London, 1993.
- JUENGER F., « Conflict of Laws, A Critique of Interest Analysis », *Am. J. Comp. L.*, 1984, p. 1 s.
- JUENGER F., « What's Wrong with Forum Shopping? », *Sydney L. Rev.*, 1994, p. 5 s.
- JUENGER F., *Zum Wandel des Internationalen Privatrechts*, Karlsruhe, 1974.
- JUNKER A., « Das Internationale Unfallsrecht nach der IPR-Reform von 1999 », *JZ* 2000, p. 477 s.
- KADNER GRAZIANO Th., *Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 2002.
- KADNER GRAZIANO Th., *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bâle (etc.), 2004.
- KADNER GRAZIANO Th., « Internationale Straßenverkehrsunfälle im Lichte von Brüssel I, Rom II und des Haager Straßenverkehrsübereinkommens », *Zeit. für Verkehrsrecht*, 2011, p. 40 s.

- KADNER GRAZIANO Th., « Freedom to choose the applicable law in tort - Articles 14 and 4(3) of the Rome II Regulation », in W. BINCHY / J. AHERN (eds), *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New Tort Litigation Regime*, Leiden, 2009, p. 113 s.
- KADNER GRAZIANO Th., « The Rome II Regulation and the Hague Conventions on Tort Law - Interaction, Conflicts and Future Perspectives », *NIPR*, 2008, p. 425 s.
- KADNER GRAZIANO Th., « Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle », *Rev. crit.*, 2008, p. 445 s.
- KADNER GRAZIANO Th., « Les Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle (Principles of European Tort Law) - Forces et faiblesses », in B. WINIGER (éd.), *La responsabilité civile de demain/Europäisches Haftungsrecht morgen*, Zürich, 2008, p. 219 s.
- KADNER GRAZIANO Th., « Das Internationale Deliktsrecht der Europäischen Union ab Januar 2009 - Ein Vergleich mit dem schweizerischen Rechtszustand », *Anwaltsrevue/Revue de l'avocat*, 2008, p. 151 s.
- KAHN F., « Der Grundsatz der Rückverweisung im deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche und auf dem Haager Kongress für internationales Privatrecht », *Abhandlungen zum IPR*, Band I, München, 1928, p. 124 s.
- KAHN F., « Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts », *Abhandlungen zum IPR*, Band I, München, 1928, p. 1 s.
- KAHN-FREUND O., « Delictual Liability and the Conflict of Laws », *Rec. cours*, 1968, t. 124, p. 1 s.
- KAHN-FREUND O., *General Problems of Private International Law*, Leiden, 1976.
- KALINOWSKI G., « Les causes de certaines antinomies juridiques », in PERELMAN Ch. (dir.), *Etudes de logique juridique*, Bruxelles, 1978, p. 91 s.
- KALINOWSKI G., « Logique et philosophie du droit subjectif », *Arch. phil. droit*, 1964, p. 37 s.
- KANT I., *Métaphysique des mœurs, Première partie - Doctrine du droit* (intr. et trad. par PHILONENKO A.), Paris, 1971.
- KANT I., *Gesammelte Schriften*, (hrsg. von der Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin), Berlin, 1902 s. (23 volumes).
- KANTOROWICZ H.U., « Legal Science - A Summary of its Methodology », 28 *Colum. L. Rev.* 679 (1928).
- KANTOROWICZ H.U., *The Definition of Law* (ed. by CAMPBELL A.H., intr. by GOODHART A.L.), Cambridge, 1958.
- KASSIR W.J., *Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé*, Paris (etc.), 2002.
- KAUFMANN A. / HASSEMER W., *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl., Heidelberg, 1994.
- KAUFMANN A., *Analogie und 'Natur der Sache'*, Heidelberg, 1982.
- KAUFMANN A., *Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung*, Heidelberg, 1990.
- KAUFMANN A., « Rechtspositivismus und Naturrecht in erkenntnistheoretischer Sicht », in *Rechtsphilosophie im Wandel, Stationen eines Weges*, 2. Aufl., Köln, 1984, p. 69 s.
- KEGEL G., « The Crisis of the Conflict of Laws », *Rec. cours*, 1964, t. 112, p. 91 s.
- KEGEL G., « Begriffs- und Interessen- jurisprudenzen im internationalen privatrecht », *Festschrift H. Lewald*, Basel, 1953, p. 259 s.
- KEGEL G., *Internationales Privatrecht*, München, 1960 ; 2. Aufl., München, 1964 ; 4. Aufl., München, 1977.
- KEGEL G. / SCHURIG K., *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., München, 2004.
- KEIDEL J., « De la théorie du renvoi en droit international privé selon le nouveau Code civil allemand », *Clunet*, 1901, p. 82 s.
- KELLER M. / SIEHR K., *Allgemeine Lehren zum IPR*, Zürich, 1986.
- KELSEN H. / KLUG U., *Rechtsnormen und logische Analyse - Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien, 1981.
- KELSEN H., « Derogation », *Essays in Honour of Roscoe Pound*, New York, 1962.
- KELSEN H., « Die Grundlagen der Naturrechtslehre », *Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1963, p. 1 s.

- KELSEN H., « Professor Stone and the Pure Theory of Law », 17 *Stan. L. Rev.* 1129 (1964-1965).
- KELSEN H., « Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung », *AöR*, 1914, p. 202 s.
- KELSEN H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945.
- KELSEN H., *General Theory of Norms*, Oxford, 1991.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, tr. EISENMANN Ch., Paris, 1962.
- KEMP G., *Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht*, Köln, 1999.
- KEYES M., « The Doctrine of Renvoi in International Torts: *Mercantile Mutual Insurance v. Neilson* », 13 *Torts L. J.* 1 (2006).
- KEYES M., *Jurisdiction in International Litigation*, Sydney, 2005.
- KHAIRALLAH G., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero, Rev. CRIDON*, Paris 2000, p. 211 s.
- KHOMAMIZADEH F., *Les limites à l'application du renvoi*, th. Nantes, 1995.
- KINCAID P., « Justice in Tort Choice of Law », 18 *Adel. L. Rev.* 191 (1996).
- KING R. / WARNES M.A. / WILLIAMS A.M., « International Retirement Migration in Europe », *International Journal of Population Geography*, 1998, p. 91 s.
- KIONKA E.J., *Torts*, 4th ed., St. Paul, 2005.
- KNOEPFLER F., « Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé », *Hommage R. Jeanprêtre*, Neuchâtel, 1982, p. 113 s.
- KOHLER J., *Prozess als Rechtsverhältnis*, Mannheim, 1888.
- KORKISCH F. / HARTWIEG O., *Die geheimen Materialien zur Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts 1881-1896*, Tübingen, 1973.
- KRAMER L., « Rethinking Choice of Law », 90 *Colum. L. Rev.* 277 (1990).
- KRAMER L., « Return of the Renvoi », 66 *N.Y.U. L. Rev.* 979 (1991).
- KREUZER K., « Berichtigungsklauseln im internationalen Privatrecht », *Festschrift I. Zajtay*, Tübingen, 1982, p. 295 s.
- KROPHOLLER J., « Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut », *RabelsZ.*, 1969, p. 601 s.
- KROPHOLLER J., *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl., Tübingen, 2004.
- KUHN H., *Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz*, Zürich, 1998.
- KÜHNE G., *Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, 1973.
- KÜHNE G., *IPR-Gesetzesentwurf*, Heidelberg / Karlsruhe, 1980.
- WANG K.H. / MENDELSON D., « An Overview of Liability and Compensation for Personal Injury in China Under the General Principles of Civil Law », 4 *TLJ* 137 (1996).
- LABBÉ J.-É., « Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause », *Clunet*, 1885, p. 5 s.
- LABBÉ J.-É., note sous Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *Forgo*, S. 1882.1.393.
- LABORDE J.-P., *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit*, th. Bordeaux I, 1981.
- LAFLEUR E., *The Conflict of Laws in the Province of Quebec*, Montreal, 1898.
- LAGARDE P., « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Rec. cours*, 1986, t. 196, p. 9 s.
- LAGARDE P., « Succession », *Rép. dr. int. Dalloz*, 2^e éd., Paris, 1998.
- LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public*, Paris, 1959.
- LAGARDE P., « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos de l'arrêt *Dujaque* de la première chambre civile, du 22 juillet 1987) », *Rev. crit.*, 1988, p. 29 s.
- LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013.
- LAGARDE X., « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *Arch. phil. dr.*, 2006, p. 77 s.
- LAINÉ A., « La rédaction du Code civil et le sens de ses dispositions en droit international privé », *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 21 s., 443 s.
- LAINÉ A., « La théorie du renvoi en droit international privé », *Rev. crit.*, 1906, p. 605 s. ; 1907, p. 43 s., 313 s., 661 s. ; 1908, p. 729 s. ; 1909, p. 12 s.
- LALIVE P., « Tendances et méthodes en droit international privé », *Rec. cours*, 1977, t. 155, p. 1 s.

- LAMES P., *Rechtsfortbildung als Prozesszweck*, Tübingen, 1993.
- LARDEUX G., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, « Le mythe de l'unité successorale », *D.* 2009, p. 1658 s.
- LARENZ K., « Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung », *Festschrift A. Nikisch*, Tübingen, 1958, p. 275.
- LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Berlin (etc.), 1983.
- LAYCOCK D., « Equal Citizens of Equal and Territorial States : The Constitutional Foundations of Choice of Law », 92 *Colum. L. R.* 249 (1992).
- LAZARO GONZÁLEZ I., note sous STS, 23 sept. 2002, *François Marie J.W., C.C.J.C.*, 2003, p. 155 s.
- LE GALLOU C., « L'unité successorale ou l'utilité du renvoi dans les successions immobilières internationales », *RLDC*, 2009, p. 45 s.
- LEBEDEV S. (et al.), « New Russian Legislation on Private International Law », *Yearbook P.I.L.*, 2002, p. 117 s.
- LEFLAR R., « Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims », 46 *Harv. L. Rev.* 193 (1932).
- LÉGIER G., « Sources extracontractuelles des obligations – Domaine de la loi compétente », *Jurisl.*, Fasc. 553-2, 1993.
- LÉGIER G., « Tradition et innovation dans le domaine des successions internationales », *JCP N* 2001, p. 92 s.
- LÉGIER G., *La règle locus regit actum et les conflits de lois en matière de forme des actes*, th. Aix-Marseille, 1976.
- LEIBLE S., « Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung », *Festschrift E. Jayme*, München, 2004, p. 485 s.
- LENER S., « La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della Chiesa », *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, p. 345 s.
- LEPAULLE P., « Nature et méthode du droit international privé », *Clunet*, 1936, p. 284 s.
- LEPAULLE P., « Quelle est la loi appliquée aux successions par la jurisprudence ? », *Clunet*, 1933, p. 812 s.
- LEPAULLE P., note sous Cass. (civ.), 7 mars 1938, *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1938, p. 142 s.
- LEQUETTE Y., « Renvoi », *Rép. dr. int. Dalloz*, 2^e éd., Paris, 1998.
- LEQUETTE Y., note sous Trib. Lille, 28 mars 1980, *Vandeville, Rev. crit.*, 1980, p. 289 s.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE P., « Observations sur la question du renvoi », *Clunet*, 1924, p. 877 s.
- LEREBOURS-PIGEONNIERE P., *Précis de droit international privé*, Paris, 1937 ; 4^e éd., Paris, 1946 ; 6^e éd., Paris, 1954.
- LEVASSEUR G., *Le domicile et sa détermination en droit international privé*, Paris, 1931.
- LEWALD H., « La théorie du renvoi », *Rec. cours*, 1929, t. 29, p. 515 s.
- LEWALD H., « Renvoi revisited? », *Festschrift H. Fritzsche*, Zürich, 1952, p. 165 s.
- LEWALD H., *Das deutsche internationale Privatrecht*, Leipzig, 1931.
- LIEBMANN E.T., « L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale », *Riv. dir. proc.*, 1950, p. 328 s.
- LINDELL G., « Régie Nationale des Usines Renault SA v. Zhang : Choice of Law in Torts and Another Farewell to Phillips v. Eyre but the Voth Test Retained for Forum non Conveniens in Australia », 3 *Melb J. Int. L* 364 (2002).
- LINDENAU C., *Die Einführung des Renvoi in das internationale Privatrecht Italiens*, Frankfurt a.M. (etc.), 2001.
- LIPSTEIN K., « Unusual badfellows – Renvoi and foreign characterization joined together », *Essays K. Siehr*, The Hague (etc.), 2000, p. 405 s.
- LIPSTEIN K., « La prise en considération du droit international privé étranger », *Ann. IDI*, 1998, t. I, p. 15 s.
- LITSCHESKI PAULSON B. / PAULSON S.L., *Introduction to the Problems of Legal Theory, A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, 1992.
- LOMBARDI VALLAURI L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

- LOOSCHELDERS D., « Die Beurteilung von Strassenverkehrsunfällen mit Auslandsberührung nach dem neuen internationalen Deliktsrecht », *VersR.*, 1999, p. 1316 s.
- LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto*, Bologna, 1950.
- LORENZ E., « Renvoi und ausländischer ordre public », *Festschrift R. Geimer*, München, 2002, p. 555 s.
- LORENZ E., *Zur Struktur des internationalen Privatrechts, Ein Beitrag zur Reformdiskussion*, Berlin, 1977.
- LORENZ W., « Die allgemeine Grundregel betreffend das auf die ausservertragliche Schadenshaftung anzuwendende Recht », in VON CAEMMERER E. (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1983, p. 97 s.
- LORENZ W., « Einige Überlegungen zur Reform des deutschen internationalen Deliktsrechts », *Festschrift H. Coing*, München, 1982, p. 257 s.
- LORENZEN E., « Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws Meaning of the Law of a Country », 27 *Yale L.J.* 509 (1917-1918).
- LORENZEN E., « The Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws », 50 *Yale L.J.* 743 (1941).
- LORENZEN E., « The Renvoi Theory and the Application of Foreign Law », 10 *Colum. L. Rev.* 190 (1910).
- LORENZEN E., « Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws », 30 *Yale L.J.* 655 (1921).
- LORENZEN E., note sous *in re Tallmadge*, 29 *Yale L.J.* 214 (1919).
- LOUIS-LUCAS P., V° « Renvoi », *Rép. dr. int. Dalloz*, Paris, 1968-1969.
- LOUSSOUARN Y. / BOUREL P. / DE VAREILLES SOMMIÈRES P., *Droit international privé*, Paris, 8^e éd., 2004.
- LOUSSOUARN Y., « L'œuvre de Paul Lerebours-Pigeonnière », *Clunet*, 1954, p. 884 s.
- LOUSSOUARN Y., « La Convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Clunet*, 1979, p. 5 s.
- LOUSSOUARN Y., « La Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière », *Clunet*, 1969, p. 5 s.
- LOUSSOUARN Y., « La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé », *Ann. IDI*, 1987, p. 295 s.
- LOUSSOUARN Y., note sous Trib. civ. Bruxelles, 14 juill. 1955 et Paris (1^e ch.), 21 déc. 1956, *Rev. crit.*, 1957, p. 649.
- LU A. / CARROLL L., « Ignored No More : Renvoi and International Torts Litigated in Australia », 1 *J.P.I.L.* 35 (2005).
- LÜDERITZ A., *Internationales Privatrecht*, Frankfurt a.M., 1987.
- LUGER B., « Die Gesamtverweisung und das Günstigkeitsprinzip im österreichischen IPRG », *ZfVr*, 1995, p. 178 s.
- LUZZATTO R., *Stati giuridici e diritti assoluti in diritto internazionale privato*, Milano, 1965.
- MAIHOFFER W., « Le Droit naturel comme dépassement du Droit positif », *Arch. phil. dr.*, 1963, p. 177 s.
- MALAURIE Ph. / AYNÈS L. / STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 2^e éd., Paris, 2005.
- MALGAUD W., « Les antinomies en droit, à propos de l'étude de G. Gavazzi », in PERELMAN Ch. (éd.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 7 s.
- MALINVAUD P., *Droit des obligations*, 8^e éd., Paris, 2003.
- MANCINI P.S., « Per gli eredi testamentari del fu conte Caid Nissim Samama contro i pretendenti alla sua eredità *ab intestato* – Ricerca della legge regolatrice della successione del testatore », *Quistioni di diritto*, vol. II, Napoli, 1880, p. 211 s.
- MANN F.A., « The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years », *Rec. cours*, 1984, t. 179, p. 9 s.
- MANN F.A., « The Doctrine of Jurisdiction », *Rec. cours*, 1964, t. 111, p. 1 s.

- MANN F.A., note sous *in re Duke of Wellington*, *Mod. L. R.*, 1948, p. 232 s.
- MANSEL H.-P., « Kollisions- und zuständigkeitsrechtlicher Gleichlauf der vertraglichen und deliktischen Haftung », *ZVglRWiss.*, 1987, p. 1 s.
- MANSEL H.-P., note sous OLG München, 10 déc. 1982, *VersR.*, 1984, p. 745 s.
- MARCADÉ V.N., *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, vol. I, Paris, 1858.
- MARIDAKIS G., « Introduction au droit international privé », *Rec. cours*, 1962, t. 105, p. 375 s.
- MARIDAKIS G., « Le renvoi en droit international privé – Rapport définitif », *Ann. IDI*, t. II, 1957, p. 1 s.
- MARIDAKIS G., « Les principaux traits de la récente codification hellénique touchant le droit international privé », *Rec. cours*, 1954, t. 85, p. 107 s.
- MARÍN LÓPEZ A., « El reenvío en el derecho español », *R.E.D.I.*, 1956, p. 677 s.
- MARÍN LÓPEZ A., « Las cuestiones generales de derecho internacional privado en las recientes codificaciones europeas : el reenvío », *Actualidad civil*, 1995, p. 941 s.
- MARÍN LÓPEZ A., *Derecho internacional privado*, I, *Parte general*, 9^a ed., Granada, 1994.
- MÄSCH G., « Renvoi – Plädoyer für die Begrenzung einer überflüssigen Rechtsfigur », *RabelsZ.*, 1997, p. 285 s.
- MASSIP J. / MORIN G. / AUBERT J.-L., « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », *Rép. Defrénois*, 1972.1513-543.
- MATHIEU M.-E., *L'electio iuris en droit international privé. Aperçu de droit comparé*, th. Paris II, 1998.
- MAURY J., « Règles générales des conflits de lois », *Rec. cours*, 1936, t. 57, p. 325 s.
- MAURY J., c.r. de Francescakis Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, 1958, *Rev. crit.*, 1959, p. 602 s.
- MAYER D., « L'évolution du statut de la famille en droit international privé », *Clunet*, 1977, p. 447 s.
- MAYER P. / HEUZÉ V., *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, 2004 ; 9^e éd., Paris, 2007 ; 10^e éd., Paris, 2010.
- MAYER P., « Droit au procès équitable et conflit de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996, p. 125 s.
- MAYER P., « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, n° 2, p. 129 s.
- MAYER P., « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit.*, 1979, p. 1 s., p. 349 s., p. 547 s.
- MAYER P., « Existe-t-il des normes individuelles ? », *Mélanges M. Troper*, Paris, 2006, p. 679 s.
- MAYER P., « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Rec. cours*, 2007, t. 327, p. 9 s.
- MAYER P., « Les lois de police étrangères », *Clunet*, 1981, p. 277 s.
- MAYER P., *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Paris, 1973.
- MAZEAUD H. / MAZEAUD M. / TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 5^e éd., Paris, 1960, vol. III.
- MAZEAUD H., « Conflit de lois et compétence internationale dans le domaine de la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle », *Rev. crit.*, 1934, p. 376 s.
- MC GREGOR H., « The International Accident Problem », 33 *Mod L. R* 1 (1970).
- MCLACHLAN C. / NYGH P. (eds.), *Transnational Tort Litigation : Jurisdictional Principles*, Oxford, 1996.
- MCLACHLAN C., « Transnational Tort Litigation : An Overview », in MCLACHLAN C. / NYGH P. (eds.), *Transnational Tort Litigation : Jurisdictional Principles*, Oxford, 1996, p. 1 s.
- MEHREN A.T. VON, « The Renvoi and its Relation to Various Approaches to the Choice-of-Law Problem », *Essays H.E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 380 s.
- MEHREN A.T. VON, « Choice of Law and the Problem of Justice », *L. & Cont. Probs*, 1977, p. 27 s.

- MEHREN A.T. VON, « Recent Trends in Choice-of-Law Methodology », *Cornell L. Rev.*, 1975, p. 927 s.
- MEHREN A.T. VON, « Recognition and Enforcement of Foreign Judgments – General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements », *Rec. cours*, 1981, t. 167, p. 9 s.
- MEHREN A.T. VON, « Special Substantive Rules for Multistate Problem: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology », *Harv. L. Rev.*, 1974-1975, p. 347 s.
- MEIJERS E.M., « La question du renvoi », *Bull. Inst. Jur. Int.*, 1938, p. 191 s.
- MELCHIOR G., « Schuldrechtliche Rückverweisung und Weiterverweisung nach deutschem internationalen Privatrecht », *JW*, 1925, p. 1571 s.
- MELCHIOR G., *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Den Haag / Berlin, 1932.
- MENDELSSOHN-BARTHOLDY A., « Die Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches », *Festschrift F. Klein*, Wien, 1914, p. 147 s.
- MENDELSSOHN-BARTHOLDY A., *Renvoi in Modern English Law*, Oxford, 1937.
- MEYER R., « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions – Suisse », in KOKKINI-IATRIDOU D. (éd.), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – ou le principe de proximité*, Dordrecht (etc.), 1994.
- MEYZEAUD-GARAUD M. C., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley, Defrénois*, 2009, p. 1705 s.
- MEZGER E., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 24 nov. 1953, *Consorts Besson, Rev. crit.*, 1955, p. 698 s.
- MEZGER E., note sous Colmar, 13 mai 1938, *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1939, p. 226 s.
- MIAJA DE LA MUELA A., « Un caso de aplicación del reenvío de primer grado en España », *R.E.D.I.*, 1958, p. 573 s.
- MIAJA DE LA MUELA A., *Derecho internacional privado*, 2^a ed., Madrid, 1956 ; 9^a ed., Madrid, 1985.
- MICHAELS R., « Der Abbruch der Weiterverweisung im deutschen Internationalen Privatrecht », *RabelsZ.*, 1997, p. 685 s.
- MIGLIORINO L., « La questione del rinvio e soluzioni accolte nelle convenzioni internazionali », *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1996, p. 499 s.
- MIKELENAS V., « Reform of Private International Law in Lithuania », *Yearbook P.I.L.*, 2005, p. 161 s.
- MILIO J. S., « Una solución jurisprudencial inglesa : el doble reenvío », *R.E.D.I.*, 1956, p. 87 s.
- MILLS A., « Renvoi and the Proof of Foreign Law in Australia », 65 *C.L.J.* 37 (2006).
- MOLFESSIS N. (dir.), *Les revirements de jurisprudence : rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, 2005.
- MONEGER F., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero, Dr. et patrimoine*, n° 84, juillet-août, 2000, p. 97 s.
- MOORE C., « Our Fragmented Federation : Forum Bias and Forum Shopping in Australia », 22 *Fed. L. Rev.* 171 (1993-1994).
- MOREAU-BOURLÈS M.-A., *Structure du rattachement et conflits de lois en matière de responsabilité civile délictuelle*, th. Paris II, 1986.
- MORGENTHAU L., « Les antinomies en droit social », in PERELMAN Ch. (ed.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965 p. 39 s.
- MORI G., *Die Schriftgiesserei Benjamin Krebs Nachf., Frankfurt a.M. – Ein Beitrag zur Geschichte des Frankfurter Schriftgiesser-Gewerbes*, Frankfurt a.M., 1914.
- MORISSET F.-X., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 sept. 2005, « Le renvoi de proximité », *D.* 2006, p. 1726 s.
- MORO D., « International Retirement Migration: Legal Framework in European Union », <www3.unicatt.it/unicattolica/dipartimento/.../DMoro40.pdf>.
- MORRIS C.R., « Enterprise Liability and the Actuarial Process, The Insignificance of Foresight », 70 *Yale L. J.* 554 (1961).
- MORRIS J.H.C. / MCLEAN D., *The Conflict of Laws*, 5th ed., London, 2000 ; 6th ed., London, 2005.
- MORRIS J.H.C., « The Law of the Domicil », *Brit. Y.B. Int'l L.*, 1937, p. 32 s.
- MORRIS J.H.C., « The Proper Law of a Tort », 64 *Harv. L. Rev.* 881 (1951).

- MORRIS J.H.C., « The Renvoi in New York », *Int'l L. Q.*, 1951, p. 268 s.
- MORRIS J.H.C., note sous *in re Duke of Wellington*, « Renvoi », *L.Q.Rev.*, 1948, p. 265 s.
- MORRIS J.H.C., note sous *in re O'Keefe*, *L.Q.Rev.*, 1940, p. 144 s.
- MORRIS J.H.C., *The Conflict of Laws*, 6th ed. (MCLEAN D. / BEEVERS K. eds.), London, 2006.
- MORSE C.G.J., « Choice of Law in Tort : A Comparative Survey », 32 *Am. J. Comp. Law* 51 (1984).
- MORSE C.G.J., « Torts in Private International Law : A New Statutory Framework », 45 *ICLQ* 888 (1996).
- MORTENSEN R., « Troublesome and Obscure : The Renewal of Renvoi in Australia », 2 *J.P.I.L.* 1 (2006).
- MOTULSKY H., « L'office du juge et la loi étrangère », *Mélanges J. Maury*, Paris, 1960, p. 337 s.
- MOTULSKY H., « Le droit subjectif et l'action en justice », *Arch. phil. dr.*, 1964, p. 215 s.
- MOTULSKY H., note sous Cass (1^{re} Ch. civ.), 8 déc. 1953, *Rev. crit.*, 1955, p. 133 s.
- MOYA ESCUDERO M., note sous SAT Granada, 22 déc. 1988, *R.E.D.I.*, 1990, p. 635 s.
- MÜHL M., *Die Lehre vom 'besseren' und 'günstigeren' Recht im Internationalen Privatrecht*, München, 1982.
- MUIR WATT H., note sous Cass. (1^{re} Ch. civ.), 21 sept. 2005, *Rev. crit.*, 2006, p. 100 s.
- MUIR WATT H., « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. cours*, 2004, t. 307, p. 25 s.
- MUIR WATT H., *La fonction de la règle de conflit de lois*, th. Université Paris 2, polycop., 1985.
- MUIR WATT H., « Quelques remarques sur la doctrine anglo-américaine des droits acquis », *Rev. crit.*, 1986, p. 425 s.
- MUIR WATT H. (avec BUREAU D.), *Droit international privé*, 2^e éd., Paris, 2010.
- MUIR WATT H. (avec BUREAU D.), *Que sais-je ? Le droit international privé*, Paris, 2009.
- MUIR WATT H., « European Federalism and the 'New Unilateralism' », *Tulane Law Review*, 2009, p. 1983 s.
- MUMMENHOFF W., « Ausnahmen von der *lex loci delicti* im internationalen Privatrecht », *NJW*, 1975, p. 476 s.
- MUNARI F., in BARIATTI S. (ed.), « Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218) – Commentario », *NLCC*, N. 5-6, 1996, ad art. 13, p. 1018 s.
- MUNZER S., « Validity and Legal Conflicts », 82 *Yale L.J.* 1162 (1972-1973).
- MUSIELAK H.-J., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. Aufl., München, 2005.
- NANZ K.-P., « Zur Bestimmung des Deliktsstatuts im englischen, französischen und Italienischen internationalen Privatrecht », *VersR.*, 1981, p. 212 s.
- NAOME C., « La notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes », *Rivista di Diritto Europeo*, 1993, p. 223 s.
- NEUHAUS P.-H. / KROPHOLLER J., « Entwurf eines Gesetzes über internationales Privat- und Verfahrensrecht (IPR-Gesetz) », *RabelsZ.*, 1980, p. 326 s.
- NEUHAUS P.H., *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl., Tübingen, 1976.
- NEUHAUS P.H., note sous *in re Duke of Wellington*, *RabelsZ.*, 1949, p. 342 s.
- NEUHAUS P.H., note sous OLG Frankfurt a.M., 2 juill. 1953, *RabelsZ.*, 1954, p. 558 s.
- NEUHAUS P.H., note sous OLG Neustadt, 25 mai 1951, *JZ*, 1951, p. 646 s.
- NIBOYET J.-P., « Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi », *Rev. dr. int. pr.*, 1926, p. 1 s.
- NIBOYET J.-P., note sous Cass. (Civ.), 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé*, *Rev. dr. int. pr.*, 1934, p. 166 s. ; S. 1934.337.
- NIBOYET J.-P., note sous Cass. (Req.), 10 mai 1939, *Birchall*, S. 1942.1.73.
- NIBOYET J.-P., note sous Cass. (Req.), 7 nov. 1933, *Guez c. Ben Attar*, *Rev. dr. int. pr.*, 1934, p. 440 s.
- NIBOYET J.-P., note sous Cass., 19 juin 1939, *Labedan*, S. 1940.1.49 ; *Rev. crit.*, 1939, p. 481 s.
- NIBOYET J.-P., note sous Douai, 26 mars 1929, *Dutnall*, *Rev. dr. int. pr.*, 1931, p. 500 s.

- NIBOYET J.P., note sous Paris, 12 avr. 1929, S. 1930.2.129.
- NIBOYET J.-P., note sous Trib. civ. Belfort, 27 mai 1921, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1921, p. 37 s.
- NIEDNER A., *Das Einführungsgesetz von 18.8.1896 (Kommentar)*, 2. Aufl., Berlin, 1901.
- NIEMEYER Th., « Sind deutsche Nachlassgerichte unzuständig, wenn materiell für den Erbfall ausländisches Recht massgebend ist ? », *NiemeyersZ.*, 1903, p. 21 s.
- NIEMEYER Th., *Vorschläge u. Materialien zur Kodifikation des IPR*, Leipzig, 1895.
- NISHITANI Y., *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg, 2000.
- NIZARD M., *Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel*, th. Paris, 1968.
- NORDEMANN-SCHIFFEL A., *Deutsch-französische Produkthaftung im Spannungsfeld zwischen Vertrag und Delikt*, Heidelberg, 2000.
- NUSSBAUM A., *American-Swiss Private International Law*, 2nd ed., New York, 1958.
- NUSSBAUM A., *Deutsches internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932.
- NYGH P., « Reasonable Expectations of the Parties in Choice of Law in Contract and Tort », *Rec. cours*, 1995, t. 251, p. 269 s.
- NYGH P., « The Miraculous Raising of Lazarus: *Mc Kain v. RW. Miller & Co. (South Australia) Pty Ltd* », 22 *UWAL Rev.* 386 (1992) .
- O'REILLY K., *The British and the Costa del Sol : Transnational Identities and Local Communities*, London, 2000.
- OPEKIN B., « The Price for Forum Shopping », 16 *Syd. L. Rev.* 14 (1994).
- OPOCHER E., *Lezioni metafisiche sul diritto* (a cura di F. TODESCAN), Padova, 2005.
- ORTIZ DE LA TORRE J.A.T., « ¿ Anular por reenvío la voluntad del testador ? », *La Ley*, 2003, p. 1699 s.
- ORTIZ DE LA TORRE J.A.T., « El reenvío ante el Tribunal Supremo : historia y reapertura de la vieja polémica en el D.i.pr. español », *Actualidad Civil*, 1999, p. 1261 s.
- ORTIZ DE LA TORRE J.A.T., *Derecho internacional privado, Parte general*, 2^a ed., Madrid, 1990.
- P. J., note sous Cass. (Req.), *Guez c. Ben Attar*, 7 nov. 1933, *Clunet*, 1935, p. 88 s.
- P. J., note sous Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, *Clunet*, 1928, p. 1232 s.
- P. L., note sous Cass., 19 juin 1939, *Labadan*, D.P. 1939.1.97.
- PAGENSTECHE M., « Renvoi in the United States : A Proposal », 29 *Tul. L. Rev.* 379 (1954-1955).
- PAGENSTECHE M., *Der Grundsatz der Entscheidungseinklang im IPR*, Wiesbaden, 1951.
- PAMBOUKIS Ch., « Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et conflit de juridictions », *Rev. hell.*, 1994, p. 476 s.
- PAMBOUKIS Ch., « Droit international privé holistique : droit uniforme et droit international privé », *Rec. cours*, 2007, t. 330, p. 27 s.
- PARISOT V., *Les conflits internes de lois* (Préface P. LAGARDE), 2 voll., Paris, 2013.
- PASQUALE G., *Aristotle and the Principle of Non-Contradiction*, 2nd ed., Rome, 2006.
- PATOCCHI P.M., *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985.
- PAULSON S., « On the Status of the *lex posterior* Derogating Rule », in TUR R. / TWINING W. (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford, 1986, p. 229 s.
- PECOURT E., note sous STS, 27 mai 1968, *R.E.D.I.*, 1969, p. 342 s.
- PERDUE W., « A Reexamination of the Distinction Between 'Loss Allocating' and 'Conduct-Regulating' Rules », 60 *La. L. Rev.* 1251 (2000).
- PERELMAN Ch. (ed.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965.
- PERELMAN Ch., « Les antinomies en droit : Essai de synthèse », in PERELMAN Ch. (ed.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 392 s.
- PERELMAN Ch. (dir.), *Études de logique juridique*, Bruxelles, 1978.
- PERELMAN Ch., « Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse », in PERELMAN Ch. / FOIRIERS P. (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, 1974, p. 339 s.
- PÉREZ MILLA J., note sous STS, 21 mai 1999, *John A. Denney*, A.E.D.I.Pr., 2001, p. 1094 s.
- PÉREZ MONTERO J., *Comentario al artículo 12-2 del Código civil*, in *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. I, Madrid, 1977, p. 592 s.

- PÉREZ VOITURIEZ A., « El reenvío en el DIPr español : una interpretación actualizada », *RJNot.*, 1995, p. 257 s.
- PÉREZ-VERA E., « Un caso reciente de derecho internacional privado: la sucesión de un Argentino domiciliado en España. Nota sobre la sentencia del Tribunal supremo de 27 de mayo de 1968 », *R.E.D.I.*, 1969, p. 561 s.
- PÉROZ H., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, *Clunet*, 2010, p. 19 s.
- PÉROZ H., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, *Clunet*, 2009, p. 567 s.
- PERROUD J., note sous Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Soulié*, *Clunet*, 1910, p. 888 s.
- PHILLIMORE R., *Commentaries upon International Law*, 3rd ed., London, 1879-1889, vol. IV.
- PHILONENKO M., « L'affaire Forgo (1874-1882) », *Clunet*, 1932, p. 281 s.
- PICONE P., « Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti », in PICONE P., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 515 s.
- PICONE P., « La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia », in PICONE P., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 137 s.
- PICONE P., « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, Cours général », *Rec. cours*, 1999, t. 276, p. 9 s.
- PICONE P., « Rinvio indietro 'implicito' e coordinamento tra metodo classico e metodo giurisdizionale dei conflitti di leggi », *Riv. dir. int.*, 1998, p. 925 s.
- PICONE P., *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998.
- PICONE P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986.
- PICONE P., *Studi di diritto internazionale privato*, Napoli, 2003.
- PICONE P., « Riflessioni sulle finalità del 'rinvio' nel diritto internazionale privato contemporaneo », *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1192 s.
- PILLET A. / NIBOYET J.P., *Manuel de droit international privé*, Paris, 1924.
- PILLET A., « Contre la doctrine du renvoi », *Rev. dr. int. pr.*, 1913, p. 5 s.
- PILLET A., « Théorie continentale des conflits de lois », *Rec. cours*, 1924, t. 2, p. 447 s.
- PILLET A., note sous Cass. (Req.), 12 févr. 1895, *Lenthé*, S. 1896.1401.
- PILLET A., *Principes de droit international privé*, Paris, 1903.
- PLATENIUS A., *Grundriß des badischen Landrechts (mit Ausschluß des Obligationenrechts)*, Freiburg i.B. / Leipzig, 1896.
- POGGE Th., « Kant's Theory of Justice », *Kant-Studien*, 1988, p. 407 s. ; repr. in BYRD B. S. / HRUSCHKA J. (eds.), *Kant and the Law*, Farnham, 2006, p. 39 s.
- POLLOCK F., note sous *in re Tallmadge*, « Renvoi in New York », *L.Q.Rev.*, 1920, p. 91 s.
- PORTALIS J.-M.E., *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le XVIII^e siècle*, réimpr., Préface D'ONORIO J.-B., Paris, 2007.
- POTU É., *La question du renvoi*, Paris, 1914.
- POTU É., note sous Trib. civ. Nice, 11 nov. 1912, *Clunet*, 1914, p. 204 s.
- PRÉVAULT J., note sous TGI Seine, 21 juin 1969, *D.* 1970, p. 782 s.
- PROSSER W., *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed., St. Paul, 1971.
- PRYLES M.C., « Tort and Related Obligations in Private International Law », *Rec. cours*, 1991, t. 227, p. 9 s.
- PUIGELIER C., « Temps et création jurisprudentielle », *Arch. phil. dr.*, 2006, p. 89 s.
- QUADRI R., « Critica del c.d. problema del rinvio », *Giur. comp. d.i.p.*, 1943 ; repr. in *Studi critici di diritto internazionale privato*, Milano, 1958, vol. I, p. 355 s.
- QUADRI R., « Sulla legge applicabile alla forma dei negozi giuridici », *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1974, p. 637 s.
- QUADRI R., *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2^a ed., Napoli, 1958, 3^a ed., Napoli, 1961, 5^a ed., Napoli, 1969.
- QUADRI R., « Quelques considérations sur la contribution du professeur Wengler au progrès du droit international privé », *Festschrift W. Wengler*, Bd. II, Berlin, 1973, p. 1 s.
- QUADRI R., *Richiami al diritto canonico e diritto internazionale privato*, RDI, 1942, p. 241 s.

- QUADRI R., *Scritti giuridici*, Vol. II, *Diritto internazionale privato e processuale*, Milano 1988.
- WEINTRAUB R., *Commentary on the Conflict of Laws*, 2nd ed., St. Paul, 1980 ; 3rd ed., St. Paul, 1986.
- RAAPE L. / STURM F., *Internationales Privatrecht*, Band I, 6. Aufl., München, 1977.
- RAAPE L., « Die Rückverweisung im internationalen Schuldrecht », *NJW* 1959, p. 1013 s.
- RAAPE L., *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Berlin, 1950 ; 4. Aufl., Berlin, 1955 ; 5. Aufl., Berlin, 1961.
- RAAPE L., *Staudinger Kommentar zum BGB*, Bd. VI/2, 9. Aufl., Berlin, 1931.
- RABEL E., « Origine de la règle *impossibilium nulla obligatio* », *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 473 s.
- RABEL E., « Das Problem der Qualifikation », *RabelsZ.*, 1931, p. 241 s.
- RABEL E., « Suggestions for a Convention on Renvoi », *Int'L.Q.*, 1951, p. 402 s.
- RABEL E., *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, 2nd ed., Ann Arbor, 1958.
- RADBRUCH G., « Die Natur der Sache als juristische Denkform », *Festschrift R. Laun*, Hamburg, 1948, p. 157 s.
- RADBRUCH G., *Rechtsphilosophie*, 5. Aufl., Stuttgart, 1956 ; 6. Aufl., Stuttgart, 1963.
- RADICATI DI BROZOLO L., « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des lois d'application semi-immédiate? », *Rev. crit.*, 2003, p. 1 s.
- RAEBURN W., « The 'Open Offer' Formula and the Renvoi in Private International Law », *Brit. Y.B. Int'L*, 1948, p. 211 s.
- RAY J., *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, 1926.
- RAZ J., *The Authority of the Law*, Oxford, 1979.
- REDENTI E., *Il giudizio civile con pluralità di parti*, Milano, 1911.
- REESE W., « Choice of Law in Torts and Contracts and Direction for the Future », 16 *Col. J. Trans. L.* 1 (1977).
- REESE W., « General Course on Private International Law », *Rec. des cours*, 1976, t. 150, p. 1 s.
- REHBINDER M., *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 8. Aufl., Berlin / New York, 1995.
- REICHART P., *Der Renvoi im schweizerischen IPR – Funktion und Bedeutung*, Zürich, 1996.
- REICHERT-FACILIDES D., *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, Tübingen, 1995.
- RÉMY-CORLAY P., « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit.*, 2003, p. 37 s.
- RENAULT L., « De la Succession *ab intestat* des Étrangers en France et des Français à l'étranger », *Clunet*, 1875, p. 329 s., p. 422 s. ; 1876, p. 15 s.
- RÉVILLARD M., note sous Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero, Defrénois*, 2000, p. 1157 s. ; *Clunet*, 2001, p. 505 s..
- RHEINSTEIN M., « The Place of Wrong. A Study in the Method of Case Law », 19 *Tul. Law Rev.* 4 (1944-1945).
- RHEINSTEIN M., c.r. de GRUNDWALD-DELITZ S., *Die Lehre von der Rückverweisung im englischen und nordamerikanischen internationalen Privatrecht*, 1932, *Ann. D. Comp.*, 1937, p. 316 s.
- RIGAUX F. / FALLON M., *Droit international privé*, 2^e éd., Bruxelles, 1993 ; 3^e éd., Bruxelles, 2006.
- RIGAUX F., « La loi applicable à la forme des actes juridiques », *Liber amicorum A.F. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 381 s.
- RIGAUX F., « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *Rec. cours*, 1989, t. 213, p. 9 s.
- RIGAUX F., *Droit international privé*, Bruxelles, 1979.
- RIMMEL E., « The Place of Renvoi in Transnational Litigation – A Pragmatic Approach to an Impractical Doctrine », 19 *Holdsworth LR* 55 (1998).
- RIPERT G., *Le déclin du droit*, Paris, 1949.
- RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., Paris, 1955.
- RIVAS DE ANDRÉS R., « El reenvío de ley inglesa al sistema de legítimas del Código civil español : breve historia de una evolución doctrinal, legal y jurisprudencial », *La Notaria*, 2002, p. 33 s.

- RIVAS DE ANDRÉS R., « Aplicación de las legítimas del Código civil español a las herencias inglesas (Un consejo sobre como preparar una herencia inglesa en España a la vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002) », *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 2002, p. 2979 s.
- ROBLES G., *Rechtsregeln und Spielregeln*, Wien (etc.), 1987.
- RÖDEL V., *Fabrikarchitektur in Frankfurt am Main 1774 – 1924, die Geschichte der Industrialisierung im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., 1986.
- RODRÍGUEZ PINEAU E., note sous STS, 11 nov. 1996, *Lowenthal*, R.E.D.I., 1997, p. 264 s.
- RODRÍGUEZ PINEAU E., note sous STS, 21 mai 1999, *John A. Denney*, R.E.D.I., 1999, p. 756 s.
- ROGER B.J., « Ascertaining the statutory *lex loci delicti* : Certain Difficulties Under the Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 », *47 Int'l & Comp. L.Q.* 205 (1998).
- ROGUIN E., *Conflit de lois suisses en matière internationale et intercantonale*, Paris (etc.), 1891.
- ROHE M., *Zu den Geltungsgründen des Deliktsstatut*, Tübingen, 1994.
- ROMANO G.P., « La bilatéralité éclipsée par l'autorité – Développements récents en matière d'états des personnes », *Rev. crit.*, 2006, p. 456 s.
- ROMANO G.P., « Quelques remarques sur le conflit international de statuts familiaux », in *La reconnaissance des situations en droit international privé*, P. LAGARDE (dir.), Paris, 2013, p. 185 s.
- ROMANO G.P., *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, Zürich, 2014.
- ROMANO G.P., « Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I / Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE », in E. CASHIN RITAINE / A. BONOMI / G.P. ROMANO, *La Convention de Lugano : passé, présent et devenir*, Zurich, 2007, p. 165 s.
- ROMANO G.P., « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », *Festschrift I. Schwander*, Saint-Gall, 2011, p. 613 s., *Clunet*, 2012, p. 67.
- ROOSEVELT K., « Resolving Renvoi : the Bewitchment of Our Intelligence by Means of Language », *80 Notre Dame L. Rev.* 1821 (2004-2005).
- ROSENBERG L. / SCHWAB K.H. / GOTTWALD P., *Zivilprozessrecht*, 15. Aufl., München, 1993.
- ROSS A., *Directives and Norms*, London, 1968.
- ROSS A., *On Law and Justice*, London, 1958.
- ROUBIER P., « Délimitation et intérêt pratique des droits subjectifs », *Arch. phil. dr.*, 1964, p. 83 s.
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1951 ; réimpr. Paris, 2005, Préface DE-ROUSSIN D.
- ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, 1951 ; réimpr. Paris, 2005, Préface DEROUSSIN D.
- ROUBIER P., *Le droit transitoire (Conflit de lois dans le temps)*, 2^e éd., Paris, 1960.
- RÜMELIN M., *Die Rechtssicherheit*, Tübingen, 1924.
- RUSSELL B., *Problems of philosophy*, Oxford, 1959.
- SAINZ LÓPEZ NEGRET M., « Problemas de reenvío en la sucesión de inmuebles de extranjeros en España », *Boletín Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1993, p. 879 s.
- SALMON J.-A., « Les antinomies en droit international public », in PERELMAN Ch. (ed.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 285 s.
- SÁNCHEZ LORENZO S., note sous SAP Alicante, 19 nov. 1991, *R.E.D.I.*, 1992, 2, p. 498 s.,
- SÁNCHEZ LORENZO S., note sous STS, 23 févr. 2002, « Ambito del reenvío en la determinación de la ley aplicable a la sucesión hereditaria », *A.E.D.I.Pr.*, 2004, p. 1144 s.
- SANTIAGO NINO C., « Some Confusions surrounding Kelsen's Concept of Validity », *ARSP*, 1978, p. 357 s.
- SARAVALLE A., *Responsabilità del produttore e diritto internazionale privato*, Padova, 1991.
- SAUVEPLANE J.G., « Renvoi », *Int. Enc. Comp. L.* (vol. III : Private international law), Tübingen, 1991.
- SAVATIER R., note sous Cass (1^e Ch. civ.), 8 déc. 1953, *J.C.P.* 54.II.8080.
- SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin, 1849.
- SCARPELLI U., *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Memorie dell'Accademia delle scienze di Torino, 1959, p. 126 s.

- SCHAMBECK H., *Der Begriff der « Natur der Sache »*, Wien, 1964.
- SCHERER M., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 janv. 2005, *Rev. crit.*, 2006, p. 85.
- SCHMIDT K., *Die Sinnklausele der Rück- und Weiterverweisung im internationalen Privatrecht nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB*, Frankfurt a.M. (etc.), 1998.
- SCHNITZER A., « Der Renvoi », *SchwJZ*, 1973, p. 213 s.
- SCHNITZER A., *Handbuch des internationalen Privatrechts*, 4. Aufl., Basel, 1957, Band I.
- SCHNOOR Ch., *Kants Kategorischer Imperativ als Kriterium der Richtigkeit des Handelns*, Tübingen, 1989.
- SCHÖNBERGER Th., *Das Tatortprinzip und seine Auflockerung im deutschen internationalen Deliktsrecht*, München, 1990.
- SCHREIBER E.O., « The Doctrine of the Renvoi in Anglo-American Law », 31 *Harv. L. Rev.* 523 (1917-1918).
- SCHURIG K., « Die sogenannte akzessorische Anknüpfung und das Renvoiproblem », *Festschrift A. Heldrich*, München, 2005, p. 1021 s.
- SCHURIG K., *Kollisionsnorm und Sachrecht*, Berlin, 1981.
- SCHWANDER I., « Einige Gedanken zum Renvoi », *Liber amicorum A. Schnitzer*, Genève, 1979, p. 411 s.
- SCHWANDER I., « Lois d'application immédiate », *Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1975.
- SCHWANDER I., « Methodische Defizite des IPR-Kollisionsrecht-wie weiter? », *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 389 s.
- SCHWANDER, « Tentativo di determinare nel diritto internazionale privato e nella procedura civile internazionale un punto di vista fisso al di là della disciplina del foro », *Studi G. Brogini*, Milano, 1997, p. 497 s.
- SCHWANDER I., « Subjektivismus in der Anknüpfung im internationalen Privatrecht », *Études P. Lalive*, Genève, 1993, p. 181 s.
- SCHWANDER I., *Internationales Privatrecht*, Band I – Allgemeiner Teil, 2. Aufl., St. Gallen, 1990 ; 3. Aufl., St. Gallen, 2000.
- SCHWARTZ I., « Massgebliches örtliches materielles Recht in Bezug auf die in Ungarn abzuhandelnden Verlassenschaften von Ausländern », *NiemeyersZ.*, 1920, p. 355 s.
- SCHWIMANN M., *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl, Wien, 1999.
- SEIDELSON D.E., « The Americanization of Renvoi », 7 *Duq. L. Rev.* 201 (1968-1969).
- SEWELL J.T., *An Outline of French law as affecting British subjects*, London, 1897.
- SHAPIRA A., « 'Grasp all, lose all' : On Restraint and Moderation in the Reformulation of Choice of Law Policy », 77 *Colum. L. R.* 248 (1977).
- SIEGHÖRTNER R., *Internationales Strassenverkehrsfallrechts*, Tübingen, 2005.
- SIEHR K., « Coordination of Legal Systems in Private International Law », *Essays P. Nygh*, The Hague (etc.), 2004, p. 325 s.
- SIEHR K., « Die Beerbung von Schweizer Bürgern mit letztem Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland », *Mélanges P. Piolet*, Bern, 1990, p. 531 s.
- SIEHR K., « Engste Verbindung und Renvoi », *Festschrift H.J. Sonnenberger*, München, 2004, p. 667 s.
- SIEHR K., « Güterrechts- und Erbstatut im deutsch-schweizerischen Rechtsverkehr – Zur Theorie der rechtsfortbindenden internationalen Koordination von IPR-Systemen », *Festschrift R.A. Schütze*, München, 2002, p. 1097 s.
- SIEHR K., « Konfliktvermeidung im Internationalen Privatrecht », in SCHWIND F. (Hrsg.), *Österreichische Stellung heute in Europarecht, IPR und Rechtsvergleichung*, Wien, 1989, p. 121 s.
- SIEHR K., « Rechtsangleichung im IPR durch nationale Kodifikationen », *Festschrift A. von Overbeck*, Fribourg, 1990, p. 205 s.
- SIEHR K., « Renvoi : A Necessary Evil or Is It Possible to Abolish it by Statute », *Foundations and Perspectives of Internationale Trade Law* (ed. I. FLETCHER et al.), London, 2001, p. 193 s.
- SIEHR K., « Renvoi und wohlverworbene Rechte », *Festschrift A. Heini*, Zürich, 1995, p. 407 s.

- SILANCE L., « Quelques exemples d'antinomies et essai de classement », in PERELMAN Ch. (éd.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 63 s.
- SILZ E., note sous Cass. (civ.), 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé*, D.P. 1934.I.1333.
- SIMÓ SANTONJA V.L., « Normas de Derecho civil internacional sobre donaciones y sucesiones », *Estudios sobre el Título preliminar del Código civil*, Madrid, 1977, vol. II, p. 17 s.
- SIMÓ SANTONJA V.L., *Derecho sucesorio comparado*, Madrid, 1968.
- SIMON-DEPITRE M. / FOYER J., « La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé », *JCP* 1973.I.2566.
- SIMONS W., « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Allemagne », *Rec. cours*, 1926, t. 15, p. 433 s.
- SINDRES D., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, *Gaz. Pal.*, 2009, p. 14 s.
- THILO W., *Französisches Gesetzbuch erläutert aus Urtheilen der französischen Gerichtshöfe, Gesetzen und anderen Quellen*, Karlsruhe, 1838.
- SMITH CL., « Torts and the Conflict of Laws », 20 *Mod. L. Rev.* 447 (1957).
- SOHN L.B., « New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems », 55 *Harv. L. R.* 978 (1941-1942).
- SOIRAT F., *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, th. Paris I, 1995.
- SOLES A.F. / RHEINSTEIN M., « Conflict Avoidance in Succession Planning », 21 *Law & Contemp. Probs* 499 (1956).
- SONNENBERGER H.-J., « Der Persönlichkeitsrechtsschutz nach den Art. 40 bis 42 EGBGB », *Festschrift D. Henrich*, München, 2000, p. 575 s.
- SONNENBERGER H.-J., « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *Rev. crit.*, 1987, p. 13 s.
- SONNENTAG M., *Der Renvoi im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2001.
- SPERDUTI G., *Evoluzione storica e diritto internazionale privato*, Padova, 1970.
- SPICKHOFF A., « Die Restkodifikation des Internationalen Privatrechts : Ausservertragliches Schuld- und Sachenrecht », *NJW*, 1999, p. 2209 s.
- STAMMLER R., *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle a. S., 1911.
- STAUDINGER D., « Das Gesetz zum Internationalen Privatrecht für ausservertraglichen Schulverhältnisse und für Sachen vom 21.5.1999 », *DB*, 1999, p. 1589 s.
- STEVENS J., « Dark side of sunny Spain for Britain's elderly Expatriates - Doctors are refusing to treat English patients without an interpreter », *The Observer*, Sunday 9 July 2006.
- STOJANOVIC S., *Die Parteiautonomie und der internationale Entscheidungseinklang unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Ehegüterrechts*, Zürich, 1983.
- STUCKLIN M., « Quantifying British Property Ownership in Spain (2004) », in www.spanishpropertyinsight.com.
- STURM F. / STURM G., « Der renvoi im Namensrecht », *Festschrift E. Jayme*, München, 2004, p. 921 s.
- STURM F., « Fakultatives Kollisionsrecht : Notwendigkeit und Grenzen », *Festschrift K. Zweigert*, Tübingen, 1981, p. 349 s.
- STURM F., « Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht », *Festschrift E. Wolf*, Köln (etc.), 1985, p. 636 s.
- STURM F., « Zur Gleichberechtigung im deutschen internationalen Privatrecht », *Festschrift zum 50jährigen Jubiläum des Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht an der Universität Heidelberg*, Heidelberg, 1967.
- SÜDAS I. / MUTLUER M., « Immigration européenne de retraités vers la 'Riviera Turque' : le cas d'Alanya », *Revue européenne des migrations internationales*, 2006, p. 203 s.
- SUK K.H., « The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea », *Yearbook P.I.L.*, 2003, p. 99 s.
- SÜSS R., « Nachlassenschaft und gespaltene Rückverweisung : Die Entscheidung des spanischen Tribunal Supremo vom 21. Mai 1999 », *IPRax.*, 2001, p. 488 s.

- SYMEONIDES S., « The American Choice-of-Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow », *Rec. cours*, 2002, t. 298, p. 9 s.
- SYMEONIDES S., « Choice of Law in the American Courts in 2005 : Nineteenth Annual Survey », *Am. J. Comp. L.*, 2005, p. 559 s.
- SYMEONIDES S., « Choice of Law in the American Courts in 2006 : Twentieth Annual Survey », *Am. J. Comp. L.*, 2006, p. 697 s.
- SYMEONIDES S., « Problems and Dilemmas in Codifying Choice of Law for Torts : The Louisiana Experience in a Comparative Perspective », *Am. J. Comp. L.*, 1990, p. 398 s.
- TAMMELO I., « On the Logical Openness of Legal Orders », *Am. J. Comp. L.*, 1959, p. 187 s.
- TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980.
- TEBALDESCHI I., « Validità normativa e logica giuridica », in TAMMELO I. / TEBALDESCHI I., *Studi di logica giuridica*, Milano, 1976, p. 59 s.
- TERRÉ F. / SIMLER Ph. / LEQUETTE Y., *Droit civil – Les obligations*, 8^e éd., Paris, 2002.
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, Paris, 1991 ; 9^e éd., Paris, 2012.
- THOMAS DE MAURICE E., « El heredero inglés. El proceso sucesorio y inglés y los problemas de las normas de conflicto de la ley inglés », *Boletín Ilustre Colegio Notarial de Granada*, 1993, p. 2651 s.
- TILBURY M. / DAVIS G. / OPESKIN B., *Conflict of Laws in Australia*, 2nd ed., Oxford, 2002.
- TIMME M., note sous OLG Frankfurt a.M. 24.6.1999, « Zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Strassenverkehrsunfällen », *NJW*, 2000, p. 3258 s.
- TONOLO S., *Il rinvio di qualificazione nei conflitti di leggi*, Milano, 2003.
- TRAEST M., note sous Cass. (Belgique), 17 oct. 2002, *Echtscheidingsjournaal*, 2003, p. 2 s.
- TREBILCOCK M.J., « Incentive Issues in the Design of 'No-Fault' Compensation Systems », 39 *U. Toronto L. J.* 19 (1989).
- TRENK-HINTERBERGER P., « Haftung für Straßenverkehrsunfälle », in STURM F. (Hrsg.), *Wahlfach Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung : Einführung mit Examinatorium*, Heidelberg, 1982, p. 75 s.
- TREVES T., *Il controllo dei cambi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1967.
- TREVES T., « Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 », in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti* (a cura di TREVES T.), Padova, 1983, p. 25 s.
- TRÍAS DE BES J.M., « Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne », *Rec. cours*, 1930, t. 31, p. 623 s.
- TRÍAS DE BES J.M., *Derecho internacional privado. Sistema del Derecho español positivo*, Barcelona, 1932 ; 2^a ed., Barcelona, 1940.
- TRÍAS DE BES J.M., *Estudios de Derecho internacional privado*, Barcelona, 1921.
- TRÍAS Y GIRÓ J.D., « La solución de retorno (Renvoi) ante los Tribunales de España », *Rev. jur. Catalunya*, 1901, p. 173 s. ; trad. F. Lepelletier, « De la théorie du renvoi devant les tribunaux espagnols », *Clunet*, 1901, p. 905 s.
- TRUTMANN V., *Das internationale Privatrecht der Deliktobligationen*, Basel, 1973.
- TUNC A., « La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile », *Mélanges T.J. Dorhout Mees*, Deventer, 1974, p. 143 s.
- TUNC A., *La responsabilité civile*, Paris, 1980.
- VAN COMPERNOLLE J., *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, 1972.
- VAN DER ELST R., « Antinomies en droit international privé », in PERELMAN Ch. (ed.), *Antinomies en droit*, Bruxelles, 1965, p. 137 s.
- VAN HOUTTE H., « Kroniek van het internationaal privaatrecht (1989-1995) », *R.W.*, 1996-1997, p. 273 s.
- VASSILAKAKIS E., « La professio iuris dans les successions internationales », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 803 s.
- VENTURI P., « Sul c.d. rinvio in favorem nel sistema italiano di diritto internazionale privato », *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1999, p. 524 s.

- VERLINDEN J., note sous Anvers, 27 oct. 1999, *Rev. gén. dr. civ.*, 2002, p. 629 s.
- VERPLAETSE J.G., *Derecho internacional privado*, Madrid, 1954.
- VERWILGHEN M., « Le renouveau de l'adoption internationale », in VERWILGHEN M. / DE VAL-KEENER R., *Relations familiales internationales*, Bruxelles, 1993, p. 135 s.
- VIARENGO I., *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali fra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996.
- VIGNAL Th., *Droit international privé*, Paris, 2005.
- VIGNAL Th., *La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, th. Paris II, 1993.
- VIGNAL Th., note sous Cass. (1^e Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, JCP 2000.II.10443.
- VILLEY M., « Historique de la nature des choses », *Arch. phil. dr.*, 1965, p. 267 s.
- VINEY G., « Le déclin de la responsabilité civile individuelle », Paris, 1965.
- VIRALLY M., *La pensée juridique*, Paris, 1960.
- VIRGÓS SORIANO M. / RODRIGUEZ PINEAU E., « Succession law and renvoi : the Spanish solution », *Festschrift E. Jayme*, München, 2004, p. 977 s.
- VIRGÓS SORIANO M., « Derecho de sucesiones y reenvío : la respuesta del sistema español », *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 2004, p. 181 s.
- VISCHER F. / VON PLANTA A., *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., Basel / Frankfurt a.M., 1982.
- VISCHER F., « Das Deliktsrecht des IPR-Gesetzes unter besonderer Berücksichtigung der Regelung der Produkthaftung », *Festschrift R. Moser*, Zürich, 1987.
- VISCHER F., « Das Problem der Kodifikation des schweizerischen internationalen Privatrechts », *Rev. dr. suisse*, 1971, p. 71 s.
- VISCHER F., « Die erbrechtliche *professio iuris* und der schweizerisch-amerikanische Staatsvertrag von 1850 », *ASDI / SJIR*, 1965, p. 49 s.
- VISCHER F., « Die Kritik an der herrkömmlichen Methode des internationalen Privatrechts », *Festschrift O.A. Germann*, Bern, 1969, p. 287 s.
- VISCHER F., « La loi fédérale de droit international privé – Introduction générale », in DESSE-MONTET F. (dir.), *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, 1988, p. 11 s.
- VISCHER F., « The Antagonism between Legal Security and the Search for Justice in the Field of Contracts », *Rec. cours*, 1974, t. 142, p. 1 s.
- VISCHER F., *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962.
- VITTA E., « Il principio di eguaglianza nel diritto internazionale privato », *Riv. tr. dir. pr. civ.*, 1964, p. 1578 s.
- VON ARNAULD A., *Rechtssicherheit*, Tübingen, 2006.
- VON BAR Ch., *Internationales Privatrecht*, Band I, München, 1987.
- VON BAR Ch., note sous BGH 13.3.1984, JZ, 1984, p. 671 s.
- VON BAR L., « Die Rückverweisung im internationalen Privatrecht », *BöhmsZ*, 1897, p. 177 s.
- VON BAR L., *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl., Hannover, 1889.
- VON BÜLOW O., *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, Giessen, 1868.
- VON CAMMAERER E. (Hrsg.), *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen, 1983.
- VON HEIN J., « Rück- und Weiterverweisung im neuen deutschen Internationalen Deliktsrecht », *ZVglRWiss.*, 2000, p. 251 s.
- VON HEIN J., *Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Deliktsrecht*, Tübingen, 1999.
- VON HOFFMAN B., « Internationales Haftungsrecht im Referententwurf des Bundesjustizministeriums vom 1.12.1993 », *IPRax.*, 1996, p. 1 s.
- VON HOFFMAN B., *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., München, 2002.
- VON HOFFMANN B. / ORTIZ-ARCE A., « Das neue spanische Internationale Privatrecht », *RabelsZ.*, 1975, p. 647 s.
- VON HOLZSCHUHER R., *Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts*, Band I, 3. Aufl., Leipzig, 1863.
- VON MEHREN A. T., « The Renvoi and Its Relation to Various Approaches to the Choice-of-Law Problem », *Essays H.E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 380 s.

- VON MEHREN A. T., « Special Substantive Rules for Multistate Problems : Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology », 88 *Harv. L. Rev.* 347 (1974-1975).
- VON OVERBECK A., « American-Swiss Succession: The Meaning of Art. VI of the 1850 Treaty », *Am. J. Comp. L.*, 1970, p. 595 s.
- VON OVERBECK A., « L'article 8 du projet néerlandais et la clause d'exception », *N.I.P.R.*, 1994 (num. spécial), p. 36 s.
- VON OVERBECK A., « L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé », *Hommage F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 619 s.
- VON OVERBECK A., « La théorie des 'règles de conflit facultatives' et l'autonomie de la volonté », *Festschrift F. Vischer*, Zürich, 1983, p. 257 s.
- VON OVERBECK A., « Les questions générales du droit international privé à lumière des codifications et des projets récents », *Rec. cours*, 1982, t. 176, p. 9 s.
- VON OVERBECK A.E., « La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé », *Liber amicorum Baron L. Frédéricq*, Gand, 1965, p. 108 s.
- VON SAVIGNY F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, Band VIII, Berlin, 1849.
- VON WRIGHT G.H., *Norm and Action - A Logical Enquiry*, London, 1963.
- WAGNER A., note sous Paris, 17 févr. 1910, *D.P.* 1910.2.145.
- WAGNER E., *Statutenwechsel und dépeçage im internationalen Deliktsrecht*, Heidelberg, 1988.
- WALKER J.E.K., *The History of Black Business in America, Capitalism, Race and Entrepreneurship*, New York, 1998 ; 2nd ed., 2009.
- WARNES M.A. / KING R. / WILLIAMS A.M. / PATTERSON G., « The Well-Being of Expatriates Retirees in Southern Europe », *Ageing and Society*, 1999, p. 717 s.
- WATTE N. / BARBE C., « Le nouveau droit international privé belge - Étude critique des fondements des règles de conflit de lois », *Clunet*, 2006, p. 851 s.
- WAUTELET P., « Le Code de droit international privé ou l'avènement d'un droit international privé 'flexible' », *Rev. fac. dr. Univ. Liège*, 2006, p. 348 s.
- WEICK G., « Das Tatortprinzip und seine Einschränkung bei internationalen Verkehrsunfällen », *NJW*, 1984, p. 1993 s.
- WEINBERGER O., *Rechtslogik*, Wien / New York, 1970.
- WEISS A., *Traité Élémentaire de Droit international privé*, Paris, 1886.
- WENGLER W., « Die Funktion der richterlichen Entscheidung über das internationale Rechtsverhältnisse », *RabelsZ.*, 1951, p. 1 s.
- WENGLER W., « Die Gegenseitigkeit von Rechtslagen im internationalen Privatrecht », *Festschrift H. Hirsch*, Berlin, 1968, p. 211 s.
- WENGLER W., « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *RabelsZ.*, 1934, p. 191 s.
- WENGLER W., « General Principles of Private International Law », *Rec. cours*, 1961, t. 104, p. 273 s.
- WENGLER W., « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit.*, 1990, p. 657 s.
- WENGLER W., « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. crit.*, 1963, p. 203 s., p. 503 s.
- WENGLER W., *Internationales Privatrecht*, 2. voll., Berlin, 1980.
- WENGLER W., note sous *re Schneider's Estate*, *NJW*, 1951, p. 300 s.
- WESTLAKE J., *A Treatise on Private International Law*, 4th ed., London, 1905.
- WIEACKER F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen, 1967.
- WIEDEMANN H., « Rechtssicherheit - ein absoluter Wert? », *Festschrift K. Larenz*, München, 1973, p. 199 s.
- WIEDERKEHR G., note sous Paris (1^{er} Ch.), 1^{er} juin 1978, *Rev. crit.*, 1979, p. 763 s.
- WIENBERG C., *Die Produkthaftung im deutschen und US-amerikanischen Kollisionsrecht*, Pfaffenweiler, 1993.
- WIETHÖLTER R., *Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts*, Berlin, 1956.

- WILDE Ch., *Der Verkehrsunfall im internationalen Privatrecht*, Hamburg, 1969.
- WILLIAMS A. / HALL M., « Tourism and Migration : New Relationship between Production and Consumption », *Tourism Geographies*, 2000, p. 5 s.
- WILSON S. / CHRISTOVICH M.L. / TOLEDANO R., *New Orleans, Faubourg Tremé and the Bayou Road*, New Orleans, 1980.
- WILTSHIRE E., « Renvoi : The Eternal Conflict - England and Spain », 23 *Int'l Legal Prac.* 48 (1998).
- WOLFF M., *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 2. Aufl., Berlin, 1949 ; 3. Aufl., Berlin, 1954.
- WOLFF M., *Private International Law*, Oxford, 1945.
- WROBLEWSKI J., « Systems of Norms and Legal System », *Riv. int. fil. dir.*, 1972, p. 224 s.
- YEZERSKI R., « Renvoi Rejected ? The Meaning of the 'lex loci delicti' after Zhang », 26 *Sydney L. R.* 273 (2004).
- ZACHARIÄ K.S., *Handbuch des französischen Civilrechts*, 5. Aufl., Heidelberg, 1853 ; 8. Aufl., Freiburg, 1894.
- ZHANG M., « International Civil Litigation in China: A Practical Analysis of the Chinese Judicial System », 25 *Boston College International & Comparative Law Review* 59 (2002).
- ZITELMANN E., *Internationales Privatrecht*, Band I, Leipzig, 1897.
- ZWEIGERT K., « Die dritte Schule im internationalen Privatrecht », *Festschrift L. Raape*, Hamburg, 1948, p. 35 s.
- ZWEIGERT K., note sous *in re Schneider's Estate*, *RabelsZ.*, 1951, p. 620 s.

Décisions citées

Allemagne

- OAG Lübeck, 21 mars 1861, *Krebs Gebr. c. Rosalino Wwe, Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen*, t. VI, p. 22 ; *Seuffert's Arch. für Ent. Obersten Gerichte*, 1861, n° 107, p. 164.
- RG, 16 oct. 1885, *Bad. Ann.*, 1885, p. 373.
- RG, 31 mai 1889, *RGZ*, t. 24, p. 326.
- RG, 22 sept. 1891, *Max von Fabrice Eheleute c. Baron R. von Staël-Holstein in Neu-Angen*, *BöhmsZ.*, 1892, p. 288.
- RG, 4 févr. 1892, *Radefeld c. Rümmler*, *BöhmsZ.*, 1892, p. 469 ; *Jur. Woch.*, 1892, p. 170.
- RG, 24 avr. 1894, *BöhmsZ.*, 1895, p. 58 ; *Zeitschr. für französisches Civilrecht*, 1894, p. 437.
- RG, 15 févr. 1906, *NiemeyersZ.*, 1907, p. 298 ; *Jur. Woch.*, 1906, p. 219 ; *Recht*, 1906, n° 1503.
- RG, 30 nov. 1906, *NiemeyersZ.*, 1908, p. 166.
- RG, 11 oct. 1910, *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1911, n° 1, col. 91 et 92, *Das Recht*, 1910, n° 4210.
- RG, 27 nov. 1911, *Entsch. RG*, 1911, p. 48 ; *NiemeyersZ.*, 1913, p. 344 ; *Rev. dr. int. pr.*, 1912, p. 424.
- RG, 15 févr. 1912, *Jur. Woch.*, 1912, p. 397.
- RG, 13 déc. 1912, *Jur. Woch.*, 1913, p. 333, n. 19 ; *Rev. dr. int. pr.*, 1914, p. 464.
- RG, 8 nov. 1917, *Entsch. RG*, t. 91, 1918, p. 139, *Jur. Woch.*, 1918, p. 173.
- RG, 16 mai 1925, *Recht*, 1925, n° 1274.
- BGH, 5 juin 1957, *BGHZ* 24, 352 ; *IPRspr.*, 1956/1957, p. 469 ; *NJW*, 1957, p. 10 ; *MDR*, 1957, p. 733, note J. Thieme ; *FamRZ.*, 1957, p. 314 ; *RIW*, 1957, p. 148 ; *WM IV B* 1957, p. 11 ; *ZMR* 1957, p. 353.
- BGH, 23 avr. 1964, *NJW*, 1964, p. 2012.
- BGH, 2 mai 1966, *BGHZ* 45, 351 ; *NJW*, 1966, p. 2270 ; *IPRspr.*, 1966-1967, n° 3 ; *AWD*, 1966, p. 331 ; *DB*, 1966, p. 1353.
- BGH, 23 nov. 1971, *BGHZ* 57, 265.
- BGH, 6 nov. 1973, *NJW*, 1974, p. 410.
- BGH, 4 mai 1976, *WM*, 1976, p. 792.
- BGH, 5 oct. 1976, *JZ*, 1977, p. 99 ; *NJW*, 1977, p. 496 ; *IPRspr.*, 1976, n° 17.
- BGH, 17 mars 1981, *NJW*, 1981, p. 1606.
- BGH, 20 avr. 1982, *BVerGE*, 60, 253.
- BGH, 8 mars 1983, *NJW*, 1983, 1972, p. 1973 ; *RiW/AWD*, 1983, p. 456 ; *VersR.*, 1983, p. 556 ; *IPRax.*, 1984, p. 30.
- BGH, 13 mars 1984, *BGHZ* 90, 294 ; *NJW*, 1984, p. 2032 ; *RIW/AWD*, 1984, p. 563 ; *IPRspr.*, 1984, n° 29 ; *IPRax.*, 1985, p. 104, note W. Lorenz ; *JZ*, 1984, p. 669, note Ch. Von Bar ; *VersR.*, 1984, p. 542 ; *JR*, 1985, p. 21, note G. Hohloch ; *DAR*, 1984, p. 287.
- BGH, 7 juill. 1992, *NJW*, 1992, p. 3091 ; *VersR.*, 1992, p. 1237 ; *MDR*, 1992, p. 1031.
- BGH, 10 mai 2000, *BGHZ* 144, 251 ; *NJW*, 2000, p. 2421 ; *IPRax.*, 2002, p. 40 ; *MDR*, 2000, p. 887 ; *VIZ*, 2000, p. 470 ; *ZfIR*, 2000, p. 628-629 ; *WM*, 2000, p. 1755-1757 ; *ZOV*, 2000, p. 320 ; *NotBZ*, 2000, p. 337 ; *NJ*, 2000, p. 546 ; *JR*, 2001, p. 234.
- OLG Karlsruhe, 14/28 janv. 1885, *Bad. Ann.*, 1885, p. 374.
- OLG Darmstadt, 14 juill. 1887, *Entsch. RG*, 1888, p. 351, *Clunet*, 1890, p. 335.
- OLG Karlsruhe, 23 oct. 1897, *Zeitschr. für französisches Civilrecht*, 1898, p. 432 ; *NiemeyersZ.*, 1899, p. 134.
- OLG Colmar, 24 déc. 1902, *Els. Loth. Not. Z.*, 1903, p. 41 ; *Zeitschrift für französisches Civilrecht*, 1903, p. 381 ; *Clunet*, 1905, p. 1060.
- OLG Colmar, 1^{er} juin 1904, *Els. Loth. Not. Z.*, 1904, p. 277.

- OLG Köln, 27 août 1907, *Zeitschrift für das Notariat*, 1907, p. 222.
- OLG Colmar, 29 nov. 1907, *NiemeyersZ.*, 1908, p. 190.
- OLG Colmar, 14 juill. 1910, *NiemeyersZ.*, 1910, p. 411 ; *Clunet*, 1911, p. 1278 ; S. 1912.4.15.
- BayObLG, 31 mars 1913, *BayObLG Entsch.*, 1913, p. 201.
- KG, 7 déc. 1916, *Jur. Woch.*, 1916, p. 1593, note D.S.
- KG, 22 mars 1922, *Jur. Woch.*, 1922, p. 1130, note P. Klein.
- KG, 2 juill. 1925, *Jur. Woch.*, 1925, p. 2142.
- BayObLG, 16 oct. 1925, *BayObLG Entsch.*, 1925, p. 270.
- OLG Hamburg, 19 févr. 1932, *IPRspr.*, 1932, n° 59.
- OLG Freiburg, 26 oct. 1950, *JZ*, 1951, p. 223 ; *IPRspr.*, 1950-1951, n° 23.
- OLG Hamburg, 6 mai 1955, *MDR*, 1955, p. 615.
- OLG Saarbrücken, 22 oct. 1957, *NJW*, 1958, p. 752, note K. Boisserée ; *NJW*, 1958, p. 1239 ; *IPRspr.*, 1956-1957, n° 42 ; *RiW/AWD*, 1958, p. 158.
- OLG Saarbrücken, 5 mars 1963, *IPRspr.*, 1962/1963, n° 38, p. 95.
- BayObLG, 15 déc. 1972, *BayObLGZ.*, 1972, p. 383 ; *IPRspr.*, 1972, n° 128.
- OLG Hamm, 18 avr. 1978, *IPRspr.*, 1978, n° 22.
- OLG Karlsruhe, 7 déc. 1978, *IPRspr.*, 1978, n° 29.
- OLG Hamm, 29 mai 1979, *VersR.*, 1979, p. 926.
- OLG Köln, 4 févr. 1980, *NJW*, 1980, p. 2646 ; *IPRspr.*, 1980, n° 33.
- KG, 5 mai 1980, *IPRspr.*, 1980, n° 37.
- OLG Munich, 10 déc. 1982, *IPRspr.*, 1983, n° 29 ; *VersR.*, 1984, p. 745, note H.-P. Mansel.
- BayObLG, 5 mai 1988, *FamRZ.*, 1988, p. 1100.
- OLG Karlsruhe, 29 juin 1989, *Zff*, 1989, p. 560 ; *Justiz*, 1989, p. 481 ; *NJW*, 1990, p. 1420 ; *IPRax.*, 1990, p. 407, note K. Schurig ; *IPRspr.*, 1989, p. 357.
- OLG Köln, 24 févr. 1992, *IPRax.*, 1994, p. 376.
- OLG Zweibrücken, 11 mai 1994, *Rpfleger*, 1994, p. 466 ; *IPRspr.*, 1994, p. 271.
- OLG Frankfurt a.M., 24 juin 1999, *NJW*, 2000, p. 1202, note M. Timme ; *NJW*, 2000, p. 3248.
- BayObLG, 12 déc. 2000, *NJW-RR*, 2001, p. 297 ; *FamRZ.*, 2001, p. 1101 ; *ZEV*, 2001, p. 487 ; *IPRspr.*, 2000, p. 209.
- OLG München, 3 août 2001, *BayObLGZ.*, 2001, p. 203 ; *Rpfleger*, 2001, p. 597 ; *FamRZ.*, 2002, p. 274 ; *ZEV*, 2001, p. 483 ; *IPRspr.*, 2001, p. 232.
- OLG Stuttgart, 16 oct. 2002, *FamRZ.*, 2003, p. 1669 ; *IPRspr.*, 2002, n°83.
- OLG Karlsruhe, 17 juin 2004, *VersR.*, 2004, p. 1551, note M. Dumbs ; *IPRspr.*, 2004, n° 33.
- OLG Düsseldorf, 9 nov. 2004, *FamRBint.*, 2005, p. 51, note Z. Turan-Schnieders.
- OLG Stuttgart, 22 nov. 2004, *FamRZ.*, 2005, p. 913.
- OLG Stuttgart, 4 mars 2005, *FamRZ.*, 2005, p. 1676.
- OLG Nürnberg, 25 avr. 2005, *FamRBint.*, 2006, p. 6, note F. Klinkhammer.
- LG Strasbourg, 13 juin 1892, *Zeitschr. für französisches Zivilrecht*, 1892, p. 689.
- LG Colmar, 16 déc. 1905, *Els. Loth. Not. Z.*, 1906, p. 321.
- LG Saarbrücken, 4 juill. 1961, *Jbl Saar*, 1963, p. 80 ; *IPRspr.*, 1960-1961, n° 38.
- AG Ulm, 19 sept. 1974, *IPRspr.*, 1974, n° 22.
- LG Frankfurt, 23 avr. 1975, *IPRspr.*, 1975, n° 20.
- LG Köln, 23 mars 1977, *IPRspr.*, 1977, n° 26.
- LG Berlin, 31 janv. 1979, *IPRspr.*, 1979, n° 21.
- LG Schweinfurt, 25 oct. 1979, *MDR*, 1981, p. 583, *IPRax.*, 1981, p. 26, *IPRspr.*, 1979, n° 23, p. 94.
- LG Nürnberg-Fürth, 31 janv. 1980, *IPRspr.*, 1980, n° 32 ; *VersR.*, 1980, p. 855, note H. Dörner.
- LG München, 3 août 1982, *IPRspr.*, 1982, n° 29 ; *VersR.*, 1983, p. 645 ; *IPRax.*, 1983, p. 244.
- LG Heidelberg, 4 déc. 1990, *IPRspr.*, 1991, n° 52 ; *IPRax.*, 1992, p. 96.
- LG Kempten, 8 août 2002, *IPRax.*, 2004, p. 530, note H. Dörner ; *IPRspr.*, 2002, n° 118 ; *NJW-RR*, 2002, p. 1588 ; *ZEV*, 2003, p. 165 ; c.r. de G. Hohloch, *JuS*, 2003, p. 298.

Argentine

Trib. Buenos Aires, 27 juill. 1911, *La Prensa*, 29 juill. 1911 ; *Clunet*, 1913, p. 901.

Australie

Koop v. Bebb (1951) 84 CLRE 629.
Byrnes v. Groote Eylandts Mining Co. Pty Ltd. (1990) 19 NSWLR 13.
in the Estate of Webb (1991) 161 LSJS 62.
McKain v RW Miller & Co (SA) Pty Ltd (1991) 174 CLR 1.
Tolofson (1994) 3 SCR 1022.
Pfeiffer (2000) 172 ALR 625.
John Pfeiffer Pty Ltd. v. Rogerson (2002) 203 CLR 503 ; 172 ALR 625.
Régie Nationale des Usines Renault SA v. Zhang (2002) 210 CLR 491 ; 187 ALR 1.
Neilson v. Overseas Projects Corporation of Victoria (2002) WASC 231.
Mercantile Mutual Insurance (Australia) Ltd v. Neilson (2004) WASCA 60 ; 28 WAR 206.
Neilson v Overseas Projects Corporation of Victoria Ltd (2005) HCA 54 ; 221 ALR 213.

Autriche

OGH, 11 déc. 1987, 6 Ob 631/86.
 OGH, 18 mars 1999, 8 Ob 64/99, *ZfRV.*, 1999, p. 189.

Belgique

Cass., 6 août 1852, *de Terwagne, Pas.* 1853 I 155.
 Cass., 30 oct. 1981, *Groupe Josi c. Faes, Pas.*, 1982, I, p. 306 ; A.C., 1981-1982, p. 318 ; *Rev. gén. ass. resp.*, 1983, n° 10567, note J. Erauw.
 Cass., 18 juin 1993, *Rev. gén. ass. resp.*, 1994, n° 12.366, note M. Fallon.
 Cass., 17 oct. 2002, *R.T.D.F.*, 2002, p. 341, note M. Fallon ; *Echtscheidingsjournaal*, 2003, p. 2, note M. Traest.
 Gand, 4 oct. 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 435.
 Termonde, 27 juin 1997, *T. Not.*, 1997, p. 410, note F. Bouckaert ; *Rev. gén. dr. civ.*, 1998, p. 140, note C. De Busschere.
 Liège, 23 janv. 1998, *R.T.D.F.*, 1998, p. 665, note J.-Y. Carlier.
 Anvers, 27 oct. 1999, *Rev. gén. dr. civ.*, 2002, p. 629, note J. Verlinden.
 Anvers, 17 juin 2003, *Jur. anvers.*, 2003, p. 123.
 Burgerlijke Rechtbank te Antwerpen, *R.W.*, 1976-1977, p. 2089.

Espagne

STS, 10 févr. 1926, *Larios, Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1928, p. 466 ; c.r. in *Revista de derecho privado*, 1927, p. 19.
 STS, 27 mai 1968, *R.E.D.I.*, 1969, p. 342, note E. Pecourt.
 STS, 23 oct. 1992, *Aranzadi R.J.*, 1992, n° 8280.
 STS, 15 nov. 1996, *Lowenthal, Aranzadi R.J.*, 1996, R. 8212 ; *R.E.D.I.*, 1997, p. 264, commentaire E. Rodríguez Pineau.

- STS, 21 mai 1999, *John A. Denney*, *Cuad. Civitas Jurispr. civil*, 1999, p. 1125, note M.A. Amores Conradi ; *R.E.D.I.*, 1999, p. 756, note E. Rodríguez Pineau.
- STS, 23 févr. 2002, RAJ 8029/2002, *R.E.D.I.*, 2003, p. 426, note P. Jiménez Blanco ; *A.E.D.I.Pr.*, 2004, p. 1146, note S. Sánchez Lorenzo.
- STS, 23 sept. 2002, *François Marie J.W.*, *R.E.D.I.*, 2003, p. 435, note P. Jiménez Blanco ; *La Ley*, 2003, p. 1699 ; *C.C.J.C.*, n. 61, 2003, p. 155, note I. Lázaro González.
- SAP Granada, 7 févr. 1925, c.r. in *Rev. der. privado*, 1927, p. 19.
- SAP Alicante, 19 nov. 1991, RGD, 1992, p. 10751 ; *R.E.D.I.*, 1992, p. 498, note S. Sánchez Lorenzo.
- SAP Badajoz, 11 juill. 1995, *Actualidad Jurídica Civil*, 1995, R. 1395 ; *R.E.D.I.*, 1996, p. 316, note J. Carrascosa González.
- SAP Málaga, 18 déc. 1996, *R.E.D.I.*, 1998, p. 244, note I. Ayala Cadiñanos.
- SAP Alicante, 7 juill. 2001, n. 294/2001, JUR 2001/236860.
- SAP Málaga, 13 mars 2002, n. 117/2002, AC 2002/1287, *R.E.D.I.*, 2003, p. 424, note P. Jiménez Blanco.
- SAP Alicante, 10 mars 2003, n. 124/2003, JUR 2003/197311.
- SAP Granada, 19 juill. 2004, n. 483/2004, AC 2004/1527.
- SAP Tarragona, 13 mai 2004, n. 188/2004, JUR 2004/205302.
- SAP Las Palmas, 28 juin 2004, n. 384/2004, JUR 2004/203300.
- SAP Barcelona, 28 sept. 2004, n. 493/2003, JUR 2004/289919.
- SAP Asturias, 1 sept. 2005, n. 304/2005, JUR 2005/220269.
- Auto del Juzgado del Distrito del Hospital de Barcelona*, 3 août 1900, *Rev. jur. Catalunya*, 1901, p. 179
- Juzgado de 1^{re} Instancia*, núm. 10, de los de Madrid, 18 févr. 1974, non publiée, repr. in J. González Campos / J.C. Fernández Rozas, *Prácticas de derecho internacional privado*, 6^a ed., Oviedo, 1978, vol. I, p. 205 s.
- SAT Granada, 22 déc. 1988, *R.G.D.*, 1989, p. 8651 ; *R.E.D.I.*, 1990, p. 635, note M. Moya Escudero.
- DGRN, 30 juin 1956, *BOE*, 17 août 1956 ; *Anuario DGRN*, 1956, p. 40.
- DGRN, 18 janv. 2005, *R.E.D.I.*, 2005, p. 1023, note I.A. Calvo Vidal.
- DGRN, 5 févr. 2005, RJ 2005/2451.
- DGDEJ, 18 sept. 2006, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 26 oct. 2006, JUR/2007/236325.

Cour de Justice des Communautés Européennes

- CJCE, 9 juill. 1981, aff. 169/80, *Administration des douanes*, Rec. 1992, I-4625.
- CJCE, 1^{er} juin 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, Rec. 1999, I-3055.
- CJCE, 30 sept. 2003, C-224/01, *Köbler*, Rec. 2003, I-10239

États-Unis

- Bernard Soulié v. Brown, Johnson & Co.*, 13 La. Ann. 521, 1858, La. (1858).
- Henry Samory v. Samuel M. Montgomery*, 19 La. Ann. 333, La. 1867 (1867).
- Dupuy v. Wurtz*, 53 N.Y. 556, 1873 WL 10407 (N.Y.) (1873).
- J.A. Fernandez v. Bernard Soulié*, 28 La. Ann. 31, 1876, La. (1876).
- Bernard Soulié v. Louis Ranson*, 29 La. Ann. 161, 1877, La. (1877).
- Montgomery v. Samory*, 99 U.S. 482. 25 L. Ed. 375 (1878).
- Drinkwater v. Dinsmore*, 80 N.Y. 390 (1880).
- Harral v. Harral*, 39 N.J. Eq. 279 (1884).
- New Orleans v. Gaines' Administrator*, 138 U.S. 595 (1891).
- Ross. v. Ross*, 25 S.C.R. 307 (1894).

Peters v. Peters, 156 Cal. 32, 103 P. 219, 23 L.R.A., N.S. 699 (1909).
in re Tallmadge, 109 Misc. 696, 181 N.Y.S. 336 (1919).
Buckeye v. Buckeye, 203 Wis. 248, 234 N.W. 342 (1931).
Bourestom v. Bourestom, 231 Wis. 666, 285 N.W. 426 (1939).
Cubbison v. Cubbison, 73 Cal.App.2d 437, 166 P.2d 387 (1946).
in re Schneider's Estate, 198 Misc. 1017, 96 N.Y.S. 2d 652 (avr. 1950).
in re Schneider's Estate, 198 Misc. 1017, 100 N.Y.S. 2d 371 (oct. 1950).
Paulus v. Bauder, 106 Cal.App.2d 589, 235 P.2d 422 (1951).
Knowles v. Attorney-General, P. 54 [1951].
Emery v. Emery, 45 Cal.2d 421, 289, P.2d 218 (1955).
Scholle v. Home Mutual Casualty Co., 273 Wis. 387, 78 N.W. 2d 902 (1956).
Haumschild v. Continental Casualty Co., 7 Wis.2d 130, 95 N.W.2d 814 (1959).
Richards et al. v. U.S., 369 U.S. 1, 82 S. Ct. 585 (1962).
Noel v. United Aircraft Corp., 202 F. Supp. 556 (D. Del. 1962).
Coyne v. Campbell, 11 N.Y.2d 372, 230 N.Y.S. 2d 1, 183 N.E. 2d 891 (1962).
Babcock v. Jackson, 12 N.Y. 2d 473, 191 N.E. 2d 279, 240 N.Y.S. 2d 743 (1963).
Griffith v. United Air Lines, 416 Pa. 1, 203 A.2d 796 (1964).
Newberg v. Bobowicz, 401 Pa. 146, 162 A.2d 662 (1960).
Tramontana v. S.A. Empresa de Vição Aerea Rio Grandense (VARIG Airlines), 350 F. 2d 468 (D.C. Cir. 1965).
Friday v. Smoot, 211 A.2d 594 (1965).
Clark v. Clark, 222 Ad 205, p. 208 (SC New Hamp. 1966).
Miller v. Miller, 22 N.Y. 2d, 290 N.Y.S. 2d 741 (1968).
Folk v. York-Shipley, 239 A.2d 236 (1968).
Tooker v. Lopez, 24 N.Y. 2d 569, 301 N.Y.S.2d 519, 249 N.E.2d 394 (1969).
Thomas v. United Air Lines, Inc., 24 N.Y.2d 714, 301 N.Y.2d 973, 249 N.E.2d 755 (1969).
Pfau v. Trent Aluminium Co., 55 N.J. 511, 263 A.2d 129 (N.J. 1970).
Tyminski v. U.S., 481 F.2d 257 (1973).
Juodisch v. Schule, 79 Mis. 2d 955, 361 N.Y.S. 2d 605 (1974).
Saharceski v. Marcure, 373 Mass. 304, 366 N.E. 2d 1245 (1977).
Melville v. American Home Ass., 584 F. 2d (1978).
Lowenthal v. Rome, 45 Md. App. 495, 413 A.2d 1360 (1980).
Rome v. Lowenthal, 288 Md. 741 (1980).
Rome v. Lowenthal, 290 Md. 33, 428 A.2d 75 (1981).
Lowenthal v. Rome, 294 Md. 277, 449 A.2d 411 (1982).
Lowenthal v. Rome, 460 U.S. 1012, 103 S.Ct. 1253, 75 L.Ed.2d 481 (1983).
Lowenthal v. Rome, 57 Md. App. 728, 471 A.2d 1102 (1984).
Lowenthal v. Rome, 300 Md. 153, 476 A.2d 722 (1984).
Phillips v. General Motors Corp., 298 Mont. 438, 995 P.2d 1002 (Mont. 2000).
Dowis v. Mud Slingers, Inc., 621 S.E.2d 413 (Ga. 2005).
Lemons v. Cloer 2006 WL 1132068 (Tenn. Ct. App. Apr. 28, 2006), 206 S.W.3d 60.

France

Cass. (Civ.), 14 mars 1837, *Stewart*, S. 1837.1.95 ; D.P. 1837.1.275.
 Cass. (Civ.), 5 mai 1875, *Forgo*, S. 1875.1.409 ; D. 1875.1.343 ; *Journal du Palais*, 1875, p. 1036 ; *Clunet*, 1875, p. 358 ; *Bull. civ.*, 1875, n° 68, p. 138.
 Cass. (Civ.), 24 juin 1878, *Forgo*, S. 1878.1.429 ; D. 1879.1.56 ; *Journal du Palais*, 1878, p. 1108 ; *Clunet*, 1879, p. 284 ; *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1878, Art. 20,874.
 Cass. (Req.), 22 févr. 1882, *Forgo*, S. 1882.1.393, note J.-E. Labbé ; D. 1882.1.301 ; *Journal du Palais*, 1882, p. 993 ; *Clunet*, 1883, p. 64 ; *La France Judiciaire*, 1881, p. 395.

- Cass. (Req.), 12 févr. 1895, *Lenthé*, S. 1896.1.401, note A. Pillet.
- Cass. (Civ.), 20 juill. 1909, *Gesling c. Vidity*, *Rev. crit.*, 1909, p. 900.
- Cass. (Req.), 1^{er} mars 1910, *Soulié*, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 872 ; *D.P.* 1912.1.262 ; *Clunet*, 1910, p. 888, note J. Perroud ; S. 1913.1.105, note E.A.
- Cass. (Civ.), 5 juill. 1933, *Nagalingampoullé*, *Rev. dr. int. pr.*, 1934, p. 166, note J.-P. Niboyet ; S. 1934.337, note J.-P. Niboyet ; *D.P.* 1934.1.1333, note E. Silz ; *Clunet*, 1934, p. 862.
- Cass. (Req.), *Guez c. Ben Attar*, 7 nov. 1933, *Clunet*, 1935, p. 88, note J. P. ; *Rev. dr. int. pr.*, 1934, p. 440, note J.-P. Niboyet ; S. 1934.1.321, note E. Audinet.
- Cass. (Civ.), 7 mars 1938, S. 1938.1.172 ; *Clunet*, 1938, p. 784 ; *Rev. crit. dr. int.*, 1938, p. 472, note H. Batiffol ; *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1938, p. 142, note P. Lepaulle.
- Cass. (Civ.), 10 mai 1939, *Birchall*, S. 42.1.173, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit.* 1939, p. 472.
- Cass. (Civ.), 19 juin 1939, *Labedan*, *D.P.* 1939.1.97, note L. P. ; S. 1940.1.49, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit.*, 1939, p. 481, note J.-P. Niboyet.
- Cass. (Civ.), 25 mai 1948, *Lautour*, *D.* 1948.357, note P. L.-P. ; *JCP* 1948.II.4532, note M. Vasseur ; S. 1949.1.21, note J.-P. Niboyet ; *Rev. crit.*, 1949, p. 89, note H. Batiffol.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 24 nov. 1953, *Consorts Besson*, *Rev. crit.*, 1955, p. 698, note E. Mezger.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 8 déc. 1953, *Sommer*, *Rev. crit.*, 1955, p. 133.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 30 mai 1967, *Kieger*, *D.* 1967.629, *Rev. crit.*, 1967, p. 728, note P. Bourel ; *J.C.P.* 68, II, 15456, note Meyer-Jack.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 7 janv. 1982, *Le Van Chau*, *Rev. crit.*, 1983, p. 87, note B. Ancel.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 15 juin 1982, *Zagha*, *Rev. crit.*, 1983, p. 300.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 11 mars 1997, *Clunet*, 1997, p. 789, note M. Santa Croce ; *D.* 1998, p. 406, note E. Agostini ; *Rev. crit.*, 1997, p. 702, note B. Ancel.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 13 avr. 1999, *Cie Royale Belge*, *JCP G* 2000.II.10261, note G. Légier ; *Rev. crit.*, 1999, p. 698, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *Clunet*, 2000, p. 315, note B. Fauvarque-Cosson ; *Gaz. Pal.*, 2000, n° 61-62, obs. M.-L. Niboyet ; *D.* 2000, p. 268, note É. Agostini.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 11 janv. 2005, *Rev. crit.*, 2006, p. 85, note M. Scherer.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 mars 2000, *Ballestrero*, *Rev. crit.*, 2000, p. 399, note B. Ancel ; *D.* 2000.539, note F. Boulanger ; *Gaz. Pal.*, 29 août 2000, note S. Drapier ; *Gaz. Pal.*, 30 oct. 2000, 1, p. 17, note C. Brière ; *Gaz. Pal.*, 2000, n° 275, p. 5, note M.-L. Niboyet ; *JCP G* 2000.II.10443, note Th. Vignal ; *Dr. famille*, 2000, n° 5, mai 2000, p. 25, note É. Fongaro ; *Dr. et Patrimoine*, n° 84, juillet-août 2000, p. 97, note F. Monéger ; *Rev. CRIDON*, Paris 2000, p. 211, obs. G. Khairallah ; *Clunet*, 2001, p. 505, note M. Révillard.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 21 sept. 2005, *D.* 2006, n° 25, note F.-X. Morisset ; *Rev. crit.*, 2006, p. 100, note H. Muir Watt.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.) 20 juin 2006, *Wildenstein*, *Bull. civ. I*, n° 321, p. 277 ; *Clunet*, 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon ; *Rev. crit.*, 2007, p. 383, note B. Ancel ; *D.* 2007, p. 1710, note P. Courbe et p. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Dr. et patrimoine*, 2006, n° 154, p. 83, obs. M.-E. Ancel.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 11 févr. 2009, *Riley*, *Rev. crit.*, 2009, p. 512, note B. Ancel ; *Clunet*, 2009, p. 567, note H. Péroz ; *D.* 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; *AJ.*, 562, obs. V. Egéa ; *JCP* 2009.II.10068, note F. Boulanger ; *Actu* 106, obs. E. Cornu ; *AJ fam.*, 2009, p. 356, obs. A. Boiché ; *Dr. et patrimoine*, 2009, p. 187, n° 107, note M.-É. Ancel ; *Defrénois*, 2009, p. 1705, note M.-C. Meyzeaud-Garaud ; *Dr. fam.*, n° 5, mai 2009, comm. 62, note É. Fongaro ; *JCP N.* 2009, p. 1196, note A. Gosselin-Gorand ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 94, p. 14, note D. Sindres ; *D.* 2010, p. 1585, note P. Courbe.
- Cass. (1^{er} Ch. civ.), 23 juin 2010, *Tassel*, n° 09-11-901, *JCP*, 5 juill. 2010, p. 748, note E. Cornu ; *Defrénois*, 2010, p. 1805, note P. Callé ; *D.* 2010, p. 2955, note L. D'Avout ; *JCP N* 2010, p. 1308, note A. Devers ; *Clunet*, 2010, p. 19, note H. Péroz ; *Rev. crit.*, 2011, p. 53, note B. Ancel.
- Pau, 14 mars 1874, *Forgo*, S. 1875.1.409 ; *D.* 1875.1.343 ; *Clunet*, 1875, p. 357 ; *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1875, Art. 19,900.

- Bordeaux, 24 mai 1876, *Forgo*, S. 1877.2.109 ; D. 1878.2.79 ; *Journal du Palais*, 1877, p. 471 ; *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1878, Art. 20,735 ; *Journal de l'Enregistrement et du Notariat*, 1878, p. 313.
- Toulouse, 22 mai 1880, *Forgo*, S. 1880.2.294 ; *Journal du Palais*, 1880, p. 1111 ; *Clunet*, 1881, p. 61 ; *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1881, Art. 21,648.
- Aix, 27 mars 1890, D.P. 1891.2.13.
- Paris, 25 nov. 1891, *Clunet*, 1892, p. 477.
- Amiens, 26 nov. 1891, D.P. 1892.2.425.
- Paris, 2 avr. 1896, *Clunet*, 1897, p. 165.
- Paris, 7 mai 1897, *Clunet*, 1897, p. 817.
- Douai, 2 févr. 1899, *Clunet*, 1899, p. 825.
- Paris, 15 mars 1899, *Clunet*, 1899, p. 794.
- Paris, 1^{er} août 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 605 ; *Clunet*, 1906, p. 178 ; D.P. 1906.2.169, note Ch. Claro ; S. 1908.2.257, note E. Audinet.
- Pau, 11 juin 1906, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 765 ; *Clunet*, 1907, p. 156 ; D.P. 1907.2.1, note A. Colin ; S. 1908.2.263, note E. Audinet.
- Aix, 19 juill. 1906, *Clunet*, 1907, p. 152 ; *Rev. dr. int. pr.*, 1908, p. 805 ; S. 1908.2.293.
- Grenoble, 31 mars 1908, D.P., 1908.2.264, note E. Audinet.
- Paris, 17 févr. 1910, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 870 ; D.P. 1910.2.145, note de A. Wagner ; *Journal du notariat*, 1910, p. 563.
- Rennes, 20 juill. 1923, *Rev. crit.*, 1924, p. 95
- Alger, 12 mai 1926, *Rev. dr. int. pr.*, 1928, p. 669 ; D.P. 1933.2.101, note P. Chauveau.
- Paris, 12 avr. 1929, S. 1930.2.129, note J.-P. Niboyet ; *Rev. dr. int. pr.*, 1930, p. 126.
- Alger, 12 janv. 1931, *Rev. dr. int. pr.*, 1931, p. 568 ; D.P. 1933.2.101, note P. Chauveau.
- Colmar, 13 mai 1938, *Clunet*, 1939, p. 115 s. ; *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1938, p. 528 ; *Nouv. rev. dr. int. pr.*, 1939, p. 226, note E. Mezger.
- Paris, 25 nov. 1976, *Clunet*, 1979, p. 103.
- Pau, 24 juin 1981, D. 1981, p. 569, note E. Agostini.
- Trib. civ. Pau, 24 avr. 1873, *Journal de l'Enregistrement et des Domaines*, 1874, Art. 19.461.
- Trib. civ. Seine, 1^{er} mars 1881, *Clunet*, 1882, p. 432.
- Trib. civ. Seine, 17 avril 1888, *Clunet*, p. 814.
- Trib. civ. Seine, 4 déc. 1899, *Clunet*, 1900, p. 368.
- Trib. civ. Tunis, 6 juin 1900, *Clunet*, 1902, p. 358.
- Trib. civ. Tunis, 27 juin 1900, *Clunet*, 1902, p. 360.
- Trib. civ. Pau, 19 avr. 1902, *Clunet*, 1903, p. 875.
- Trib. civ. Melun, 27 mars 1903, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 605.
- Trib. civ. Seine, 11 mars 1904, *Clunet*, 1907, p. 435.
- Trib. civ. Seine, 3 nov. 1904, *Rev. dr. int. pr.*, 1905, p. 533.
- Trib. civ. Marseille, 19 juill. 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1908, p. 806.
- Trib. civ. Pau, 27 juill. 1905, *Rev. dr. int. pr.*, 1906, p. 766 ; *Clunet*, 1907, p. 197.
- Trib. civ. Seine, 23 juin 1909, *Rev. dr. int. pr.*, 1910, p. 870.
- Trib. civ. Seine, 13 juill. 1910, *Gaz. trib.*, 12 oct., 1910 ; *Clunet*, 1911, p. 912.
- Trib. civ. Seine, 17 avr. 1912, *de Marchi della Costa*, *Clunet*, 1913, p. 175, note J. Perroud ; *Gaz. trib.*, 29, 30 mars, 4 et 20 avr. 1912.
- Trib. civ. Nice, 11 nov. 1912, *Jenckes*, *Clunet*, 1914, p. 204, note É. Potu.
- Trib. civ. Belfort, 27 mai 1921, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1921, p. 37, note J.-P. Niboyet.
- Trib. Tunis, 2 avr. 1924, *Rev. dr. int. pr.*, 1925, p. 401.
- Trib. civ. Grasse, 3 mai 1926, *Clunet*, 1928, p. 1022.
- Trib. cant. Rosheim, 23 avr. 1927, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1927, p. 475, note H. Degand.
- Trib. civ. Saverne, 4 mai 1927, *Rev. jur. d'Alsace-Lorraine*, 1927, p. 475, note H. Degand.
- Trib. civ. Seine-Inférieure (Sect. Rouen), 19 déc. 1927, *Rev. dr. int. pr.*, 1928, p. 511.
- Trib. civ. Seine, 14 mars 1928, *Clunet*, 1928, p. 1232, note J. P. ; *Gaz. Pal.*, 21 mai 1928.

Trib. civ. Julien-en-Genevois, 21 oct. 1947, *Rev. crit.*, 1948, p. 304, note M. Ancel.
TGI Paris, 21 juin 1969, *Gaz. Pal.*, 10 mars 1970, 1, p. 138 ; *D.* 1970, p. 780, note J. Prévaut ; *Clunet*, 1970, p. 723, note R. Dayant.
TGI Seine, 21 juin 1969, *D.* 1970, note J. Prévaut ; *Gaz. Pal.*, 1970 I, p. 138 ; *Clunet*, 1970, p. 723, obs. R. Dayant.
TGI Bayonne, 12 juin 1979, *D.* 1980.228, note P. Diener.
II Lille, 28 mars 1980, *Rev. crit.*, 1981, p. 289, note Y. Lequette.

Liban

Cass. (5^e Ch. civ.), 28 mai 1998, *Philibert*, *Rec. Hatem*, 1999, p. 11.

Pays-Bas

Hoge Raad, 23 juin 1972, *Ned. Jur.*, 1973, p. 36.

Portugal

Supremo Tribunal de Justiça, 8 nov. 1979, *Boletim do Ministério da Justiça*, n° 291, p. 456.

Royaume-Uni

Pipon v. Pipon (1744) Amb. 25.
Balfour v. Scott (1793) 6 Bro. Parl. Cas. 550.
Dalrymple v. Dalrymple (1811) 2 Hag. Con. 54.
Phillips v. Eyre (1870) LR 6 QB.
Armitage v. Attorney General (1906) P. 135.
Stanley v. Bernes (1830) 3 Hagg. Eccl. 374 & 447.
De Bonneval v. De Bonneval (1838) 1 Curt. 856.
Collier v. Rivaz (1841) 2 Curt. 855, 163 E.R. 608.
Craigie v. Lewin (1843) 3 Curt. 435.
De Zichy Ferraris v. Hertford (1843) 3 Curt. 468.
Maltass v. Maltass (1844) 1 Rob. Ecc. R. 67.
Nelson v. Bridport (1846) 8 Beav. 547.
Frere v. Frere (1847) 5 Notes of Cases 593.
Bremer v. Freeman and Bremer (1856) 1 Deane 192, 164 E.R. 546.
Bremer v. Freeman (1857) 10 Moo. P.C. 306, 14 E.R. 508.
Enohin v. Wylie (1862) 10 H.L.C. 1.
in the Goods of Lacroix (1877) 2 P.D. 94.
in re Piercey (1895) 1 Ch. 83.
in re Bowes (1896) 1 Ch. 507.
in re Bowes (1888) L.R. 37 Ch.D. 128.
in re Bowes (1900) 2 Ch. 251.
in re Johnson (1903) 1 Ch. 821.
in re Baines, c.r. de A.V. Dicey, *A Digest of the Law of England*, 2nd ed., London, 1905, p. 777.
in re Bowes (1906), 22.T.L.R. 711 (1907), 26 Can. L. Times 634 (1906) et 20 Harv. L. Rev. 230 (1906-1907).
in re Stirling (1908) 2 Ch. 344.

Casdagli v. Casdagli (1918) P 89.
Bartlett v. Bartlett (1925) A.C. 377.
in re Annesley (1926) Ch. 692.
in re Ross (1930) 1 Ch. 377.
Velasco v. Coney (1934) Ch. 276.
in re O'Keefe (1947) 1 Ch. 124.
in re Duke of Wellington (1947) Ch. 506.
in re Duke of Wellington (1948) Ch. 118.
in re Estate of Fuld (1968) Prob. 675.
Chaplin v. Boys (1971) AC 356.
in re Adams, High Court, Ch., 31 juill. 1985, repr. in <<http://web.onyxnet.co.uk/antony.anderson-onyxnet.co.uk/adams.htm>>.

Tunisie

Cass. (Ch. civ.), 26 janv. 1999, n° 60562, *Rev. tunis. de droit*, 1999, note N. Gara.

Index analytique

(le chiffre renvoie aux numéros)

- Académie de la Haye 1
Acte concluant 43, 130, 187
et validité des actes 206
(v. aussi « Comportement concluant »)
Actus interpretandus est potius ut valeat quam pereat 434 (v. aussi « *Res magis valeat* »)
Admission à domicile de l'étranger, France 242, 251, 290, 308
Allemagne
disposition sur le renvoi 1
(v. aussi « *EGBGB* » et « *Sinnklausel* »)
jurisprudence en matière délictuelle 400
jurisprudence en matière successorale 313
Alsace 266, 334
et conflits interlocaux 256
Anderson, Joseph 246, 262, 264
Antinomie
au deuxième degré 118, 121, 437
de décisions 97
et principe de la validité 214
internationale de lois *passim*, et spéc. 36, 37, 51, 67, 69, 91, 99, 141
interne 51, 60, 87, 92, 121, 438
interprétative 91
jurisprudentielle 82
(v. aussi « Conflit de décisions »)
Attentes individuelles 143, 156, 207
concrètes et abstraites 156
divergentes et convergentes 157
en matière délictuelle 388
et validité des actes 203, 205
légitimes et non légitimes 156, 187, 203
objectivement vérifiables 187, 203, 213
universelles 30, 156, 388, 394, 400
Autonomie individuelle
comme critère de solution du conflit de renvoi 44, 131, 143, 148, 155, 186, 196, 198, 378
et règle à rattachement multiple 313
unilatérale 391
Ballestrero, Arnaldo 258, 267, 270, 278
Bartlett v. Bartlett 292
Beck c. Jacobsen 320
Begriffsjurisprudenz 305
Belgique
disposition sur le renvoi 1
clause d'exception 181
jurisprudence en matière de renvoi délictuel 397
Ben Attar (famille) 253, 264
BGH v. « Bundesgerichtshof »
Bilatéralisme 2, 34, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 115, 121, 146, 177, 190, 208, 439
Boulton, Nellie 248
Bremer v. Freeman 288, 298, 301
Broadhead c. Körtge et Marti 318
Bulgarie
disposition sur le renvoi 1
Bundesgerichtshof 325, 347, 400
Burgerlijk Wetboek 324
Cabinet de miroirs 12
Campomar, Miguel 353, 363, 271, 372
Caractère facultatif
de la règle de conflit de lois 189
de la règle de conflit de renvoi 189, 190, 217, 439
Cercle inextricable 12, 369, 409
Certificat d'héritier
dans le BGB 321, 330
Certitude 76, 81, 98
(v. aussi « Sécurité juridique »)
Chadwick, Coster 308
(v. aussi « *In re Schneider* »)
Chassé-croisé 118
Chose jugée 84, 94, 97
Cicéron, Marguerite 254, 262, 265, 269
Clause d'exception 131, 180, 182, 187, 217, 381, 422, 431
en matière délictuelle 381, 431
et arrêt *Neilson* 422
et attentes des parties 187
générale 180, 187
Règlement « Rome II » 182
spéciale 181, 381
Code civil (France)
article 3 par. 2 242, 257, 347
article 13 242, 307
article 110 313
Code civil (Belgique)
article 3 et la matière délictuelle 398
Code civil fédéral mexicain
article 14 par. 2 185
Codex maxilianeus bavaricus 313
(v. aussi « *Forgo* »)
Código Bustamante 411
Código civil
article 10 292
article 12-2 184, 349, 354, 358, 369, 370
article 9-8 187, 257, 279, 349, 370, 443
Cohen, Abraham 253, 264
Collier v. Rivaz 208, 287, 296, 347, 348, 440
Collier, John 287

- Commandement
 - et norme juridique 43
- Communauté d'intérêts étatiques 31, 47, 217, 439
- Compétence directe 3, 30
 - indirecte 3, 33
 - sur des immeubles étrangers (France) 255
 - (Angleterre) 268
- Comportement concluant 158, 187, 217, 230, 269, 439
- Conflict of duties* 53
 - (v. aussi « Conflits de devoirs »)
- Conflit de devoirs 53, 120, 124
- Conflit de décisions 68, 97, 100
- Conflit de droits subjectifs 30, 53, 67
- Conflit de lois interne 119
 - (v. aussi « Antinomie interne »)
- Conflit de normes 155
 - individuelles 68, 99
- Conflit de prétentions privées 3, 45
- Conflit de situations juridiques 53, 71
- Conflits de solutions 30, 32
- Conflit négatif de règles sur le renvoi 123
- Conflit positif de règles sur le renvoi 123
- Conflit d'abstentions 109
- Conflit d'intérêts 94, 113, 178
- Conflit de prétentions étatiques 45, 46, 217, 438
- Conflit intra-européen de lois 181
- Contrainte 48, 62, 63, 83
- Contrats 74
- Convention de La Haye de 1955 172
- Convention de La Haye de 1961 en matière de
 - forme des testaments 217
- Convention de La Haye de 1971 sur la loi applicable aux accidents 405, 407
- Coordination
 - et règle de droit privé 438
 - interétatique 32, 104, 106, 174, 415, 434
 - interindividuelle 32, 46
 - notion 32, 104
- Corée du Sud
 - disposition sur le renvoi 1
- Cour suprême des États-Unis
 - et l'affaire *Lowenthal* 355
- Course vers le for 98, 112
 - (v. aussi « *Forum shopping* »)
- Court of Appeal* (Royaume-Uni) 284
- Coutume 43
- Creuzburg c. Niemayer et al.* 318, 335
- D. Thomas A.* 174, 304, 352, 363, 369, 371
- David Norman V.IV.* 359, 364, 368, 372, 374
- De Marchi della Costa, Carlos Alberto* 251, 263, 269, 270
- Déjudiciarisation
 - du conflit de lois 30, 31, 33
 - du conflit de renvoi 30, 32, 439
- Délégation
 - théorie du renvoi-délégation 19
- Délits intentionnels
 - et prévisibilité du droit 383
- Délits non intentionnels 383
- Déni de justice 82, 91, 97, 98, 439
- Déni de sécurité 82
- Déni international de justice 68, 97, 177
- Denney, Anthony* 174, 279, 354, 356, 363, 370, 374, 440
- Désignation conflictuelle 12, 135
 - (v. aussi « *Kollisionsverweisung* »)
- Désignation matérielle 12, 135
 - (v. aussi « *Sachnormverweisung* »)
- Désignations des parties
 - comme facteur de coordination 198
 - et refus du renvoi 197
 - (v. aussi « Autonomie »)
- Désimpérativisation
 - des dispositions impératives 74
- Désordre juridique 32, 123, 124, 439
- Deus ex machina* 29
- Deutsches Rat* 400
- DGDEJ* 361
- DGRN* 352, 370, 382
- Dichotomie « for-étranger » 31
- Dichtl* (consorts) 245, 273, 282, 287
- Disponibilité des droits 144, 147, 151, 153, 439
- Disposizioni preliminari* 290
- Doctors of Laws* 287
- Doctrines et théorie 5
- Doctrine kantienne 103, 104, 109
- Dodson, John (Sir)* (juge) 287, 288
- Domicile 172, 224, 248, 298, 315
 - et siège du patrimoine 287
 - d'origine et de droit 242, 273
 - et la Convention de La Haye de 1955 172
 - domicile commun en matière délictuelle 369
- Double renvoi 19, 24, 25, 115, 116, 177, 294, 303, 420, 422
- Droit de prélèvement 227
- Droit des gens 16, 43
- Droit international public 43
- Droit positif 5, 64, 104, 178, 218, 241, 276, 353
 - notion 178, 217, 434
 - et droit naturel 64, 104
- Droits réels 53
- Droit subjectif 45, 47, 62, 63, 104, 167, 189
- Droit de créance 53
- Droits disponibles et indisponibles 144
- Duc Charles II de Brunswick* 317
- Duff Gordon, Janet Ann* 290
 - (v. aussi « *In re Ross* »)
- Dupuy v. Wurtz* 307, 309
- Échelle de Kegel 135, 140
- Édit constitutionnel badois du 4 juin 1808 313
- Égalité
 - entre loi du for et loi étrangère 10, 27, 139
 - comme principe formel de justice 439

EGBGB

- article 4 183, 331
 - (v. aussi « *Sinnklausel* »)
- article 25 256, 294, 313, 324, 330
- article 27 294, 324, 313, 335
- article 38 400
- Einzelfallgerechtigkeit* 89, 159, 259
 - (v. aussi « Équité »)
- Élément rationnel 43
- Équité 89, 95, 99, 159, 390, 436
 - et affaire *Forgo* 273
 - et jurisprudence anglaise 305
 - et jurisprudence française 273, 275
 - et protection de la partie faible 271
 - et proximité 185, 223, 273
- Erbschein* v. « Certificat d'héritier »
- Erbsstatut* 331
- Esprit de la jurisprudence 178, 218, 434
- État
 - notion 43
 - et ordre juridique 43
- Expectatives 143, 181, 187, 197, 214, 323, 344, 388, 389, 426
 - (v. aussi « Attentes »)
- Favor validitatis* 119, 298
- Folk v. York-Shipley* 414
- Fonction facilitatrice 30, 75, 84, 89, 154, 160, 177
 - et principe de la validité 214
 - du droit international privé 76, 80, 82
- For du raisonnement 31
- Foreign-court theory* 302
 - (v. aussi « Double renvoi »)
- Forgo* 162, 242, 245, 249, 263, 270, 271, 273, 369
- Forme des actes 55, 206
 - (v. aussi « Validité formelle »)
- Forme et substance
 - de la règle de conflit de renvoi 34, 118, 167, 178, 219
- Forum shopping* 192, 193
 - et l'arrêt *Neilson* 421
- François-Marie J.W.* 357, 363, 367, 380
- Freiwillige Gerichtsbarkeit* 336
- Frere v. Frere* 288, 296
- Geimeines Recht* 313
- Gemeinsame Rechtsumwelt*
 - dans la matière délictuelle 391, 406
 - (v. aussi « Résidence commune » et « Nationalité commune »)
- Gesamtverweisung* 24, 347, 405, 436
- Gesetzesharmonie* 49
 - (v. aussi « Harmonie des solutions »)
- Gleichlauf* 331
 - dans le droit international privé allemand des successions 336
- Grand-Duché de Bade 290, 313
- Grant of probate* 263
- Greene Roelker, William* 248
- Guerra Cortínez, María Luisa* 352, 363, 368, 371

- Harmonie interétatique 30, 177, 416, 438
 - (v. aussi « Harmonie des solutions »)
- Harmonie des solutions 9, 19, 22, 30, 33, 39, 198, 201, 347
 - et antinomies internationales 39, 169
 - en droit international privé allemand 183, 347
 - en droit international privé italien 184
 - et caractère facultatif de la règle de conflit 192
 - et règle de conflit à rattachements multiples 198, 208, 210
 - et principe de la validité 210, 213
 - et l'unité de la loi applicable à la succession 279
 - Savigny 347
- Harmonie interindividuelle 30
- Haumschild v. Continental Casualty* 409
- Heimwärtsstreben* 165
 - (v. aussi « Lexforisme »)
- Héritiers présomptifs
 - et leurs attaches 226
 - et leur volonté 230
- Hoge Raad* 398
- House of Lords* 285, 303
- Hypothèse contentieuse 29, 30
- Hypothétique
 - caractère de la norme juridique 74, 78
 - (v. aussi « Impératif hypothétique »)
- Ignorantia legis non excusat* 157
- Immeuble étranger
 - compétence juridictionnelle 255, 283, 292
- Immigration du troisième âge 349
 - et son impact sur la solution du conflit de renvoi en Espagne 363
- Impératif, impérativité
 - caractère de la règle de droit 43, 74
 - catégorique 43, 44, 103, 109
 - de la loi 151
 - du Droit 43
 - et « conflit de devoirs » 44
 - et facultativité de la règle de conflit 191, 193
 - et principe d'autonomie 151, 154
 - et règles abstraites 43
 - hypothétique 44, 76, 78
 - règles impératives 74, 78
- In re Adams* 174, 206, 292, 299, 304,
- In re Annesley* 294, 299, 304, 312
- In re Baines* 292, 304
- In re Bowes* 290, 301
- In re Duke of Wellington* 291, 301, 302, 304, 307, 422
- In re Estate of Fuld* 294, 299
- In re goods of Lacroix* 288, 291
- In re Johnson* 290, 299
- In re O'Keefe* 290, 299, 301
- In re Ross* 290, 302, 348

- In re Schneider* 308, 310, 348
In re Tallmadge 308, 312
 (v. aussi « *In re Schneider* »)
 Incertitude objective
 du droit 82, 86, 91, 163, 439
 Indépendance
 comme attribut de l'État 43, 438
 Indisponibilité
 des droits subjectifs 74, 144
 Indivisibilité
 entre droit matériel et droit des conflits
 10, 233
 Inefficacité
 résultant d'une antinomie 54, 57, 76, 87,
 110, 217
Institut de droit international 1, 180
Inter absentes 32
 Intérêt prépondérant 119, 274, 284, 439
Interpretatio contra stipulatorem 215
 Interprétation
 antinomie interprétative 91, 119
 comparative 434
 conflit d'interprétations 91, 119
 des actes normatifs judiciaires 434
 des actes privés 434
 littérale 434
 logique 434
 ontologique 434
 systématique 434
 téléologique 434
 Intranéité 31
 Invalidité
 en cas d'antinomie normative 60, 64, 68,
 79
 des actes v. « Validité »
 Italie
 disposition sur le renvoi 1, 184
 harmonie des solutions 184
Ius positum et ius naturale 64
 Japon
 disposition sur le renvoi 1
Jenckes, Eleonore 248, 251, 254
Jenner, Herbert (Sir) (juge) 208, 287, 287
 Judiciarisation
 virtuelle 30, 32, 34
 comme moyen pour trancher une antino-
 mie internationale 68, 80
 Juridicité 1, 59, 67, 100
 d'une règle 68
 d'une relation humaine 31, 98
 Jurisdiction gracieuse 3, 4
 Jusnaturalisme 64
 Justice
 concrète et abstraite 99, 104, 145, 178
 de renvoi 176
 distributive
 du cas concret 159, 162, 163, 182
 en matière successorale 222
 et prévisibilité 104, 187
 et proximité 159
 individuelle 163
 (v. aussi « Justice du cas concret »)
 matérielle et formelle 88
 privée 46, 47, 68, 98, 192, 439
 (v. aussi « *Ne cives ad arma ruant* »)
 substance et forme 88
Kammergericht 324, 332
Kant, Emmanuel 34, 103, 104, 107, 116
Kegel, Gerhard 124, 131, 135, 130, 439
Kelsen, Hans 124 (v. aussi « Pyramide » et
 « Stufenbau »)
Kilford-Korner 247, 257, 264
Knowles, Townley Rigby 250, 269, 270, 304
Kollisionsnormverweisung 1, 34, 12, 115, 136, 436
Krebs c. Rosalino 316, 334
Larios, Arturo 174, 353, 363, 365
Lautour 393
 LDIP (suisse)
 article 91 331
 article 15 180
 article 14 1 (v. aussi « Suisse »)
Legge di riforma (loi italienne de droit
 international privé)
 article 13 1, 184
Lex favorabilior 119
Lex fori 379, 390
 en matière délictuelle 421, 422
 et l'arrêt *Neilson* 421
 dichotomie loi du for-loi étrangère 33, 34
Lex fori regit processum 30
Lex loci contractus 407
Lex loci delicti 266, 369, 389, 395, 424
 en droit international privé américain 409
 et prévisibilité du droit 388
 en Allemagne 400
 en France 393
 en Belgique 397
Lex magis fundamentalis 119
Lex odiosa 119
Lex permittens 119
Lex prohibens 119
Lex rei sitae 242, 256, 308, 320
 et droit français 242
 et jurisprudence américaine 320
 et jurisprudence allemande 320
Lexforisme 165, 180
 Liberté 75, 153
 comme essence du droit subjectif 47
 et doctrine kantienne du Droit 103 s.
 Lien d'instance 29, 30, 33
 Liens les plus étroits 182
 et le Règlement successions 181
 (v. aussi « Principe de proximité »)
 Lieu d'immatriculation
 comme rattachement en matière
 délictuelle 391, 400, 404, 416, 429, 430

- Lieu de l'action
 en matière délictuelle 402
- Lieu de provenance des biens
 comme facteur pertinent pour trancher un
 conflit de renvoi 324, 269, 364, 376
- Lieu de situation des meubles 226
- Lieu de stationnement habituel 391, 429
- Lieu du résultat 402
- Lituanie
 disposition sur le renvoi 1
- Loi de couverture 157, 158, 439
 et attentes légitimes des parties 157
- Loi du bilatéralisme 104, 116, 118, 439
 (v. aussi « Bilatéralisme »)
- Loi du domicile commun
 en matière délictuelle 422
- Loi du domicile matrimonial 409
- Loi du milieu commun en matière délictuelle
 391 (v. aussi « *Gemeinsame Umwelt* »)
- Loi du plus fort 46, 68, 98, 104, 181, 438
- Loi naturelle 64, 64
 (v. aussi « Lois de nature »)
- Loi personnelle commune
 en matière délictuelle 406
- Loi universelle du Droit 104, 105, 109
- Loi validante 203, 206, 209, 293, 296, 439, 440
- Loi-pivot 233, 235, 237, 283, 373
 (v. aussi « Unité de la loi applicable aux
 successions »)
- Lois de nature 46, 104, 106
 et la loi universelle du Droit 104
 (v. également « Nature des choses »)
- Lois de police
 en matière délictuelle 398
- Lord Kingdown's Act* 286, 294
- Lowenthal, Jean Arthur* 174, 355, 363, 364, 370,
 373, 376, 440
- MacHenry, Georges* 249
- Mack, William-Maurice* 249, 262, 263, 264, 271,
 311
- Mallison, Thomas* 248, 262, 263, 276
- Mancini, Pasquale Stanislao* 105
- Marquardt, Jacob* 317, 334
- Méthode bilatérale 32, 45, 67, 78
- Meyrat c. Meyrat* 316
- Mobilia sequuntur personam* 226
- Modern renvoi* 407
- Most significant relationship*
 en matière délictuelle 407
- Mutmasslicher Wille*
 en matière de forme des actes 207
- Nachlassgericht* 336
 et ses compétences en matière de
 certificat d'héritier 330
- Nationalité 225, 391
 nationalité commune en matière
 délictuelle 391
 du *de cujus* 222
 des héritiers présomptifs 224
 et citoyenneté 299
 du procès 30
- Natur der Sache* 64, 105
 (v. ég. « Nature des choses »)
- Nature
 de la règle de conflit 12, 136
 des choses 64, 106, 110, 151
- Ne bis in idem* 83, 97
- Ne cives ad arma ruant* 46, 68
- Neilson* 1, 182, 376, 417-426
- Nemo censetur ignorare legem* 157
- Neutralité
 de la règle de conflit alternative 172, 215
 du critère de solution du conflit de renvoi
 171, 172, 177, 217, 219, 236, 266, 275, 310,
 433
 et la Convention de La Haye de 1955 172
 et l'unité de la loi applicable à la succes-
 sion 233
 (v. aussi « Tiers, tiercéité »)
- Noel v. United Aircraft Corporation* 411
- Non-droit 68, 97, 98, 117, 134, 177
 (v. aussi « Désordre juridique »)
- Norme individuelle
 de conflit de renvoi 218, 434
- Norme décisionnelle 67
 (v. aussi « Conflit de normes » et « Conflit
 de décisions »)
- Normes impératives 74
 (v. aussi « Règles impératives »)
- Obligation alimentaire 57
- Obligation juridique
 notion 63
- Ontologie juridique 64
- Oppenheimer, Henry* 244, 246, 262
- Ordonnance du *Reich* du 7 décembre 1942 395,
 398, 399, 400
- Ordre anti-juridique 98
- Ordre juridique 43, 40, 85, 93, 223, 390, 431
 bi-étatique 124
 binational 124
 du for (critique de la notion) 39, 40
 et désordre juridique 124
 progrès (de l') 85, 89, 93, 96, 223, 390, 431
- Orientierungssicherheit* 79, 83 (v. aussi « Sécurité
 juridique »)
- Pacta sunt servanda*
 comme critère de solution des antinomies
 119
- Pacte successoral 107, 206, 207, 327, 331
- Particularisme 184
- Partie faible 119
- Parties
 notion dans le droit successoral 230
 à l'instance 30
- Pfau v. Trent Aluminium Co.* 415
- Pfeiffer* 417, 425, 424

- Pflichtenkollision* 53
- Pourparlers 125
- Preleggi*
et exclusion du renvoi 184
- Prerogative Court* 287
- Présomptions
comme fondant une règle de droit 89
- Présumé
de la norme juridique 44
de la règle sur le renvoi 34
- Pretium doloris* 395
(v. aussi « *Schmerzengeld* »)
- Prévisibilité du Droit 67, 70, 71, 75, 89, 160, 178, 383
dans l'affaire *Neilson* 418, 420, 423
en matière délictuelle 383, 384, 385, 388
et attentes des parties 187
et caractère facultatif de la règle de conflit 192
et création d'une relation juridique 67, 70, 78
et fonction facilitatrice du Droit 78, 154
et justice 89, 95, 161, 227
et proximité 160, 178, 180, 217, 375
et rattachements multiples 197
et sécurité juridique 67, 70, 73, 77
et unité de la loi applicable aux successions 238
postdélictuelle 383
prédélictuelle 383
(v. aussi « Sécurité juridique »)
- Prévisions des parties 76, 79, 186, 216, 256
(v. aussi « Attentes »)
- Principe d'égalité v. « Égalité »
- Principe de l'unité de la loi applicable à la succession v. « Unité de la loi applicable à la succession »
- Principe de non-contradiction 63, 64, 106, 438
- Principe de proximité 2, 13, 141, 165, 177, 187, 218, 231, 380, 391, 412, 416, 429
comme manifestation de la justice distributive 102
en matière délictuelle 381, 398
et « lexforisme » 166, 177
et clause d'exception 180
et prévisibilité du Droit 160, 178, 180, 217, 375
et successions 218
fondement 159
- Principe du bilatéralisme v. « Bilatéralisme » et « Loi du bilatéralisme »
- Principe universel de justice 105 (v. aussi « Loi universelle du Droit »)
- Principes généraux
pour trancher le conflit de renvoi 369, 436, 439
- Prise en compte du renvoi 24, 440, 181, 184, 187, 298, 355
dans le droit espagnol 184, 355
dans le droit italien 184
- Privy Council* 288, 296, 297
- Professio iuris* 124, 168, 175, 186, 201, 227, 231, 175, 181, 186, 201, 227
multilatérale 231, 241
- Professorenrecht* 347
- Progrès
de l'ordre juridique 85, 89, 93, 96, 223, 390, 431
- Proper choice of the tort* 379, 423
- Proximité v. « Principe de proximité »
- Prozess als Rechtsverhältnis* 29, 82
- Prozessverhältnis* 82
- Pyramide 124, 177, 439
(v. aussi « *Kelsen, Hans* » et « *Stufenbau* »)
- Quatreboeuf c. Cristofari* 395
- Race to the forum* 98
(v. aussi « *Forum shopping* »)
- Race from the forum* 98, 439
- Raineri, Joseph-Louis-Amédée* 257, 266, 278
- Ratio decidendi* 91, 218, 434
- Ratio decisionis* 218, 440
- Rattachement subsidiaire 335, 343, 436
et EGBGB 325
(v. aussi « Règlement subsidiaire »)
- Rattachement unique 3, 35, 146, 175, 210, 211, 214, 378, 379, 429
en matière délictuelle 378, 379
- Rattachements multiples
v. « Règle de conflit à rattachements multiples »
- Realisierungssicherheit* 79, 83
- Rechtenkollision* 53
(v. aussi « Conflit de droits subjectifs »)
- Rechtsfeer*, théorie de la 399
- Reconnaissance des décisions
et renvoi 3, 32, 86, 126, 192
- Rekursus ad infinitum* 34, 439
- Règle de conduite 60, 61, 62, 96, 438
- Règle de conflit à rattachements multiples 3, 195, 196, 197, 200, 209, 210, 380, 391
- Règle de conflit alternative 196, 209, 210, 215
(v. aussi « Règle de conflit à rattachements multiples »)
- Règle et exception 140
- Règle matérielle de conflit de renvoi 203, 217, 228, 234
- Règle « savignienne » 3, 119
- Règlement Rome II 182, 376
et « clause de proximité » 182
et « clause de renvoi » 182
- Règlement subsidiaire 13, 21, 28, 29, 120, 226, 276, 284
- Règlement successions 181, 197, 201
article 21 201
article 22 201
article 34 201

- Règle alternative v. « Règle de conflit alternative »
- Règles en cascade 123, 124, 125
(v. aussi « Échelle de Kegel »)
- Reichsgericht* 400, 402
- Relation interétatique
comme conséquence d'une relation interindividuelle 32, 48, 56
- Relativité
du rattachement 8, 20, 64, 100, 110, 144, 146, 150, 159
du droit matériel 150
et principe d'autonomie 150
et principe de proximité 159
- Renvoi
au deuxième degré 3, 126, 129, 319, 325, 327, 330, 338, 339, 415
au nième degré 3, 126
conditionnel 279, 283, 436
de qualification 409
double renvoi 19, 24, 25, 115, 116, 177, 294, 303, 420, 422
fonctionnel 279
intégral 24
opportuniste 279
renvoi « casuistique » dans la jurisprudence anglaise 304
renvoi législatif et renvoi judiciaire 282
renvoi-équité 185, 436
total 24, 373
(v. aussi « Double renvoi »)
validant 208
- Renvoi in favorem* 209, 211, 213, 214, 216
- Représentation préjudiciaire du renvoi 29
- Res magis valeat* 214, 297, 438, 439
et la jurisprudence anglaise en matière de validité testamentaire 297
et les antinomies internes 214, 438
et les antinomies internationales 214, 439
- Réserve héréditaire 4, 63, 89, 147, 153, 229 360
- Résidence commune
rattachement en matière délictuelle 391, 401, 404
- Responsabilité bi-étatique
dans la résolution du conflit de lois 47, 120, 312, 439
- Restatement, Second*
et le renvoi 185
et la matière délictuelle 379, 416
- Ricklin, Maurice* 256, 268
- Riley, Marie-Thérèse Garcia Acuna* 1, 258, 268, 284, 440
- Rivaz, Alexander Hugonin* 287
- Rivaz, Francis* 287
- Rivaz, Vincent Francis* 287
- Ross v. Ross* 307, 309
- Rowan, William-Robert* 246, 262, 263, 265
- Rückerstattungsgesetz* 325
- Russel, Frank Xavier Joseph (juge)* 394, 304
- Ryan, Mary* 287
- Ryan, Phillip* 287
- Sachnormverweisung* 1, 12, 34, 115, 136, 347, 405, 410, 436
- Saharceski v. Marcure* 410
- Saisine
effective et virtuelle 30, 77, 78, 439
et résolution du conflit de lois 67, 78, 81
unilateralité 154
- Samory, Numa-Joseph* 250, 264, 267, 269
- Sanchez y de Larragoiti, Joaquín Luis* 248, 264, 267, 270, 272
- Sánchez, José Quetglás* 353, 363, 365, 368
- Savignisme 106, 114
- Savigny, Friedrich Carl von* 34, 105, 106, 347
- Schettler* 242, 262, 265, 269, 271
- Schlamb c. Knoll* 318, 334
- Schmidt, Hermann* 334
- Schwerpunkt* et justice 102, 163
- Second Restatement*
v. « *Restatement, Second* »
- Sécurité juridique 70 s., 77, 116, 145, 207, 223, 271, 426, 433, 439,
et l'arrêt *Forgo* 273
et chose jugée 74
et prévisibilité du droit 78, 79
et saisine 79, 80
antérieure à la naissance d'une relation juridique 72, 77
postjudiciaire 83
préjudiciaire 79, 207, 223, 271, 433, 439
non-juridique 98
et l'arrêt *Neilson* 426, 428
- Simon-Jacquot, Eugénie* 256, 268, 269, 271, 348
- Sinnklause* 183, 217, 313, 329, 343, 347, 440
- Situation juridique *ex lege* 3, 4, 30
en matière délictuelle 376
- Soulié, Coralie* 247, 257, 265, 271, 274, 275, 284, 303, 440
- Souveraineté 9, 14, 19, 43, 181
- Statuts familiaux 3, 57
- Stufenbau* 124, 135, 177, 439
- Successibles 230
(v. aussi « Héritiers présomptifs »)
- Suisse
disposition sur le renvoi 1
clause d'exception 180, 217
règle de conflit en matière successorale 237, 255, 258, 262, 265, 266, 327, 328, 331
Traité bilatéral avec les États-Unis de 1850 308, 310
- Surrogate's Court* 308, 348
- Suum cuique tribuere* 87, 89, 117, 127, 159, 161, 183, 438
- Tassel Carvalho, Ana* 271, 275, 282
- Tassel, Claude* 258, 259, 266, 267, 268, 270, 282, 283

- Tatortregel* 400, 401, 403, 405, 407, 409, 410
 (v. aussi « *Lex loci delicti* »)
- Technique fondamentale des lois 60
- Territoire de la Sarre 393
- Testaments 56
 forme en droit anglais 286
 validité matérielle 56
- Théorie de la justice kantienne 103 s.
 (v. aussi « Doctrine kantienne »)
- Tiercéité 94, 116
 comme critère universel de justice 94
 du critère de l'unité de la loi applicable à la succession 235
 (v. aussi « Neutralité »)
- Título preliminar* 349, 370
- Traité bilatéral entre la Suisse et les États-Unis de 1850 308, 310
- Tribunal supérieur de Lubeck (« OAG ») 313, 315, 317
- Tribunal suprême (Espagne) 174, 184, 217, 279, 304, 355, 370
- Triétatique, conflit de lois 126
- Trilaterale, antinomie internationale 126
- Trinational, conflit de lois 127
- True conflicts* 407
- Tunisie
 disposition sur le renvoi 1
 Protectorat de Tunisie, règles de conflit 243, 252
- Twain, Mark* 299
- Tyminski v. U.S.* 413
- Uniformité des solutions 16, 423
 (v. aussi « Harmonie des solutions »)
- Unité de la loi applicable à la succession 232, 279, 325, 357, 372
 dans la jurisprudence allemande 342
 dans la jurisprudence espagnole 372
 et proximité 239
- Universalisme 105, 106, 117
 de la jurisprudence confrontée au renvoi 434
- Validité
 comme facteur de coordination 203, 208, 215
 des actes 203
 des testaments et jurisprudence anglaise 296
 formelle et matérielle d'une norme juridique 55
 normative 55, 60, 66
- Vandeville, Jacques* 257, 266, 267, 271
- Velasco v. Coney* 292, 300, 302, 304
- Vicenta G.C. c. Victoria* 364
 (v. aussi « François-Marie J.W. »)
- Vollerbschein* 336, 341, 351
- Volonté
 contractuelle 125
 de la victime en matière délictuelle 381
 des parties comme critère pour trancher le conflit de renvoi v. « Autonomie »
 des successibles 230
 du *de cuius* v. « *Professio iuris* »
 étatique, en droit privé 44
 hypothétique 207
 implicite et validité des actes 206
 individuelle 44, 153, 156, 189, 200
 normative 59
- Volonté présumée 207
- Voluntas iudicorum* 178
- Voluntas legis* 43, 178
- Wildenstein, Daniel* 255, 256, 258, 266, 268, 278, 281, 284
- Wollen Können* 104, 116
- Wynn-Parry* (juge) 292, 304, 372
- Zhang* 417, 419, 423, 424, 425
- Zweckrationalität* 16, 34, 215

Derniers ouvrages parus



Collection
Genevoise

<http://www.unige.ch/droit/CG.html>

Droit international

Romano Gian Paolo 2014

Le Dilemme du renvoi en Droit international privé

La thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse

Granges Mathieu 2014

Les intérêts moratoires en arbitrage international

Grignon Julia 2014

L'applicabilité temporelle du droit international humanitaire

Bulak Begüm 2014

La liberté d'expression face à la présomption d'innocence

Justice et médias en droit italien et suisse à l'aune de la convention et de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme

Johannot-Gradis Christiane 2013

Le patrimoine culturel matériel et immatériel : quelle protection en cas de conflit armé ?

Chatton, Gregor T. 2013

Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels

Ludwiczka, Maria 2013

La délégation internationale de la compétence pénale

Petry, Roswitha 2013

La situation juridique des migrants sans statut légal
Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations

Redalié, Lorenzo 2013

La conduite des hostilités dans les conflits armés asymétriques : un défi au droit humanitaire

Tran, Laurent 2013

Le régime uniforme de responsabilité du transporteur aérien de personnes

Daboné, Zakaria 2012

Le droit international public relatif aux groupes armés non étatiques

Lessène, Ghislain Patrick 2012

Vers la consécration d'un principe de la légalité des lieux de détention
L'exemple de l'Afrique subsaharienne francophone

Michalak, Katarzyna 2012

La protection du handicapé mental en droit de la sécurité sociale
Etude de droit international et comparé (droit européen, polonais et suisse)

Zouré, Théophane Noël 2012
Le commerce des produits agricoles dans
le droit de l'OMC

Collection générale

Kaveh Mirfakhraei 2014
Les indemnités de fin de contrat dans le
contrat d'agence et le contrat de distribu-
tion exclusive

Sigrist, Alexandra 2013
Les pouvoirs de la police :
le cas de la délinquance juvénile

Pavlidis, Georgios 2012
Confiscation internationale :
instruments internationaux, droit de
l'Union européenne, droit suisse

Rubido, José-Miguel 2012
L'exercice du droit de préemption
immobilier au regard du droit privé

Gonin, Luc 2011
L'obsolescence de l'Etat moderne
Analyse diachronique et contextuelle
à l'exemple de l'Etat français

Marti, Ursula 2011
Das Vorsorgeprinzip im Umweltrecht
Am Beispiel der internationalen,
europäischen und schweizerischen
Rechtsordnung

Alberini, Adrien 2010
Le transfert de technologie en droit com-
munautaire de la concurrence
Mise en perspective avec les règles
applicables aux accords de recherche
et développement, de production
et de distribution

Bernard, Frédéric 2010
L'Etat de droit face au terrorisme

Donatiello, Giuseppe 2010
Responsabilité du débiteur :
de la délégation à l'organisation
de l'exécution des obligations
Codifications supranationales récentes
(CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes
européens) et Code des obligations suisse

Recueils de textes

*François Bellanger /
Jacques de Werra (éd.)* 2012
Genève au confluent du droit interne
et du droit international
Mélanges offerts par la Faculté de droit
de l'Université de Genève
à la Société Suisse des Juristes à l'occasion
du Congrès 2012

Foëx, Bénédicte / Jeandin, Nicolas (éd.) 2011
Le Code de procédure civile
Aspects choisis

Hottelier, Michel (éd.) 2011
Albert Cohen
L'écrivain au service de l'Etat de droit
Actes du colloque organisé le 18 février
2011 par la Faculté de droit et la Fonda-
tion Mémoire Albert Cohen

Flückiger, Alexandre (éd.) 2010
Emouvoir et persuader pour
promouvoir le don d'organes ?
L'efficacité entre éthique et droit

*Trigo Trindade Rita / Peter Henry /
Bovet Christian (éd.)* 2009
Economie Environnement Ethique
De la responsabilité sociale et sociétale.
Liber amicorum Anne Petitpierre-Sauvain

Droit civil

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2014
7 facettes du Droit de la personnalité
Journée de droit civil 2013 en l'honneur
de la Professeure Dominique Manai

Marchand Sylvain 2012
Droit de la consommation

*Baddeley, Margareta / Foëx Bénédicte /
Leuba Audrey / Papaux Van Delden
Marie-Laure (éd.)* 2012
Le droit civil dans le contexte
international
Journée de droit civil 2011

*Baddeley, Margareta /
Foëx, Bénédicte (éd.)* 2009
La planification du patrimoine
Journée de droit civil 2008 en l'honneur
du Professeur Andreas Bucher

*Perrin, Jean-François /
Chappuis, Christine* 2008
Droit de l'association
3^e édition

Baddeley, Margareta (éd.) 2007
La protection de la personne
par le droit
Journée de droit civil 2006 en l'honneur
du Professeur Martin Stettler

Droit et Histoire

*Dufour, Alfred / Quastana, François /
Monnier, Victor (Éd.)* 2013

Rousseau, le droit et l'histoire
des institutions
Actes du colloque international pour
le tricentenaire de la naissance de
Jean-Jacques Rousseau (1712–1778)
organisé à Genève, les 12, 13 et
14 septembre 2012

Dufour, Alfred / Monnier, Victor (Éd.) 2011
La Savoie, ses relations avec
Genève et la Suisse
Actes des journées d'étude à l'occasion
du 150^e anniversaire de l'Annexion
de la Savoie à la France organisées à
Genève, les 4 et 5 novembre 2010

Schmidlin, Bruno 2011
Der Vertrag im europäischen Zivilrecht /
Le contrat en droit civil européen

Hottelier, Michel (éd.) 2010
Fazy, James
De l'intelligence collective des sociétés
Cours de législation constitutionnelle

Monnier Victor / 2009
Quastana François (éd.)
Paoli, la Révolution Corse et les Lumières
Actes du colloque international organisé
à Genève, le 7 décembre 2007

Droit de la propriété

Foëx, Bénédicte (éd.) 2013
Planification territoriale
Droit fédéral et spécificités cantonales

Foëx, Bénédicte (éd.) 2012
Les rénovations d'immeubles

Foëx, Bénédic (éd.) 2012
La réforme des droits réels immobiliers
Les modifications du Code civil entrées en
vigueur le 1^{er} janvier 2012

Foëx, Bénédic (éd.) 2011
Droit de superficie et leasing
immobilier
Deux alternatives au transfert
de propriété

Foëx Bénédic / Hottelier Michel 2009
La garantie de la propriété à l'aube
du XXI^e siècle
Expropriation, responsabilité
de l'Etat, gestion des grands projets
et protection du patrimoine

Winiger, Bénédic (éd.) 2008
La responsabilité civile européenne
de demain / Europäisches Haftungsrecht
morgen
Projets de revision nationaux et principes
européens / Nationale Revisionsentwürfe
und europäische Haftungsprinzipien.
Colloque international à l'Université de
Genève

Droit de la responsabilité

Chappuis, Christine / 2013
Winiger, Bénédic (éd.)
Le tort moral en question
(Journée de la responsabilité civile 2012)

Chappuis, Christine / 2011
Winiger, Bénédic (éd.)
La preuve en droit de la responsabilité
civile
(Journée de la responsabilité civile 2010)

Chappuis, Christine / 2009
Winiger, Bénédic (éd.)
La responsabilité pour l'information four-
nie à titre professionnel
(Journée de la responsabilité civile 2008)

Winiger Bénédic 2009
La responsabilité aquilienne au 19^e siècle
Damnum iniuria et culpa datum